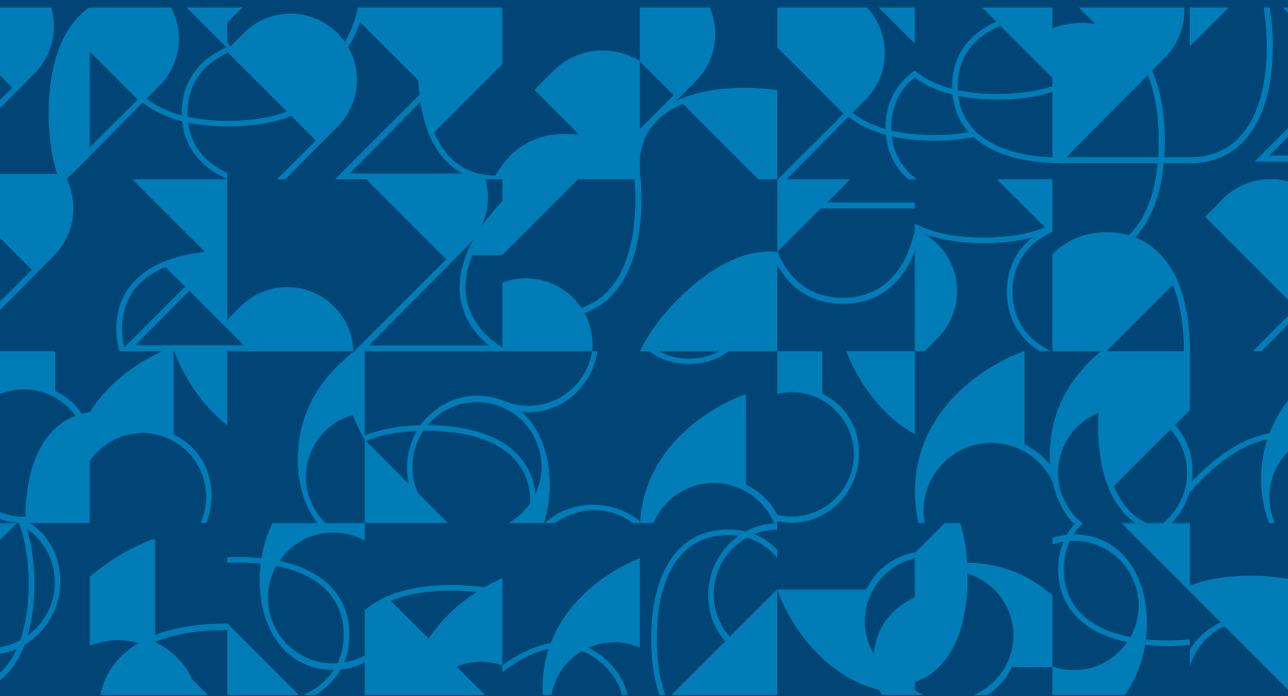




ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

Revista de Informação Legislativa



ano 61

241

janeiro a março de 2024



SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2023 – 2024

Senador Rodrigo Pacheco

PRESIDENTE

Senador Veneziano Vital do Rêgo

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Rodrigo Cunha

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Rogério Carvalho

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Weverton

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Chico Rodrigues

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador Styvenson Valentim

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTES DE SECRETÁRIO

Senadora Mara Gabrilli

Senadora Ivete da Silveira

Senador Dr. Hiran

Senador Mecias de Jesus

ISSN 0034-835X

e-ISSN 2596-0466



Revista de Informação Legislativa

Brasília – DF

ano 61

241

p. 1-254

janeiro a março de 2024

SENADO FEDERAL



EDIÇÃO DO SENADO FEDERAL

Diretora-Geral: Ilana Trombka
Secretário-Geral da Mesa: Gustavo A. Sabóia Vieira

Secretaria de Editoração e Publicações

Diretor: Rafael A. Chervenski da Silva

Coordenação de Edições Técnicas
Coordenador: Aloysio de Britto Vieira

Editor responsável: Aloysio de Britto Vieira. Editor executivo: Raphael Melleiro. Gestão de submissão: Glauca Cruz.
Revisão: Vilma de Sousa e Walfrido Vianna. Editoração: Camila Hott, Gilmar Rodrigues e Rejane Campos.

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 e de 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

Política de acesso e direito de uso

A RIL oferece acesso aberto livre a seu conteúdo (disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril>), sendo publicada sob licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Indexadores

Diadorim – Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras, EZB – Elektronische Zeitschriftenbibliothek, Google Scholar, Ibict CCN – Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadadas, Latindex, Livre – Revistas de Livre Acesso, Portal de Periódicos Capes, Redib – Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico, RVBI – Rede Virtual de Bibliotecas, Ulrichsweb.

Não são objeto de revisão artigos ou segmentos de texto redigidos em língua estrangeira.

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal. – Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília, DF : Senado Federal, 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 (Impresso)
ISSN 2596-0466 (Online)

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

CDD 340.05
CDU 34(05)

Coordenação de Edições Técnicas
Senado Federal, Bloco 8, Mezanino, Setor 11
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF
Telefones: (61) 3303-3575 e 3303-3576
E-mail: ril@senado.leg.br

CONSELHO

Dr. Bruno Dantas Nascimento, Universidade Nove de Julho, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Bruno Leonardo Câmara Carrá, Centro Universitário 7 de Setembro, 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, 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, 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

Ma. Adriana de Oliveira Izá, Câmara Municipal de Jacuí, Jacuí, MG, Brasil / Dr. Alan Daniel Freire de Lacerda, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Alejandro Knaesel Arrabal, Fundação Universidade Regional de Blumenau, Blumenau, SC, Brasil / Dr. Allan Carlos Moreira Magalhães, Centro Universitário do Norte, Manaus, AM, Brasil / Dr. Alvaro Augusto de Borba Barreto, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, RS, Brasil / Dra. Ana Claudia Santano, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Ana Virginia Moreira Gomes, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. André de Souza Dantas Elali, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. André Felipe Canuto Coelho, Faculdade Damas, Recife, PE, Brasil / Dr. Andre Vicente Pires Rosa, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Leandro Vasques Advogados Associados, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Antonio Teixeira de Barros, Centro de Formação da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil / Me. Ariel Engel Pessa, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Benjamim Brum Neto, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Betânia de Moraes Alfonsin, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Bruno Camilloto Arantes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Bruno da Silva Conceição, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Camilo Zufelato, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Me. Carlos Alberto da Silva Moura Júnior, Tribunal de Justiça do Piauí, Teresina, PI, Brasil / Me. Carlos Eduardo Ferreira dos Santos, Universidade de Castilla-La Mancha, Espanha / Dr. Carlos Magno Sprício Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Cesar Augusto Baldi, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Cachoeira do Sul, RS, Brasil / Dr. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Cristiano Gomes de Brito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Cynthia Soares Carneiro, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, 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 / Dr. Edinilson Doniset Machado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Eduardo Rocha Dias, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Eugênio Facchini Neto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Felipe Lima Gomes, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, 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. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Francisco Lisboa Rodrigues, Faculdade Terra Nordeste, Caucaia, CE, Brasil / Dr. Guilherme Scodeler de Souza Barreiro, Centro Universitário de Lavras, Lavras, MG, Brasil / Dr. Gustavo Costa Nassif, Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência, Belo Horizonte, MG, Brasil / Me. Gustavo Silva Calçado, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dr. Henrique Fernando de Mello, Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, São José do Rio Preto, SP, Brasil / Me. Ícaro Felliipe Alves Ferreira de Brito, Faculdade de Desenvolvimento do Norte, São Francisco, MG, Brasil / Dr. Ielbo Marcus Lobo de Souza, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jair Aparecido Cardoso, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Jefferson Aparecido Dias, Procuradoria da República de São Paulo, Marília, SP, Brasil / Dr. João Aparecido Bazolli, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Me. João Paulo Medeiros de Araújo, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dr. José Carlos Evangelista Araújo, Faculdades de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. Jose Emilio Medauar Ommati, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Serro, MG, Brasil / Me. José Luiz de Almeida Simão, Defensoria Pública do Estado de São Paulo, São José dos Campos, SP, Brasil / Dr. José Tadeu Neves Xavier, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Ma. Larissa de Moura Guerra Almeida, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil /

Dr. Leandro Maciel do Nascimento, Ministério Público de Contas, Teresina, PI, Brasil / Dr. Lelio Maximino Lellis, Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson, Araras, SP, Brasil / Dr. Leonardo de Araújo Ferraz, Controladoria-Geral do Município de Belo Horizonte, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Leonel Pires Ohlweiler, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Letícia Regina Camargo Kreuz, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Lucas Catib de Laurentiis, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. Lucas Fucci Amato, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luciano Athayde Chaves, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luiz Eduardo Diniz Araújo, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Marcelo Dias Varella, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marcelo Schenk Duque, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Márcia Carolina Trivellato Perazzo, PhD Mentoria, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marciano Seabra de Godoi, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marcos Roberto de Lima Aguirre, Verbo Jurídico, Porto Alegre, RS, Brasil / Ma. Maria Angélica dos Santos, Universidade Salgado de Oliveira, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Maria Auxiliadora Minahim, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Marlene Rodrigues Medeiros Freitas, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil / Dra. Maria Pia dos Santos Lima Guerra, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Me. Maurício Buosi Lemes, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Me. Maurício Sullivan Balhe Guedes, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Mauro Fonseca Andrade, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Micheli Pereira de Melo, Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Marabá, PA, Brasil / Dra. Monica Paraguassu Correia da Silva, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Pablo Georges Cícero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dr. Paul Hugo Weberbauer, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Paulo César Pinto de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Paulo Fernando Soares Pereira, Advocacia-Geral da União, São Luís, MA, Brasil / Me. Rafael Borges de Souza Bias, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Rafael Reis Ferreira, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / 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 / Dr. Raphael Peixoto de Paula Marques, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dr. Ricardo Silveira Ribeiro, Advocacia-Geral da União, Recife, PE, Brasil / Dr. Ricardo Victor Ferreira Bastos, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Roberta Correa de Araújo, Faculdade de Olinda, Olinda, PE, Brasil / Dr. Roberto Gomes de Albuquerque Melo Júnior, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Rodrigo da Silva Brandalise, Universidade de Lisboa, Portugal / Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rodrigo Monteiro Pessoa, Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Rodrigo Nóbrega Farias, Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, PB, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens Valtecídes Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Sandro Lúcio Dezan, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Sandro Marcelo Kozikoski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Saulo Tarso Fernandes Dias, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Stanley Plácido da Rosa Silva, Instituto Legislativo Paulista, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Tarsila Ribeira Marques Fernandes, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dr. Tarsis Barreto Oliveira, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Túlio Chaves Novaes, Universidade Federal do Oeste do Pará, Santarém, PA, Brasil / Dr. Valter de Souza Lobato, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Valter Rodrigues de Carvalho, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aieta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Victor Carvalho Pinto, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Vinicius de Lara Ribas, Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil / Ma. Vivian Maria Caxambu Graminho, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Vinicius Pinheiro Marques, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Vladimir da Rocha França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Wagner Silveira Feloniuk, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dr. Waldir Alves, Ministério Público Federal, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil / Dr. Walter Guandalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil

AUTORES

Bruno Leonardo Câmara Carrá é doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor em Direito Civil pela Universidade de Bolonha, Bolonha, Itália; professor dos programas de graduação e pós-graduação *stricto sensu* do Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil; juiz federal no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Recife, PE, Brasil. / Camilo Zufelato é doutor pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo,

Ribeirão Preto, SP, Brasil. / Carlos Alberto da Silva Moura Júnior é mestre em Direito pela Universidade Federal do Piauí, Teresina, PI, Brasil; diretor da Escola de Governo do Estado do Piauí, Teresina, PI, Brasil. / Carolina Trevisan de Azevedo é mestra pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil; advogada. / Fernanda Cabral de Almeida é mestra em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; doutoranda em Direito do Trabalho e Previdenciário na UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Fernando Laércio Alves da Silva é doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; pós-doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, Brasil; bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV), Viçosa, MG, Brasil; professor associado da UFMG, Viçosa, MG, Brasil. / Lívia Oliveira Lemos é mestra em Direito Privado pelo Centro Universitário 7 de Setembro (Uni7), Fortaleza, CE, Brasil; bacharela em Direito pelo Uni7, Fortaleza, CE, Brasil; bacharela em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; assessora no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Recife, PE, Brasil. / Marcelo Campos Galuppo é doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; professor dos programas de graduação e pós-graduação em Direito da UFMG e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. / Marcelo Leonardo Tavares é doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutor em Direito Público pela Université Lyon III, Lyon, França, e em Direito Previdenciário pela Université de Bordeaux, Bordeaux, França; professor de Direito Previdenciário da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; juiz do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Maria Gabriela Staut é mestra em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, Londrina, PR, Brasil; especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Londrina, PR, Brasil; advogada e professora. / Marina Oliveira Guimarães é doutora em Estudos Feministas pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, e em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil; mestra em Economia Doméstica pela Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, Brasil; bacharela em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil; professora adjunta da Universidade Federal de Juiz de Fora, campus de Governador Valadares, MG, Brasil. / Nelson Juliano Cardoso Matos é doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professor associado do Departamento de Ciências Jurídicas e coordenador do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí, Teresina, PI, Brasil. / Paulo Magalhães Araújo é doutor em Ciência Política pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor associado do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, ES, Brasil. / Roberta Simões Nascimento é doutora em Direito pela Universidade de Alicante, Alicante, Espanha; doutora e mestra em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; professora adjunta da UnB, Brasília, DF, Brasil; advogada do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil. / Rodrigo Ribeiro Bedritchuk é mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; especialista em Ciência Política pelo Instituto Legislativo Brasileiro (ILB), Brasília, DF, Brasil; bacharel em Economia pela UnB e em Direito pelo UniCEUB, Brasília, DF, Brasil; analista legislativo do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil.

Sumário

ARTIGOS DA CHAMADA ESPECIAL *SENADO 200 ANOS*

- 13 **O controle da ética parlamentar no Senado Federal: a punição disciplinar dos senadores em argumentos e números**
Federal Senate's control of parliamentary ethics: senators' disciplinary punishment in arguments and numbers
Roberta Simões Nascimento
- 45 **O Senado à frente do Congresso: sessão conjunta e direção dos trabalhos ao longo de 200 anos**
The Senate ahead of Congress: joint session and direction of works over 200 years
Rodrigo Ribeiro Bedritichuk
- 67 **As indicações no Congresso Nacional: uma comparação entre a Câmara dos Deputados e o Senado Federal na 56ª Legislatura**
Appointments in the National Congress: a comparison between the Chamber of Deputies and the Federal Senate in the 56th Legislature
Paulo Magalhães Araújo
- 95 **O Senado na Constituição de 1934: uma análise do surgimento do instituto da coordenação dos Poderes**
The Senate in the 1934 Constitution: an analysis of the emergence of the institute of coordination of Powers
Nelson Juliano Cardoso Matos
Carlos Alberto da Silva Moura Júnior

ARTIGOS DO FLUXO REGULAR DE SUBMISSÃO

- 117 **O *private enforcement* como paradigma de controle social da concorrência: sua potencialidade no ordenamento jurídico brasileiro após a Lei nº 14.470/2022**
Private enforcement as paradigm of competition social control: its capabilities to the Brazilian legislation post Law n. 14.470/2022
Bruno Leonardo Câmara Carrá
Lívia Oliveira Lemos

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

- 139 **O silêncio não cura: discurso de ódio, liberdade de expressão e Psicanálise**
Silence does not heal: hate speech, free speech and Psychoanalysis
Marcelo Campos Galuppo
- 157 **Uma análise da construção jurisprudencial de conhecimento e aplicação do HC coletivo no STF e no STJ**
An analysis of the jurisprudential construction of knowledge and application criteria for collective HC as applied in STF and STJ
Carolina Trevisan de Azevedo
Camilo Zufelato
- 191 **A (des)proteção previdenciária da criança e do adolescente sob guarda: uma insegurança prolongada**
The (lack of) social security protection for children and adolescents under custody: a prolonged insecurity
Marcelo Leonardo Tavares
Fernanda Cabral de Almeida
- 219 **Sobrevitimização feminina: os nocivos impactos da publicização da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual**
Women's over-victimization: the harmful impacts of the publicizing of criminal prosecution in crimes against sexual freedom
Fernando Laércio Alves da Silva
Marina Oliveira Guimarães
- 237 **Interesse positivo e negativo como mecanismo de aferição do dano reparável no Direito brasileiro**
Positive and negative interest as a mechanism for assessing repairable damage in Brazilian Law
Maria Gabriela Staut



Artigos da chamada especial ***Senado 200 anos***

Como parte das comemorações do bicentenário do Senado e dos 60 anos da *Revista de Informação Legislativa* promoveu-se a chamada de artigos *Senado 200 anos: atuação e desafios*. Os trabalhos a seguir abordam a trajetória do Senado em dois séculos de tensões, rupturas e continuidades.



O controle da ética parlamentar no Senado Federal: a punição disciplinar dos senadores em argumentos e números

Federal Senate's control of parliamentary ethics: senators' disciplinary punishment in arguments and numbers

Roberta Simões Nascimento¹

Resumo

O artigo analisa a atuação do Senado Federal no controle disciplinar dos senadores nos últimos 30 anos. Explica a adoção do *Código de ética e decoro parlamentar* e a institucionalização do Conselho encarregado de sua aplicação, nos termos da Resolução nº 20, de 1993, do Senado Federal. Expõe o desenho do procedimento para a punição por quebra de decoro dos senadores e apresenta dados relacionados ao exercício dessa função legislativa, com base em pesquisa no site do próprio Senado Federal. Constatou-se que o controle ético-disciplinar tem sido exercido com parcimônia no Senado Federal; no entanto, isso não autoriza afirmar que se trata de um controle fraco, pois os parlamentares parecem cientes dos limites dos comportamentos aceitáveis. Na conclusão, apresentam-se considerações sobre a importância da punição ético-disciplinar para o fortalecimento das imunidades parlamentares.

Palavras-chave: controle parlamentar; controle ético-disciplinar; decoro parlamentar; códigos de ética e decoro parlamentar; Senado Federal.

Abstract

The article analyzes the role of the Federal Senate in the disciplinary control of senators over the last 30 years. The adoption of the *Code of ethics and parliamentary decorum* and the institutionalization of the Council responsible for its application are explained, under the terms of Resolution no. 20, of 1993, of the Federal Senate. The design of the procedure for punishing senators for breach of decorum is presented, and data related to the exercise of this legislative function is presented, based on research on the Federal Senate's own

¹ Roberta Simões Nascimento é doutora em Direito pela Universidade de Alicante, Alicante, Espanha; doutora e mestra em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; professora adjunta da UnB, Brasília, DF, Brasil; advogada do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil. E-mail: bertasimoes@hotmail.com

website. It was found that ethical-disciplinary control has been exercised sparingly in the Federal Senate. However, this does not authorize the conclusion that this is weak control, as parliamentarians seem aware of the limits of acceptable behavior. In the conclusion, considerations are presented on the importance of ethical-disciplinary punishment for strengthening parliamentary immunities.

Keywords: parliamentary control; ethical-disciplinary control; parliamentary decorum; codes of ethics and parliamentary decorum; Federal Senate.

Recebido em 7/8/23

Aprovado em 6/11/23

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

Nos termos do art. 55, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) prevê-se a perda do mandato do congressista “cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar” (Brasil, [2023]), conforme o julgamento da maioria absoluta dos membros da própria Casa legislativa. O texto constitucional não definiu o que considera *falta de decoro parlamentar*; no entanto, claramente deu aos próprios pares o poder de punir parlamentares que incorram em condutas inaceitáveis. Contudo, a CRFB não estabeleceu nem previu qualquer obrigatoriedade de criar conselhos de ética e decoro parlamentar como unidades organizacionais que fizessem as vezes de corregedoria, com poderes de investigar e sugerir a aplicação de penalidades aos membros que apresentassem má conduta. É competência exclusiva de cada Casa do Congresso Nacional instituir esses órgãos e dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços (Brasil, [2023], art. 51, IV, art. 52, XIII). Trata-se, pois, de matéria *interna corporis*.

Os conselhos de ética e decoro parlamentar não têm poderes para aplicar a penalidade de cassação do mandato, nem a de perda temporária do exercício do mandato, para as quais a competência é do plenário da Casa. A despeito disso, a criação de um órgão como

² NASCIMENTO, Roberta Simões. O controle da ética parlamentar no Senado Federal: a punição disciplinar dos senadores em argumentos e números. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 241, p. 13-43, jan./mar. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p13

³ Nascimento, R. S. (2024). O controle da ética parlamentar no Senado Federal: a punição disciplinar dos senadores em argumentos e números. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(241), 13-43. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p13

o Conselho de ética e decoro parlamentar (CEDP), com atribuições de autorregulação da conduta parlamentar funciona como uma espécie de *compliance*, ao proporcionar o monitoramento da ética parlamentar; e, entre suas atribuições, está a de zelar pela observância dos preceitos do CEDP. Esse tipo de código contém normas sobre o bom comportamento parlamentar, o que tem o mérito de tornar mais transparente a ética parlamentar, por mais que *standards* subjetivos – como honra, reputação e lealdade – também guiem o julgamento dos processos por quebra de decoro.

No Senado Federal, o CEDP foi criado pela Resolução nº 20/1993, que também instituiu o *Código de ética*, em que foram estabelecidos os atos contrários à ética e ao decoro parlamentar (arts. 4º e 5º), os deveres fundamentais dos senadores (arts. 1º e 2º) e as vedações constitucionais (Brasil, [2008], art. 3º). A iniciativa que culminou naquela Resolução foi influenciada pelas denúncias de fraudes praticadas por parlamentares que compunham a Comissão Mista de Orçamento e ensejou a criação da comissão parlamentar de inquérito (CPI) que ficou conhecida como *CPI dos anões do orçamento*. A adoção de códigos de ética parlamentar em contextos desse tipo (após escândalos de corrupção) é uma típica estratégia para resgatar a confiança da sociedade nas instituições. Entretanto, a possibilidade de um controle interno, com medidas disciplinares contra os próprios colegas, provoca diversas tensões, pois é de se esperar que os parlamentares sejam contrários à imposição de limites à discricionariedade e às prerrogativas de que gozam no exercício do mandato.

Por conta desse conflito, a função ético-disciplinar daquelas Casas costuma ser percebida como eivada de corporativismo. No entanto, são poucos os estudos empíricos, com base em dados e números que possam servir de suporte à análise do perfil de atuação das Casas legislativas no controle interno dos parlamentares. No caso do Senado Federal, até o momento não se conhece qualquer levantamento semelhante. A Resolução nº 20/1993 prevê outras punições mais brandas aplicáveis aos senadores, além da mais drástica, a cassação: advertência, censura verbal ou escrita e perda temporária do exercício do mandato. Daí a pertinência da pergunta: com que frequência, diante de que condutas e com base em que argumentos essas sanções disciplinares são aplicadas na prática pelo Senado Federal?

Dada a importância da função disciplinar desempenhada pelas Casas legislativas, este artigo tem o objetivo de apresentar um panorama da ética parlamentar no Senado Federal, escolhido por algumas razões: tem um número menor de membros (81) se comparado com o da Câmara dos Deputados (513); foi o primeiro a instituir um código de ética e o CEDP, ao passo que a Câmara somente em 2001 aprovou a Resolução nº 25, que criou seu código de ética e seu CEDP; e, apesar dessa antiguidade, o Senado teve menos casos de punição que a Câmara. Assim, o propósito da pesquisa foi investigar empiricamente a institucionalização do controle ético-disciplinar no Senado Federal, os seus entendimentos sobre a quebra de decoro parlamentar e os argumentos empregados na fundamentação das decisões que resultaram na cassação de mandatos.

A seleção dos casos analisados no artigo resulta de busca realizada na base de dados do próprio site do Senado Federal, adotando-se o seguinte caminho: *atividade legislativa >*

projetos e matérias > pesquisas > pesquisa avançada. Nessa página, no menu *tipo de matéria legislativa*, foram assinaladas as opções *DEN*, *REP* e *PCE*, que correspondem às categorias *denúncia*, *representação* e *petição do Conselho de ética e decoro parlamentar*. Estabeleceu-se um intervalo de datas: 1^a/1/1989 e 31/12/2022. Tal busca produziu um resultado de 157 ocorrências. Entretanto, considerando que a sistemática de tramitação das acusações de quebra de decoro sofreu alterações ao longo dos anos, foi necessário examinar, uma a uma, tais ocorrências para verificar os casos que cumpriam os requisitos de admissibilidade, dado que há autuações que não corresponderam à abertura de procedimentos no CEDP, como se explicará oportunamente.

Somente em três casos cassou-se o mandato de senadores: Luiz Estevão em 2000, Demóstenes Torres em 2012 e Delcídio do Amaral em 2016. Quanto a esses casos, o artigo empreende uma análise empírica do conteúdo dos debates parlamentares, com exceção do *caso Luiz Estevão*, cuja sessão ocorreu a portas fechadas. Foram examinadas as atas da sessão de 11/7/2012 do plenário do Senado Federal, conforme o publicado no *Diário do Senado Federal* (DSF) nº 108, de 2012, entre as páginas 35.799 e 35.828 (*caso Demóstenes Torres*); e da sessão de 10/5/2016 do plenário do Senado Federal, conforme o publicado no DSF nº 63, de 2016, entre as páginas 323 e 340 (*caso Delcídio do Amaral*). Com o suporte da análise, procedeu-se à estruturação lado a lado dos argumentos favoráveis e contrários à punição (relator e defesa), para permitir a identificação dos padrões e recorrências, bem como para verificar se o processo por quebra de decoro parlamentar nesses casos fora usado como instrumento de perseguição política.

Para empreender o trabalho, adotou-se esta estrutura: a seção seguinte (2) tece breves considerações sobre o estabelecimento de códigos de ética no Poder Legislativo, o conceito de *decoro parlamentar* e a institucionalização do controle ético-disciplinar pelas Casas legislativas. Na seção subsequente (3), descreve-se a criação e a evolução do procedimento de punição por quebra de decoro parlamentar no CEDP do Senado Federal e apresentam-se os números do levantamento empírico. A seção 4 é dedicada a sistematizar os argumentos apresentados na sessão plenária para a cassação do senador Demóstenes Torres, e a seção 5 faz o mesmo em relação à cassação do senador Delcídio do Amaral. Após a apresentação dos achados relativos à punição por quebra de decoro parlamentar no Senado Federal na seção 6, conclui-se o artigo com considerações sobre a importância da punição ético-disciplinar para o fortalecimento das imunidades parlamentares.

2 A institucionalização do controle ético-disciplinar dos parlamentares

2.1 O estabelecimento de códigos de ética no Poder Legislativo

A adoção de códigos de ética ou de códigos de conduta para tentar disciplinar as condutas dos parlamentares já foi considerada “folclore” (Matthews, 1973), mas hoje é apontada como

uma das principais ferramentas anticorrupção dentro do Poder Legislativo. Não representam a panaceia, mas são considerados elementos importantes de uma cultura democrática saudável (European Union, 2011). Nessas normas, os próprios parlamentares estabelecem: a) *standards* de comportamento parlamentar; b) formas claras de condutas aceitáveis e impróprias; c) um ambiente menos propenso a tolerar os desvios de comportamento e práticas antiéticas; e, conseqüentemente, d) uma cultura que reduza a tendência de adesão dos parlamentares a práticas de corrupção (Pelizzo; Stapenhurst, 2006).

Contudo, não basta que os regimes éticos existam; é necessário que sejam efetivos, pois são pressupostos da atribuição de responsabilidade política dentro do parlamento. De acordo com Pelizzo e Stapenhurst (2006, p. 198), a função da instituição de códigos de ética é dupla: além de aperfeiçoar o *standard* ético e o desempenho dos parlamentares, serve como estratégia para recuperar a confiança do público. Os autores também estabelecem uma diferença entre códigos de ética e códigos de conduta: os primeiros geralmente são produtos de associações profissionais, costumam ser mais amplos e estabelecem os padrões e os valores profissionais para os seus membros, ao passo que os segundos são mais específicos: compõem uma lista de comportamentos requeridos em determinadas circunstâncias, assim como as atividades proibidas, além de proverem uma proteção maior aos envolvidos (o governo, o agente, o cliente).

Seja um, seja outro, o importante é que se estabeleçam minimamente: a proibição de usar o cargo público para proveito pessoal, a de alcançar benefícios devidos à influência de ações institucionais, a de receber presentes acima de determinado valor e a de usar informação confidencial do governo. Além disso, deve-se instituir uma quarentena de pelo menos dois anos. Supõe-se que a imposição de regras escritas, com caráter impessoal, deixa para trás a cultura de regras de conduta não escritas e representam uma forma mais efetiva de organização dos parlamentos contemporâneos (Polsby, 1968, p. 145), sobretudo no contexto de maior exposição, em que o avanço tecnológico faz aumentar a pressão por mais transparência e *accountability* (Pelizzo; Stapenhurst, 2006).

Dentre outros fatores, a efetividade dos códigos de conduta legislativos depende: a) de como se desenhou o sistema de sanções – no caso do Senado: advertência, censura, suspensão do mandato, perda de mandato; b) das atitudes culturais compartilhadas no meio político; e c) da institucionalização dos órgãos encarregados de aplicar o código. Na França, por exemplo, a Assembleia Nacional atribuiu a aplicação das normas éticas a um órgão independente, a *Déontologie de l'Assemblée nationale*, seguindo o exemplo do Reino Unido e do Canadá, o que transmite maior confiabilidade no compromisso com a ética parlamentar. Naturalmente, essas variáveis estão relacionadas entre si e são pressionadas por elementos circunstanciais, como investigações da imprensa, escândalos de corrupção, instabilidade política etc. Seja como for, a criação de órgãos como os conselhos de ética e o estabelecimento de códigos de ética no Poder Legislativo são medidas mínimas necessárias para que os mecanismos de autorregulação funcionem.

2.2 A definição de *decoro parlamentar*

A institucionalização do controle ético-disciplinar, todavia, não resolve de todo o problema da disciplina da ética parlamentar, sobretudo em razão da amplitude do conceito de *decoro parlamentar* para abarcar condutas que hipoteticamente são ofensivas aos padrões de ética e moralidade e por causa da liberdade de que gozam os próprios parlamentares para definir quais condutas são indecorosas. Ao final, são eles os próprios juízes dos comportamentos antiéticos.

Ainda assim, a noção de *decoro parlamentar* é importante, pois o art. 55, § 1º, da CRFB, define que, além da percepção de vantagens indevidas, o abuso das prerrogativas constitucionais asseguradas a membro do Congresso Nacional é incompatível com o decoro parlamentar. Assim, o decoro parlamentar funciona como limitador da imunidade dos parlamentares estabelecida no art. 53 da CRFB, segundo o qual os parlamentares “são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos” (Brasil, [2023]). Trata-se, portanto, de figura necessária também para conter eventuais destemperos verbais dos parlamentares. Dessa forma, a imunidade parlamentar não é impedimento para que os atos incompatíveis com o decoro parlamentar sejam submetidos a um juízo ético dos próprios pares.

Sem prejuízo das situações descritas no *Código de ética*, a falta de decoro parlamentar costuma ser definida como a falta de decência no comportamento pessoal do parlamentar capaz de desmerecer a Casa de que é membro, associando-se à ideia de falta de respeito à dignidade do Poder Legislativo, de modo a expor a instituição a críticas. Para que se configure a quebra de decoro, não é necessário que o parlamentar tenha praticado uma conduta tipificada no *Código penal*; basta que no juízo político dos próprios pares seja considerada indecorosa.

A palavra *decoro* provém do latim *decorum*, que significa *decência* ou *algo que convém*, a sugerir uma relação de adequação entre o fato e a circunstância de quem age (Aragão, 2007, p. 125). Reale (2011, p. 309) adiciona que a *conveniência* do comportamento é tanto em relação a si mesmo quanto em relação aos demais e enfatiza que se trata de “uma virtude relativa ao status do agente”. Assim, a expressão *decoro parlamentar* usada na CRFB remonta a um comportamento coerente com as responsabilidades inerentes ao mandato e à Casa de que faz parte, à sociedade e ao Estado.

Se, por um lado, o ato indecoroso não precisa constituir crime, a quebra do decoro parlamentar, por outro lado, supõe atitudes passíveis de desacreditar e afetar a dignidade do Poder Legislativo (Aragão, 2007, p. 126). Com isso já se reduz significativamente a margem de subjetividade da noção de *procedimento incompatível com o decoro parlamentar*. Há um duplo eixo de significação: o primeiro, o dos comportamentos impróprios; e o segundo, o da repercussão sobre a honra e dignidade dos pares e sobre a imagem do parlamento.

Nesse mesmo sentido são as lições de Reale (2011, p. 310-311), que, embora escritas em 1969, permanecem atuais:

No fundo, falta de decoro parlamentar é falta de decência no comportamento pessoal, capaz de desmerecer a Casa dos representantes (incontinência de conduta, embriaguez, etc.) e falta de respeito à dignidade do Poder Legislativo, de modo a expô-lo a críticas infundadas, injustas e irremediáveis, de forma inconveniente.

Este último ponto me parece essencial, pois é só graças ao seu rigoroso exame que se poderá preservar o decoro parlamentar, sem ofensa do direito, ou melhor, do dever de crítica e de fiscalização que cabe ao deputado, com relação tanto aos atos externos como aos internos à Assembleia dos representantes do povo.

Para que uma crítica, movida por um deputado a decisões ou procedimentos internos da Câmara, possa ser considerada indecorosa não bastam opiniões puramente subjetivas de seus pares, pois podem elas ser frutos de melindres ofendidos ou ser meras expressões de contrastes pessoais ou ideológicos, devendo, por conseguinte, ser comprovada a existência de um complexo congruente de *elementos objetivos*, suscetíveis de ser verificados por um observador imparcial, a saber: a) *existência de dolo*, isto é, de manifesto propósito de denegrir a instituição legislativa ou outro órgão do Estado merecedor de respeito; b) *gratuidade da crítica*, isto é, total ausência de fundamento para legitimar o juízo formulado, bastando para legitimá-lo a simples ocorrência de indícios quanto à inconveniência ou à irregularidade do ato impugnado; c) *agressividade dispensável*, com descortesia incompatível com o alegado objetivo de defesa do bem público.

Se esses três requisitos não emergem da crítica feita, de maneira objetiva e irretorquível, não há como falar em falta de decoro parlamentar, pois o que existe é apenas o *exercício normal de um poder-dever inerente ao mandato político*, muito embora possa produzir efeitos considerados ásperos e injustos pelos demais legisladores atingidos.

A discussão sobre a quebra de decoro parlamentar rende numerosas reflexões, especialmente frente à garantia da imunidade dos parlamentares prevista no art. 53 da CRFB. O próprio texto constitucional deu abertura para que o “excesso verbal” em que os parlamentares venham a incorrer por suas opiniões, palavras e votos possa ser objeto de apuração e julgamento pelos pares num processo por quebra de decoro parlamentar.

A tramitação do processo por quebra de decoro é autônoma em relação ao processo penal. Por essa razão, há o interesse em investigar como tem sido estruturada a função disciplinar de punição dos parlamentares.

2.3 Os poderes dos conselhos de ética e decoro parlamentar

Para que nas Casas legislativas funcionem os mecanismos de controle ético-disciplinar, é necessário efetivar o estabelecido nos códigos de ética, de modo que as representações e denúncias tenham prosseguimento – o que, por sua vez, pressupõe a instalação do CEDP

desde o início da legislatura⁴. Naturalmente, a velocidade dos julgamentos e a periodicidade das reuniões variam conforme a quantidade de representações, e não é possível fixar de antemão um número ideal.

O processo de institucionalização do CEDP implica também: a) o estabelecimento de rotinas mais claras (compilação das experiências acumuladas, disponibilização de um repertório de sua jurisprudência etc.); b) a conscientização do seu papel na qualidade de órgão político-disciplinar; e, especialmente, c) a atribuição de poderes condizentes com as suas competências, não só os de punir, mas também os de averiguar atos de quebra do decoro parlamentar. Atualmente, o CEDP não pode convocar, mas apenas convidar testemunhas; não tem acesso a informações sigilosas, nem competência para determinar a quebra de sigilo bancário, conversas telefônicas e dados fiscais; tampouco tem condições de atender a pedidos de realização de perícias e outras diligências semelhantes.

Como aponta Carvalheiro (2007), referindo-se ao CEDP da Câmara dos Deputados – e a mesma reflexão vale para o do Senado Federal –, falta poder coercitivo específico para a instrução das denúncias. Com base na leva de processos instaurados no CEDP após a revelação do chamado *Mensalão*, a autora calculou os índices de comparecimento das testemunhas arroladas, cruzando esses dados com os resultados das votações (Carvalheiro, 2007, p. 62-63). Os resultados da pesquisa mostram um elevado índice de arquivamento. A autora sugere que a ausência de poder coercitivo para convocar as testemunhas contribui mais para um julgamento político do que o fundado em “provas irrefutáveis”, o que seria particularmente relevante nos julgamentos relacionados ao recebimento de vantagens indevidas.

Essa situação exige aprimoramento do arcabouço normativo-institucional, a fim de se conferirem ao CEDP maiores possibilidades de atuação, em especial para investigar. No atual regramento tanto da Câmara dos Deputados quanto do Senado Federal, nada se estabeleceu sobre a extensão do poder investigativo. Somente uma emenda constitucional poderia atribuir ao CEDP poderes de investigação próprios das autoridades judiciais⁵.

Essa falta de poderes por vezes acarreta o indeferimento de pedidos de provas dos parlamentares representados, ainda que sob outros fundamentos. No entanto, tal prática, que poderia ser problemática, tem recebido a chancela do Supremo Tribunal Federal (STF). Exemplos disso são os Mandados de Segurança (MS) nºs 21.846, 21.861 e 21.862; nas três decisões, o STF afastou a ocorrência de ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal, alegadas por deputado federal em processo de cassação de mandato parlamentar.

⁴ Em 2019, por exemplo, o CEDP do Senado Federal foi instalado somente no dia 15 de setembro, ou seja, passados mais de seis meses do início da legislatura, o que claramente enfraquece a capacidade de atuação do colegiado. Além disso, durante a pandemia, o CEDP do Senado Federal ficou fechado e sem funcionar entre 2020 e 2023. As reuniões foram retomadas somente em 14/6/2023.

⁵ A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 548, de 2006, da Câmara dos Deputados, pretendia tornar o CEDP um órgão permanente e conceder-lhe tais poderes.

No caso concreto do MS nº 21.861 (os outros citados são reiterações deste), tinham sido indeferidos os pedidos de oitivas de testemunhas arroladas (haviam-se indicado sete parlamentares, mas três dos nomes foram considerados protelatórios) e de realização de perícia técnica em parte do material colhido durante a sindicância (fitas magnéticas), com o objetivo de verificar a autenticidade das vozes gravadas. Em seu voto, o ministro Néri da Silveira, relator do caso, afirma:

Na ausência de demonstração cabal de que o exame pericial e os depoimentos de certas testemunhas tinham importância fundamental, segundo um critério de valoração objetiva de sua pertinência com os fatos em apuração, não é possível considerar a hipótese de restrição à defesa, se o indeferimento está fundado em causa legítima, vale dizer, o caráter simplesmente protelatório dessas provas. Os juízos em torno da pertinência dos elementos probatórios, em processos dessa natureza, estão afetos constitucionalmente à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal e, portanto, excluídos de apreciação judicial, salvo quando demonstrada a infração ao princípio constitucional ou legal, o que não é o caso (Brasil, 1994, p. 177-178).

Depreende-se do excerto que o STF adotou uma postura de autocontenção no controle, haja vista o cumprimento do rito estipulado, isto é, uma garantia mínima do contraditório e ampla defesa. Mesmo assim, a questão revela a importância da pesquisa a respeito das condições em que funciona a atribuição ético-disciplinar das Casas legislativas.

3 O Conselho de ética e decoro parlamentar do Senado Federal

Historicamente, as Casas legislativas não tinham um processo formal para exercer consistentemente os poderes disciplinares sobre os parlamentares. As alegações de má conduta eram investigadas por comissões *ad hoc*, isto é, criadas para esse fim. Havia uma percepção de que era melhor lidar caso a caso, avaliando os comportamentos parlamentares com base nos padrões gerais de decência, de modo que não havia regras escritas sobre as condutas para os membros do Congresso, além da noção de que o momento das eleições era a principal forma de responsabilização política.

Especialmente após a criação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) relativa ao caso da *CPI dos anões do orçamento* cresceu a preocupação com a necessidade de definir padrões específicos de conduta para os congressistas. No entanto, a depender da época, surgem vozes contrárias à atuação de um órgão responsável pela condução dos processos disciplinares⁶. É nesse sentido esta crítica:

⁶ O senador Tião Viana (PT-AC) chegou a apresentar o Projeto de Resolução nº 15/2003 para revogar a Resolução nº 20/1993, que instituiu o *Código de ética e decoro parlamentar*. A proposição foi arquivada no final da legislatura.

A criação do Conselho de Ética é invenção recente, que não fazia parte de nossas casas parlamentares. [...] Não é uma norma de nosso direito constitucional. [...] Os conselhos de ética incorporaram procedimentos legais usados em órgão de processo penal e têm tudo de uma corte de instrução e julgamento. Ora, os “juízes” são os próprios parlamentares, por sua vez escolhidos pela composição dos partidos políticos, tornando-se assim um organismo julgador, sem as isenções de um juiz. [...] Tal procedimento é de uma democracia atrasada, em que o mandato popular fica sujeito ao humor e idiosincrasia do embate político. Ninguém se comporta como um juiz e ninguém é juiz. Cada um é um representante partidário que deseja a vitória do seu partido e não raras vezes quer a cabeça de um adversário. O resto a mídia se encarrega de fazer, também tomando partido e exigindo o voto, ameaçando da execração pública quem não se comportar de acordo com suas vontades e opiniões. [...] Nada mais justo [...] que o mandatário [...] eleito pelo voto, tenha direito a um julgamento isento. Assim, na reforma política, deve ser estabelecida a extensão desta norma, de membros de um Poder julgarem os do outro, que leva a se fazer sempre justiça, e não como hoje um tribunal político, um tribunal de exceção, um tribunal político partidário, como são os conselhos de ética (Sarney, 2009).

De fato, o desenho desses órgãos sempre foi objeto de controvérsias, com diversos prós e contras. Nos EUA já se cogitou de incluir a participação de cidadãos ilustres (ex-membros das Casas, juízes etc.) como forma de aperfeiçoar a aplicação das regras de conduta (United States, 1977). No Brasil, porém, nunca se conjecturou avaliar em perspectiva empírica o trabalho do CEDP ou o controle ético-disciplinar.

3.1 Origem e evolução do CEDP no Senado Federal

A CRFB não determina a instituição de um órgão encarregado da punição disciplinar. No Senado Federal, o CEDP foi criado pela Resolução nº 20/1993. É oriundo do Projeto de Resolução nº 30/1992, do senador Humberto Lucena (PMDB-PB), apresentado em 11/6/1992 e aprovado sem debates na sessão de 11/3/1993. A efetiva instalação do CEDP ocorreu apenas em 19/4/1995.

O CEDP é formado por 15 membros titulares e 15 suplentes, com mandato de dois anos, obedecido o princípio da proporcionalidade partidária e o rodízio entre partidos políticos ou blocos parlamentares não representados. Os membros são indicados pelos líderes partidários, que submetem os nomes à Mesa. O presidente é eleito entre os membros do colegiado. Não há impedimento de que o presidente seja reeleito. Na prática, pode-se dizer que são 16 os membros no caso do Senado Federal, pois aos 15 titulares deve-se somar o corregedor da Casa; de acordo com o art. 25 da Resolução nº 20/1993, ele participa das

deliberações do CEDP, “com direito a voz e voto, competindo-lhe promover as diligências de sua alçada, necessárias aos esclarecimentos dos fatos investigados” (Brasil, [2008])⁷.

Somente em 28/6/2000, quase sete anos depois da criação do CEDP, pela primeira vez na história um senador foi cassado por quebra de decoro parlamentar. Contra o senador Luiz Estevão (PMDB-DF) pesava a acusação de envolvimento em um desvio de R\$ 169 milhões nas obras do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) de São Paulo; a de ter alterado os livros contábeis do Grupo OK, empresa destinatária do superfaturamento da obra; e a de ter mentido sobre tudo isso. Sua cassação ocorreu por 52 votos a favor, 18 contra e 10 abstenções, após quatro horas de deliberação em sessão secreta conduzida pelo senador Antônio Carlos Magalhães (PFL-BA), presidente do Senado Federal à época.

Dada a falta de notas taquigráficas que possam revelar o debate parlamentar que culminou na cassação do senador Luiz Estevão, a análise qualitativa dos argumentos empregados ficará restrita aos outros dois senadores que tiveram seu mandato cassado por quebra do decoro parlamentar: Demóstenes Torres e Delcídio do Amaral.

O CEDP do Senado Federal não realiza reuniões ordinárias; e uma das principais críticas ao seu funcionamento diz respeito à grande discricionariedade do seu presidente, cujos prazos para impulsionamento dos processos são impróprios. Além disso, o desenho do CEDP menospreza o potencial de uma função consultiva, com competência para opinar *ex ante* sobre viagens financiadas por particulares, recebimento de presentes, evolução patrimonial, divulgação de informações de inteligência, dentre outras situações de possíveis conflitos de interesses cuja regularidade poderia ser atestada de modo a evitar posteriores alegações de má conduta ou de violação das regras de decoro.

Embora a Resolução nº 20/1993 tenha criado o CEDP, sua redação originária não chegou a disciplinar qualquer procedimento a ser adotado no caso de quebra de decoro parlamentar. Tal situação permaneceu até o advento da Resolução nº 25/2008, que alterou a Resolução nº 20/1993, para disciplinar o funcionamento do CEDP.

⁷ A figura do corregedor merece um pequeno parêntese. No caso do Senado, o cargo foi criado pela Resolução nº 17, de 1993, que dispõe sobre a Corregedoria Parlamentar. O corregedor é eleito, juntamente com três substitutos, da mesma forma que os demais membros da Comissão Diretora. Entre suas atribuições originais estavam previstas no art. 2º as competências para: a) “promover a manutenção do decoro, da ordem e da disciplina no âmbito do Senado Federal”; b) “dar cumprimento às determinações da Mesa referentes à segurança interna e externa da Casa”; c) “supervisionar a proibição de porte de arma, com poderes para revistar e desarmar”; e d) “fazer sindicância sobre denúncias de ilícitos no âmbito do Senado, envolvendo Senadores” (Brasil, 1993). Concretamente, o corregedor faz as vezes de ministério público e de polícia no Senado Federal, podendo presidir investigações para apurar fatos, conduzidas pela Polícia Legislativa, por ele chefiada, conforme o art. 226, § 1º, do atual Regulamento Administrativo do Senado Federal (RASf) (Brasil, 2021b), veiculado pela Resolução nº 13, de 2018, com a redação consolidada pelo Ato da Comissão Diretora nº 14/2022. A despeito dessa competência, não há registro de que algum corregedor do Senado – mesmo um dos mais aguerridos, como o então senador Romeu Tuma – tenha usado seu poder de iniciar de ofício um procedimento no CEDP.

3.2 O procedimento da punição por quebra de decoro parlamentar no Senado Federal

De acordo com a Resolução nº 20/1993 (Brasil, [2008]), são as seguintes as possibilidades de dar início ao processo disciplinar: a) apresentação de petição escrita na forma de *denúncia* por qualquer parlamentar, cidadão (leia-se, eleitor, em dia com suas obrigações eleitorais, não admitidas as denúncias anônimas) ou pessoa jurídica, nos casos de descumprimento de preceitos do *Código de ética* ou do Regimento Interno do Senado Federal (RISF) (art. 17); b) sob a forma de *representação*, formulada apenas pela Mesa ou por partido político com representação no Congresso Nacional, em relação a fatos sujeitos à pena de perda do mandato ou à pena de suspensão temporária de exercício do mandato (art. 14, *in fine*); c) por iniciativa do corregedor (art. 5º da Resolução nº 17/1993 (Brasil, 1993)); d) de ofício pelo próprio CEDP (art. 17, § 10); e e) nas situações em que, inicialmente formulada via denúncia nos termos do art. 14, a acusação é aceita e mostra indícios bastantes que justificariam a perda do mandato; neste último caso, o CEDP envia os autos à Mesa para que seja feita a representação (art. 17, § 7º), e qualquer partido político pode igualmente subscrevê-la (Brasil, [2008], art. 17, § 8º).

Como se vê, a Resolução nº 20/1993 prevê uma diferença entre *denúncia* e *representação*; a rigor, esta fica reservada à Mesa e aos partidos políticos com assento no Congresso Nacional, únicos legitimados para solicitar que sejam aplicadas as penas de suspensão e perda do mandato. Uma possível diferença também estaria relacionada à robustez do acervo probatório pré-constituído: a representação exigiria mais elementos e a denúncia, menos. Na verdade, trata-se de um formalismo sem sentido. Tanto a denúncia quanto a representação seguem rito praticamente igual e, portanto, deveriam ser unificadas. Na prática, a distinção tem servido ao CEDP muito mais como subterfúgio para uma “jurisprudência defensiva” com o fim de justificar a inadmissibilidade preliminar de algumas petições iniciais por “ilegitimidade”, quando deveria ser observada a instrumentalidade das formas.

Nesse primeiro momento, uma vez apresentadas, as petições iniciais das denúncias e representações são autuadas como Petição do Conselho de ética e decoro parlamentar (PCE)⁸. Antes do juízo prévio de admissibilidade, não equivalem à abertura de um procedimento formal contra o parlamentar. Tal juízo de admissibilidade é realizado pelo próprio presidente do CEDP, que pode arquivar preliminarmente a representação: a) ante a ilegitimidade do representante (no Senado Federal não se admite representação popular, e a petição deve mencionar necessariamente o *nomen juris denúncia*); b) ante a falta de identificação do representado ou dos fatos que lhe são imputados; c) se os fatos relatados forem referentes a período anterior ao mandato, exceto quanto a alguns atos praticados após a diplomação (art. 3º, I); ou d) se os fatos forem manifestamente improcedentes (Brasil, [2008], art. 14, § 1º).

⁸ Porém, nem sempre foi assim. Por essa razão, existe alguma fragilidade na base de dados mais antiga, quando o costume era já autuar como *DEN* ou *REP* petições que ainda não haviam sido formalmente admitidas.

Também quanto à decisão de admissibilidade, criou-se o costume administrativo-legislativo de ouvir previamente a Advocacia do Senado Federal (Advosf), que opina sobre a ocorrência de alguma das situações que ensejam o não seguimento da denúncia ou representação (arquivamento preliminar). Entende-se que, durante o período em que os autos estão na Advosf, não conta o prazo de cinco dias úteis para que o presidente do CEDP admita a representação.

Da decisão do presidente que nega seguimento à representação cabe recurso ao plenário do CEDP, no prazo de dois dias úteis contados da publicação da decisão, subscrito por no mínimo cinco dos seus membros (Brasil, [2008], art. 14, § 2º). Se tal recurso não é interposto ou é rejeitado, o arquivamento torna-se definitivo.

Por sua vez, se a representação passa pelo juízo de admissibilidade (ou se o recurso é acolhido), o presidente do CEDP toma as providências listadas no art. 15 da Resolução nº 20/1993 (Brasil, [2008]): a) registra e autua a petição, de modo que a PCE se torna, conforme o caso, denúncia (*DEN*) ou representação (*REP*); b) notifica o senador representado para apresentar sua defesa prévia no prazo de dez dias úteis (em se tratando de denúncia, são apenas cinco dias), contados da intimação pessoal ou por intermédio de seu gabinete no Senado Federal⁹; e c) designa o relator mediante sorteio (realizado em até três dias úteis) entre os membros do CEDP – e, sempre que possível, não filiados ao partido político do representante ou ao do representado¹⁰.

A defesa prévia do representado deverá, se for o caso, estar acompanhada de documentos e rol de testemunhas, até o máximo de cinco, sob pena de preclusão (art. 15, II, *a*). Não sendo apresentada a defesa prévia no prazo original, o presidente do CEDP nomeará por sorteio defensor dativo (entre não membros do CEDP) para oferecê-la, reabrindo o prazo de dez dias úteis, sem prejuízo do “direito do representado de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança ou a si mesmo defender-se, sem abertura de novo prazo para defesa” (Brasil, [2008], art. 15, II, *b*).

Nos termos do art. 15-A (Brasil, [2008]), oferecida a defesa prévia, o relator apresentará relatório preliminar no prazo de até cinco dias úteis, e o CEDP, em igual prazo, realizará a análise inicial do mérito da representação e examinará se há indícios de prática de ato que possa sujeitar o senador à perda do mandato (definitiva ou temporária) ou de ato punível com advertência ou censura.

Quanto ao relatório preliminar, portanto, três cenários são possíveis. Primeiro: o relatório preliminar pode entender pela inexistência de indícios que justifiquem o prosseguimento

⁹ Mediante acordo, esse prazo da defesa pode ser reduzido. Isso já ocorreu: o prazo foi de três dias úteis nos casos dos senadores Ney Suassuna (PMDB-PB), Magno Malta (PL-ES) e Serys Slhessarenko (PT-MT), cujos nomes foram incluídos no relatório da CPMI dos sanguessugas.

¹⁰ Diferentemente da Câmara dos Deputados, no Senado não se proíbe que o relator tenha sido eleito pelo mesmo Estado do representante ou do representado. Também é problemática a ausência de uma norma explícita que impeça, sem a devida motivação, a recusa do sorteado para ser relator. Dada a falta dessa regra, é comum que os membros do CEDP rejeitem o “encargo” ou desistam dele sem mais, o que representa claro embaraço ao procedimento.

de processo por ato que possa sujeitar o senador à perda do mandato; nesse caso, o CEDP decide pela rejeição ou pela improcedência da representação e determina o arquivamento (art. 15-A, § 6º). Segundo cenário: o relatório preliminar pode determinar que a representação seja convertida em denúncia se não houver indícios de prática de ato que possa sujeitar o senador à perda do mandato, mas desde que existam indícios que possam sujeitar o representado à advertência ou à censura (Brasil, [2008], art. 15-A, § 5º). Terceiro cenário: havendo indícios suficientes, o relatório preliminar pode opinar pelo recebimento da representação e pela instauração do processo disciplinar.

A votação do relatório preliminar ocorre no âmbito do CEDP por votação nominal e aberta (Brasil, [2008], art. 15-A, § 1º). Não há previsão de recurso da decisão que vota o relatório preliminar. A decisão do CEDP pelo recebimento da representação deve ser publicada no DSF que circular no dia subsequente, considerando-se essa publicação como a efetiva instauração do processo, para fins do disposto no art. 55, § 4º, da CRFB¹¹. Dessa forma, de acordo com o art. 15-A, § 4º, da Resolução nº 20/1993, o parlamentar poderia renunciar legitimamente até antes da publicação da decisão do CEDP. Entretanto, pela literalidade do art. 1º, I, k, da Lei Complementar (LC) nº 64/1990 (Brasil, [2021a]), com redação dada pela LC nº 135/2010, a renúncia “desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo” (e não da “instauração”, como prevê a Resolução do Senado) já atrai a inelegibilidade para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito anos subsequentes ao término da legislatura¹².

Instaurado o processo, tem início a fase de instrução probatória, a qual, nos casos puníveis com suspensão ou perda de mandato, será processada em, no máximo, trinta dias úteis. Nessa fase, o CEDP procederá a diligências, à oitiva de testemunhas, à perícia, à entrega de laudos, ao esclarecimento de peritos e à produção e apresentação das provas que entender necessárias – “requeridas pelo representante ou denunciante, pelo representado ou denunciado, pelo relator e pelos demais membros do [CEDP]”, mediante “a intimação prévia do representado ou denunciado, que poderá ser feita por intermédio de seu gabinete no Senado Federal, para, querendo, acompanhar os atos” (Brasil, [2008], art. 17-A).

Também a título de instrução probatória, antes do depoimento das testemunhas poderá ser colhido o depoimento pessoal do representado ou denunciado, “desde que respeitado o seu direito de ser ouvido também posteriormente a elas” (Brasil, [2008], art. 17-B). A oitiva

¹¹ “Art. 55 [...] § 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º” (Brasil, [2023]).

¹² Por um lado, parece razoável a interpretação da norma interna do Senado, dilatando para a efetiva instauração do processo por quebra de decoro parlamentar, já que não é a apresentação de qualquer petição inicial que deve atrair tamanha dúvida sobre o comportamento do parlamentar. Evita-se, assim, o uso político da representação por quebra de decoro. Por outro lado, reconhece-se que, com isso, há tempo mais que suficiente para o senador fazer seus cálculos políticos e, eventualmente, pode-se criar o efeito de esvaziar a sanção prevista na *Lei da ficha limpa*. Ainda não ocorreu um caso concreto em que essa antinomia tenha sido levantada para definir o prazo-limite para a renúncia.

de testemunhas é realizada pelo presidente do CEDP, em conformidade com as regras dos arts. 17-C e 17-D. A realização de perícia, por seu turno, segue o rito dos arts. 17-F, 17-G e 17-H. Se necessário, “o Presidente, por deliberação do Conselho, prorrogará, por prazo determinado, a investigação e o julgamento da representação ou da denúncia” (Brasil, [2008], art. 26-A).

Produzidas as provas, o relator declara encerrada a instrução, intima o representado ou denunciado a apresentar suas alegações finais no prazo de três dias úteis; após isso, no prazo de dez dias úteis, entrega o relatório a ser apreciado pelo CEDP. Recebido o relatório, a Secretaria do CEDP desdobra-o em duas partes: a) a parte descritiva é enviada aos membros do CEDP e b) o voto é mantido em sigilo até sua leitura em sessão pública (Brasil, [2008], art. 17-I).

Na sequência, aprecia-se o “parecer”. O relator procede à leitura do relatório, concedendo-se o prazo de vinte minutos, prorrogável por mais dez, para que o representado ou denunciado e/ou seu procurador realizem a defesa oral, sendo-lhes “facultada a entrega prévia de memoriais escritos aos membros do Conselho”. Em seguida, devolve-se a palavra ao relator para a leitura do voto. Segue-se a discussão, com dez minutos para cada membro do CEDP, após o quê é concedido igual prazo aos senadores não membros do CEDP. Por fim, procede-se à votação nominal (Brasil, [2008]).

O parecer pode concluir pelo *arquivamento* (tecnicamente, seria pela *improcedência da representação*) ou pela *procedência*, já oferecendo o Projeto de Resolução apropriado para a declaração da perda do mandato (art. 17-I, § 2º). Nesse caso, conclui-se a tramitação junto ao CEDP, cujo parecer é enviado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC), para o exame dos aspectos constitucional, legal e jurídico (leia-se *exclusivamente formais*) do procedimento, no prazo de cinco sessões ordinárias (Brasil, [2008], art. 17-O, § 2º).

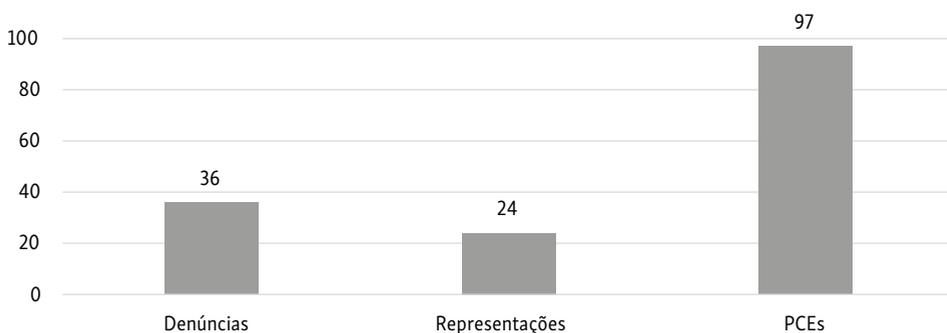
Por fim, o processo é encaminhado à Mesa e, uma vez lido no expediente, é publicado no DSF e distribuído em avulsos para a inclusão na Ordem do Dia (art. 17-O, § 3º). No plenário, a votação aberta pode resultar na manutenção do mandato ou na sua perda, por maioria absoluta. Subsidiariamente às regras previstas na própria Resolução nº 20/1993, são aplicáveis ao processo por quebra de decoro parlamentar a Lei nº 9.784/1999 (*Lei do processo administrativo federal*), o *Código de processo penal* e o *Código de processo civil*, no que for cabível (Brasil, [2008], art. 26-B).

3.3 A atuação do CEDP do Senado Federal em números

Com esteio na seleção de dados explicitada na Introdução, observa-se que, dentre as 157 ocorrências resultantes da busca, 36 são denúncias, 24 são representações e 97 são PCEs. Contudo, esses números não refletem a quantidade de processos efetivamente abertos, que é inferior. Considerando o fluxo atual, as petições primeiramente são autuadas como PCE e, só se admitidas, tornam-se *DEN* ou *REP*, o que explica em parte o elevado número

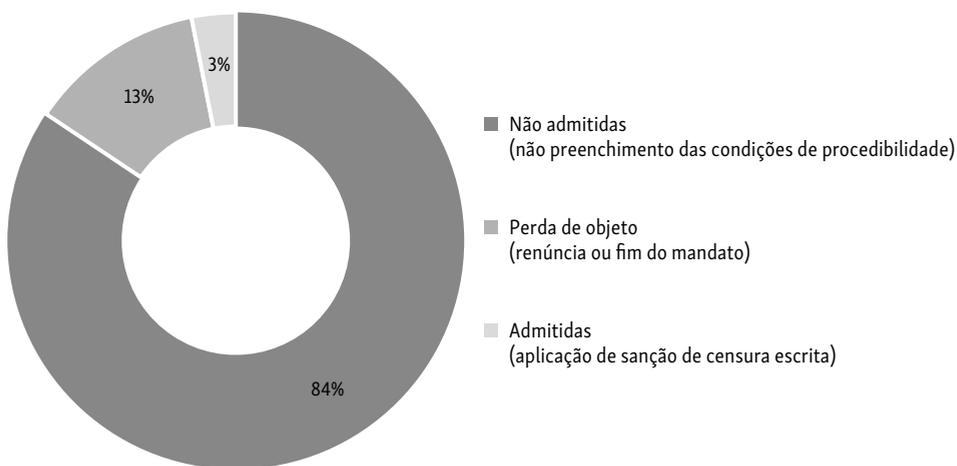
das PCEs em comparação com as demais categorias. Mesmo assim, é possível ter uma dimensão do volume.

Gráfico 1 – Tipos de processos por quebra de decoro no Senado



Fonte: elaborado pela autora.

Gráfico 2 – Autuações por quebra de decoro por ano no Senado



Fonte: elaborado pela autora.

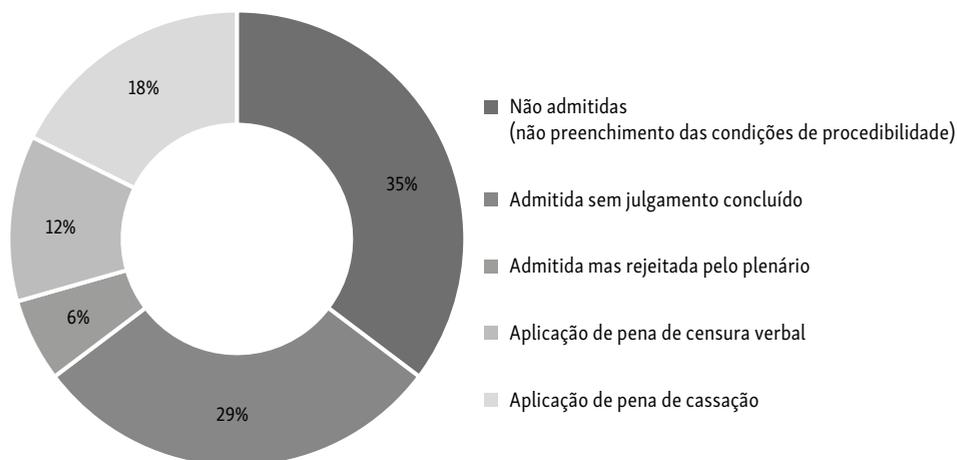
Dentre as 36 denúncias, 4 foram eliminadas porque não se relacionavam a quebra de decoro parlamentar¹³; outras 27 não foram admitidas por não preencherem as condições de procedibilidade nos termos da Resolução nº 20/1993¹⁴; 4 tiveram declarada a perda de

¹³ Denúncias nºs 1/2004, 2/2004, 5/2005 e 1/2016.

¹⁴ Denúncias nºs 1/1999, 1/2000, 2/2000, 3/2000, 4/2000, 2/2001, 3/2001, 4/2001, 5/2001, 6/2001, 1/2002, 2/2002, 2/2003, 3/2003, 3/2004, 4/2004, 1/2005, 2/2005, 3/2005, 4/2005, 5/2005, 7/2005, 8/2005, 9/2005, 1/2006, 1/2015 e 1/2017 (inicialmente admitida, mas posteriormente não admitida pelo acolhimento de pedido de reconsideração).

objeto por renúncia ou fim do mandato¹⁵; e a única denúncia admitida implicou a aplicação da sanção de censura escrita¹⁶. Por um lado, observa-se uma taxa de punibilidade de 100% para as admitidas; por outro lado, o elevado número de casos de inadmissibilidade (27 vezes maior que os de punição) talvez possa ser entendido como a utilização de certo “formalismo” para evitar o desgaste de um julgamento sobre condutas que estariam numa “zona cinzenta” – isto é, seria impossível afirmar de plano que não são indecorosas.

Gráfico 3 – Situação processual das denúncias



Fonte: elaborado pela autora.

Por sua vez, dentre as 24 representações encontradas, 7 foram eliminadas porque não tinham a ver com quebra de decoro parlamentar¹⁷, outras 6 não foram admitidas pelo CEDP¹⁸. Assim, entre as 11 representações restantes que foram admitidas, 5 não tiveram o julgamento concluído¹⁹, uma foi rejeitada pelo plenário²⁰ e 5 resultaram na aplicação de sanção ético-disciplinar – duas censuras verbais²¹ e 3 cassações. Como se vê, dentre as representações que detinham substrato, houve um índice de punibilidade de quase 50%. Por outro lado, por diversos anos não houve quaisquer representações. Uma das possíveis razões para isso é a legitimidade: como visto, só a Mesa ou o partido político com representação no Congresso Nacional podem apresentar representação.

¹⁵ Denúncias nºs 1/2001, 7/2001, 8/2001 e 2/2017.

¹⁶ Denúncia nº 1/2003.

¹⁷ Representações nºs 1/1994, 1/1997, 1/1999, 1/2003, 2/2003, 1/2004 e 1/2005.

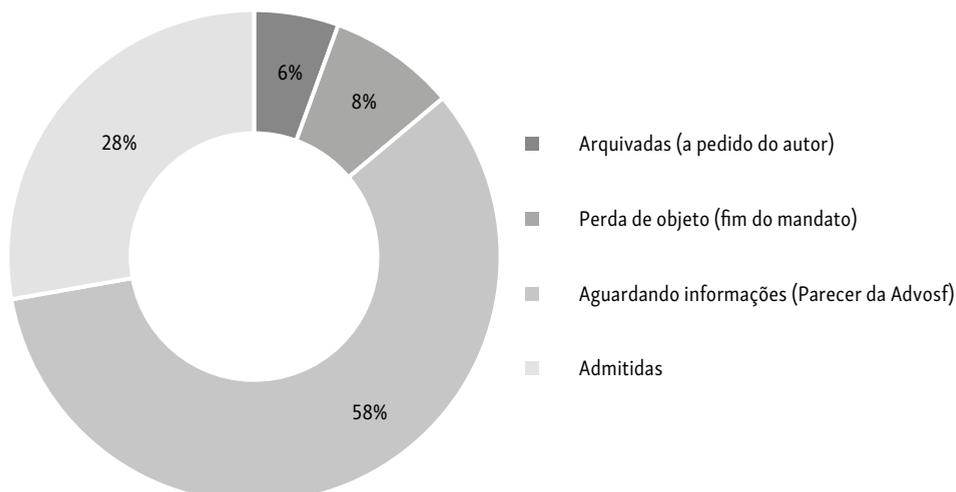
¹⁸ Representações nºs 1/1993, 1/1996, 2/1996, 2/1997, 2/2006 e 3/2006.

¹⁹ Representações nºs 1/2007, 2/2007, 3/2007, 4/2007 e 5/2007.

²⁰ Representação nº 1/1995.

²¹ Representações nºs 3/2003 e 1/2006.

Gráfico 4 – Situação processual das representações



Fonte: elaborado pela autora.

Dentre as 97 PCEs, 6 foram excluídas por se tratar de meros despachos ou por não constituírem acusações de quebra de decoro²²; duas foram excluídas por arquivamento a pedido do autor antes mesmo da admissibilidade²³; 3 foram eliminadas por perda de objeto (fim do mandato)²⁴; 21 ainda estavam no aguardo de informações (com ofício enviado à Advosf solicitando parecer sobre o preenchimento dos requisitos de admissibilidade)²⁵. Da base líquida de 65 PCEs, 55 não foram admitidas (não preenchimento das condições de admissibilidade nos termos da Resolução nº 20/1993)²⁶, do que resulta uma taxa de inadmissibilidade de 84,61%.

Apenas 10 PCEs ultrapassaram a fase de admissibilidade (15,39% do total); mesmo assim, duas delas – a PCE nº 2/2013, que passou a tramitar como Denúncia nº 1/2015, e a PCE nº 2/2017, que passou a tramitar como Denúncia nº 1/2017 – acabaram não sendo admitidas num segundo momento. E uma delas, a PCE nº 3/2017, passou a tramitar como Denúncia nº 2/2017 e acabou perdendo objeto devido ao fim do mandato do senador. Outras 6 PCEs

²² PCEs nºs 1/2006, 2/2006, 3/2006, 4/2006, 3/2018 e 7/2018.

²³ PCEs nºs 5/2016 e 8/2016.

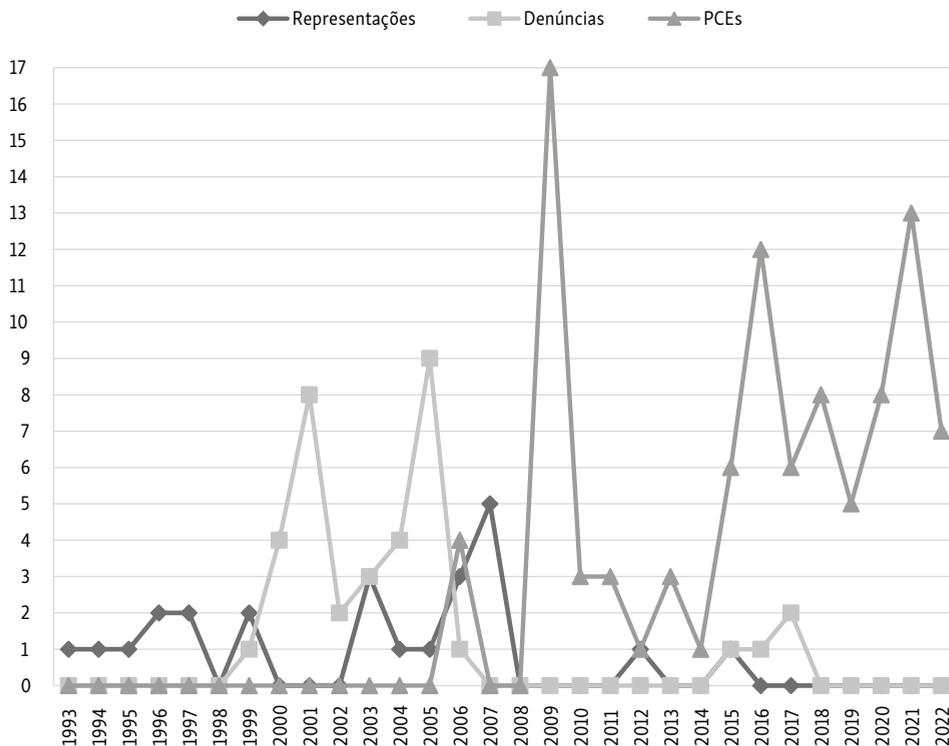
²⁴ PCEs nºs 1/2009, 3/2009 e 17/2009.

²⁵ PCEs nºs 1/2019, 2/2019, 4/2019, 1/2020, 4/2020, 5/2020, 3/2021, 5/2021, 6/2021, 7/2021, 10/2021, 11/2021, 12/2021, 13/2021, 1/2022, 2/2022, 3/2022, 4/2022, 5/2022, 6/2022 e 7/2022.

²⁶ PCEs nºs 2/2009, 4/2009, 5/2009, 6/2009, 7/2009, 8/2009, 9/2009, 10/2009, 11/2009, 12/2009, 13/2009, 14/2009, 15/2009, 16/2009, 1/2010, 2/2010, 3/2010, 1/2011, 2/2011, 3/2011, 1/2012, 1/2013, 3/2013, 1/2014, 1/2015, 3/2015, 4/2015, 5/2015, 6/2015, 1/2016, 2/2016, 3/2016, 4/2016, 6/2016, 7/2016, 9/2016, 10/2016, 11/2016, 12/2016, 1/2017, 4/2017, 5/2017, 6/2017, 1/2018, 2/2018, 4/2018, 5/2018, 6/2018, 8/2018, 3/2019, 2/2020, 3/2020, 8/2020, 1/2021 e 2/2021.

admitidas ainda estão em tramitação, sem julgamento concluído²⁷. Em resumo, só a PCE nº 2/2015, que se tornou a Representação nº 1/2015, teve tramitação regular e resultou na cassação do senador Delcídio do Amaral.

Gráfico 5 – Situação processual das PCEs



Fonte: elaborado pela autora.

Entre os achados, também chama a atenção o fato de jamais terem sido aplicadas as penalidades de advertência ou suspensão do mandato.

²⁷ PCE nº 5/2019, admitida como Denúncia nº 1/2023; PCE nº 6/2020, admitida como Denúncia nº 2/2023; PCE nº 7/2020, admitida como Representação nº 1/2023; PCE nº 4/2021, admitida como Denúncia nº 3/2023; PCE nº 8/2021, admitida como Denúncia nº 4/2023; e PCE nº 9/2021, admitida como Denúncia nº 5/2023.

Quadro 1 – Senadores punidos com censura (escrita ou verbal)

Ano	Senador	Punição e conduta
2003	Antônio Carlos Magalhães (PFL-BA)	Censura escrita, aprovada com 4 votos favoráveis e 2 contrários. Foi o primeiro caso que chegou à Mesa, que tem competência para homologar a sanção, nos termos do Parecer nº 319, de 2003, da Mesa do Senado Federal, publicado no DSF nº 52, de 2003 (Diário do Senado Federal, 2003, p. 9.355), emitido em relação à Denúncia nº 1/2003, de autoria do senador Tião Viana (PT-AC).
		Conduta: o senador entregou documento de origem duvidosa ao jornalista Luiz Cláudio Cunha, nas dependências do Senado Federal, com informações “deselegantes” sobre políticos e cidadãos do estado da Bahia.
2004	Roberto Saturnino Braga (PSB-RJ)	Censura verbal, aprovada por unanimidade, nos termos do Parecer nº 1/2004 do CEDP, publicado no DSF nº 72, de 2004 (Diário do Senado Federal, 2004, p. 12.939), emitido com relação à Representação nº 3/2003, de autoria do Partido Democrático Trabalhista (PDT).
		Conduta: o senador firmou compromisso, antes das eleições, de dividir seu mandato com o suplente Carlos Lupi, conforme carta de próprio punho endereçada a Leonel Brizola; e, logo após as eleições, desfez o acordo político.
2006	Senador Ney Suassuna (PMDB-PB)	Censura verbal, com base no voto em separado apresentado pelo senador Wellington Salgado (PMDB-MG), com voto em separado do senador Valdir Raupp. O Parecer nº 1/2006, publicado no DSF nº 226, de 2006 (Diário do Senado Federal, 2006, p. 39.024), emitido com relação à Representação nº 1/2006, da Mesa do Senado Federal, mediante provocação da <i>CPMI das ambulâncias</i> . O relatório do senador Jefferson Péres (PDT-AM), relator da matéria, que concluía pela cassação do mandato, ficou prejudicado. Este foi o único caso de “desclassificação” da punição recomendada pelo relator.
		Conduta: um assessor do senador representado operou esquema de desvio de recursos pelo direcionamento de emendas parlamentares para a aquisição de ambulâncias com verbas do Ministério da Saúde, conforme a apuração da <i>CPMI das ambulâncias</i> .

Fonte: elaborado pela autora.

Vistos os números, passa-se a analisar os argumentos empregados nas cassações.

4 A cassação do senador Demóstenes Torres

A cassação do senador Demóstenes Torres (DEM-GO) ocorreu em 11/7/2012, com base na Representação nº 1/2012 do Partido Socialismo e Liberdade (Psol). Na época, a votação ainda era secreta, e o resultado foi o seguinte: 56 em favor da cassação, 19 contrários e 5 abstenções. No âmbito do CEDP, a votação foi unânime pela cassação do mandato do senador, que contou com a assistência jurídica do advogado Antônio Carlos de Almeida Castro (*Kakay*). O processo foi relatado pelo senador Humberto Costa (PT-PE). O Quadro 2 sintetiza os argumentos empregados, conforme o DSF nº 108, de 2012 (Diário do Senado Federal, 2012, p. 35.799-35.828).

Quadro 2 – Argumentos do relator para a cassação do senador Demóstenes Torres

Id	Argumento	Descrição
A1	A imunidade parlamentar não acoberta a mentira	O senador mentiu em discurso no plenário do Senado ao afirmar que sua relação com Carlos Cachoeira era exclusivamente de amizade: “é por acaso ficção que S. Exa usou a tribuna do Senado Federal para dizer que a sua relação com o Sr. Carlos Cachoeira era exclusivamente de natureza pessoal e privada e que ao longo de tantas ligações telefônicas só havia tratado de uma crise conjugal entre seu suplente e o Sr. Carlos Cachoeira? Não é ficção. Ele disse isso. Como não é ficção que em nenhuma dessas mais de 300 ligações há qualquer referência à crise conjugal do Sr. Carlinhos Cachoeira. Foram 97 ligações apenas do aparelho Nextel; 40 encontros que aconteceram entre ambos, entre março e agosto de 2011. S. Exa disse aqui que não sabia dos afazeres ocultos do Sr. Carlinhos Cachoeira. É muito difícil acreditar nessa colocação. S. Exa foi Procurador-Geral de Justiça de Goiás por dois mandatos. Foi Secretário de Segurança Pública do Estado de Goiás por um mandato. S. Exa é Senador da República e foi integrante da CPI dos Bingos, que indiciou o Sr. Carlos Cachoeira por seis crimes, entre eles: corrupção passiva, formação de quadrilha, lavagem de dinheiro e mais três. Como alguém da intimidade desse cidadão não poderia saber das suas atividades criminosas, reunindo não somente esse passado de um profissional da Justiça e da Segurança Pública, mas principalmente como seu amigo? Que amigo é esse que não procura saber como o outro se houve em uma CPI que foi do conhecimento de todo o Brasil? Que amigo é esse que não procurou saber por que o amigo havia sido indiciado por seis crimes? Portanto, perdoe-me, mas S. Exa faltou com a verdade” (senador Humberto Costa (Diário do Senado Federal, 2012, p. 35.803)).
A2	O mandato político foi instrumentalizado para atender a interesses privados	O senador atuou na defesa dos interesses de Carlos Cachoeira: “Disse S. Exa que nunca se intrometeu nos negócios do Sr. Carlos Cachoeira, mas o próprio início do conhecimento entre ambos, travado em Goiás, quando S. Exa era Secretário de Segurança Pública, foi para atender uma demanda do Sr. Cachoeira, que queria a repressão aos jogos de azar ilegais em Goiás, para afastar concorrentes” (senador Humberto Costa (Diário do Senado Federal, 2012, p. 35.803)); “Disse S. Exa que era militante da causa contra a legalização dos jogos de azar. No entanto, no período em que foi Presidente da Comissão de Constituição e Justiça, deixou durante dois anos, dormitando nas gavetas da comissão, o Projeto de Lei nº 274, produzido pela CPI dos Bingos, que tornava crime a contravenção dos jogos de azar, sem que indicasse um relator” (senador Humberto Costa (Diário do Senado Federal, 2012, p. 35.804)).
A4	O senador atuou como despachante de Carlos Cachoeira junto a outras instituições públicas	“S. Exa defendeu interesses de Carlinhos Cachoeira na Anvisa, no STJ, no Tribunal de Justiça de Goiás, no Ministério Público de Goiás, no DNPM, no Ibram, no Ibama, no DNIT, na Infraero, na Receita Federal, no Governo de Goiás e em prefeituras de Goiás. E o mais grave, Excelências: o Senador participou, inclusive, do processo de proteção do Sr. Carlinhos Cachoeira” (senador Humberto Costa (Diário do Senado Federal, 2012, p. 35.804)).
A5	O senador recebeu vantagens indevidas	“S. Exa auferiu vantagens que não são lícitas. Aqui foi dito: ‘Mas o que é isso? Receber um telefone Nextel, que é tão barato! Alguém pagar essa conta de R\$40,00, R\$50,00, isso não é nada!’ Mas, senhoras e senhores, esse telefone foi dado a um seletto grupo de pessoas que compunha a alta cúpula dessa organização. Não estou com isso dizendo que o Senador faz parte dessa cúpula, mas faz parte do grupo que recebeu e se comunicava por intermédio desses rádios, não para tratar de assuntos republicanos, mas sempre para tratar de assuntos do interesse dessa organização criminosa. Não é aceitável, sob nenhuma hipótese, que um Senador tenha suas contas pessoais pagas por quem quer que seja, ainda mais por um conhecido contraventor e, hoje, sabidamente, um criminoso. Portanto, isso também não é compatível com o exercício do mandato parlamentar. Deixar que esse contraventor pague uma dívida de US\$18 mil por uma mesa, que pague uma aparelhagem de som de US\$27 mil dada como presente, cinco garrafas de vinho a mais de US\$15 mil e uma geladeira e um fogão como presente de casamento de US\$25 mil. S. Exa disse aqui, na tribuna, como poderia não receber esse presente, seria até uma falta de educação, uma falta de polidez. Mas não é que essa semana, nos grampos da PF, fica claro que esses presentes foram encomendados, não vieram numa caixa que surpreendeu as pessoas que o receberam. Portanto, são vantagens indevidas que são incompatíveis com o exercício do mandato parlamentar” (senador Humberto Costa (Diário do Senado Federal, 2012, p. 35.804)).

Id	Argumento	Descrição
A5	O senador deixou de atuar como se exige de um senador da República	“[...] outras questões menores, mas feitas a pedido do Sr. Carlos Cachoeira: a nomeação de funcionários aqui no Senado, como a Sra Kênia Ribeiro, que trabalhava em Anápolis; de um outro rapaz, onde há uma referência nas gravações. E até mesmo uma situação constrangedora para o nosso colega, o Senador Aécio Neves, que empregou no seu governo uma sobrinha do Sr. Cachoeira, sem sabê-lo. Muito embora o Senador Demóstenes assim o soubesse” (senador Humberto Costa (Diário do Senado Federal, 2012, p. 35.804-35.805)); “[...] o Senador praticou, conforme a Resolução nº 20, irregularidades graves no desempenho do mandato ou de encargos decorrentes desse mandato. De acordo com a Constituição Federal, abusou de prerrogativas asseguradas a membros do Congresso Nacional e, além disso, percebeu vantagens indevidas” (senador Humberto Costa (Diário do Senado Federal, 2012, p. 35.805)).

Fonte: elaborado pela autora.

No Quadro 3, sintetizam-se os argumentos empregados pela defesa do senador.

Quadro 3 – Argumentos da defesa do senador Demóstenes Torres

Id	Argumento	Descrição
B1	O processo foi legal, mas o julgamento deve versar sobre a biografia do senador	“Devo também dizer que o Senador Pedro Taques foi leal, foi intelectualmente correto quando fez o seu relatório. E não estamos aqui, Srs. Senadores, Sras Senadoras para questionar legalidade ou para falar minúcias jurídicas. Estamos a falar aqui, ainda que rapidamente, da vida de um Senador da República que foi submetido durante três anos a gravações ilegais e inconstitucionais, o que está posto no Supremo Tribunal Federal” (Sr. Antônio Carlos de Almeida Castro (Diário do Senado Federal, 2012, p. 35.818)).
B2	O senador foi submetido a gravações ilegais	“[...] é ético cassar um Senador da República eleito com mais de dois milhões de votos baseado em prova ilegal?” (Sr. Antônio Carlos de Almeida Castro (Diário do Senado Federal, 2012, p. 35.818)).
B3	O Ministério Público afirmou que o senador não fazia parte da quadrilha	“A frase, a expressão contida no relatório de que o Senador colocou o mandato dele à disposição daquela quadrilha, com a devida vênia, é dissociada da realidade dos autos que conheço bem. O próprio Ministério Público, aqui elogiado pelo Senador que me antecedeu, o próprio Ministério Público de Goiás e a Polícia Federal de Goiás, em todo o tempo e no seu relatório final, deixam claro que o Senador não fazia parte da quadrilha. Não fazia parte; senão, Excelências, o processo teria que ter ido ao Supremo Tribunal Federal” (Sr. Antônio Carlos de Almeida Castro (Diário do Senado Federal, 2012, p. 35.818)).
B4	As gravações foram manipuladas/adulteradas e retiradas de contexto	“Mas, hoje, aqui, o Senador Humberto Costa disse: Eu não vou falar dos R\$20 mil. Por quê? Porque há uma gravíssima acusação de perito de que há irregularidade. E há irregularidade, sem dúvida, nas gravações. Tanto é que S. Exa, com lealdade e com honestidade intelectual, disse que não falaria porque não poderia enfrentar esse mérito” (Sr. Antônio Carlos de Almeida Castro (Diário do Senado Federal, 2012, p. 35.819)); “E essas gravações pontuais? E esses vazamentos criminosos? E a interpretação que se faz daquilo que um tira hermeneuta ouve na calada da noite durante meses? Foram três anos em que um Senador da República foi gravado indevidamente e ilegalmente” (Sr. Antônio Carlos de Almeida Castro (Diário do Senado Federal, 2012, p. 35.819)).
B5	As instâncias do Judiciário e do Legislativo são separadas	“Eu tenho convicção de que as instâncias são independentes. Mas sei que também aqui é a Casa da democracia. É aqui, muito mais do que no Supremo Tribunal, onde é necessário que a fundamentação seja absolutamente técnica. É aqui que se permite o olhar, Srs. Senadores e Sras Senadoras, não apenas o olhar absolutamente preso ao que está dito nas interpretações da Polícia Federal, mas é o olhar posto nos dois milhões de eleitores que trouxeram para cá o Senador Demóstenes Torres” (Sr. Antônio Carlos de Almeida Castro (Diário do Senado Federal, 2012, p. 35.819)).
B6	O senador foi ingênuo ao aceitar o Nextel	“[...] quando ele recebeu esse rádio, ele não tinha noção de que outras pessoas tinham esse rádio. Ele recebeu um rádio e admitiu no primeiro momento em que foi perguntado para isso. Ai eu deixo novamente uma pergunta a V. Exas, Senador Vital do Rêgo: é suficiente para cassar um Senador da República o fato de ele ter usado esse rádio Nextel? É proporcional?” (Sr. Antônio Carlos de Almeida Castro (Diário do Senado Federal, 2012, p. 35.819)).

Id	Argumento	Descrição
B7	A acusação não se fundamenta em fatos, mas em adjetivações	"Aqui, senhores, eu me defendi de várias adjetivações. Fui chamado, pela imprensa, de bandido, pilantra, psicopata, braço político, desonesto, uma pessoa que tem dupla personalidade, que coloquei o meu mandato à disposição de uma quadrilha, que era um despachante de luxo" (senador Demóstenes Torres (Diário do Senado Federal, 2012, p. 35.820)); "Então, senhores, eu gostaria de me defender dos fatos. Desde o primeiro minuto eu vim aqui me defender dos fatos. Acusaram-me de cinco fatos. Primeiramente na representação, eu derrubei todos esses fatos. Depois, na peça inicial do Relator, vieram outros fatos, e eu os derrubei também. Até que, não tendo mais o que fazer, começaram a dizer isso e aquilo: é despachante de luxo, é braço político. Como vou me defender disso? É como acusar a mulher de vagabunda. Como é que ela se defende disso? Em tudo que ela disser está absolutamente equivocada" (senador Demóstenes Torres (Diário do Senado Federal, 2012, p. 35.820)).
B8	A perícia contratada pela defesa atestou que o trecho da gravação que menciona R\$ 3 mil apresenta conversa paralela	"O perito provou – o perito provou! – e o Conselho de Ética não quis ouvir, que os R\$3 mil tem alguém no fundo falando – e eu li isso aqui – e pede para eu cobrar do Cachoeira que ele está devendo R\$3 mil para alguém. E é isso que eu faço. E é isso que o perito provou" (senador Demóstenes Torres (Diário do Senado Federal, 2012, p. 35.821)).
B9	É um erro julgar sob o clamor do público	"Senhores, o julgamento com clamor público é terrível. Eu me lembro de conversas particulares com um ex-colega nosso, o Senador Marcelo Crivella, que ele nos dizia o seguinte: o julgamento de Cristo. As pessoas presentes, doidas pela crucificação. Pilatos tentava provar que ele era inocente: 'Mas não tem nada, não existe nada!' Pilatos mandou dar uma surra em Cristo. Era a Páscoa judaica, período em que era tradição liberar um preso. Mandou buscar um preso, Barrabás, um homicida. 'Levem Barrabás!' 'Não, nós queremos Cristo.' E ele lavou as mãos e cometeu o pior delito da história por ter lavado as mãos. Eu peço aos senhores que não lavem as mãos em relação a mim. Deixem-me ser julgado pelo Poder Judiciário! Deixem-me ser julgado pelo povo do meu Estado!" (senador Demóstenes Torres (Diário do Senado Federal, 2012, p. 35.822)).
B10	Não há crime pelo uso de um rádio	"Dizem que o maior crime que cometi foi ter usado um rádio. O meu advogado aqui não é essa figura brilhante, um dos melhores advogados do Brasil; o meu advogado é esse rádio que eu utilizei. Não foram gravadas 250 mil horas? Em que momento aparece a minha voz pedindo dinheiro, pedindo propina, cometendo ilegalidades? O maior advogado que tenho é esse rádio. Mais de três anos de grampo, quase quatro anos de gravações. O que existe contra mim? Nada. O que existe contra mim? Nada, nada, nada, nada" (senador Demóstenes Torres (Diário do Senado Federal, 2012, p. 35.822)).
B11	O senador não mentiu	"Senhoras e senhores, eu não menti aqui. Eu jamais menti aqui. Eu tenho uma conduta parlamentar impecável. Os senhores são um atestado disso. Quantas vezes eu procurei um Senador, neste ou no outro mandato, ou qualquer pessoa, qualquer Ministro – eu mencionei aqui o nome dos Ministros com os quais eu me relacionava – para pedir qualquer favor para Carlos Cachoeira ou para qualquer outro? Qualquer conduta criminosa, onde apareceu isso?" (senador Demóstenes Torres (Diário do Senado Federal, 2012, p. 35.822)).
B12	O senador é um bode expiatório, o único que está sendo punido pelas relações com Carlos Cachoeira	"Eu não posso ser julgado para dar o exemplo! Eu não posso ser julgado porque os outros, lá da Câmara, obtiveram o direito de se defender e eu não! Eu não posso ser julgado porque seis governadores também se relacionavam com Carlinhos Cachoeira; dezenas de Deputados Federais. Os outros não têm nada. O bandido sou eu? O meu tratamento tem de ser isonômico. É isto que peço à Casa: deem-me o direito, que foi dado a tantos outros, de fazer a minha defesa!" (senador Demóstenes Torres (Diário do Senado Federal, 2012, p. 35.822)).

Id	Argumento	Descrição
B13	O senador teve inúmeras atuações em favor de assuntos públicos	<p>“Eu digo para os senhores que eu não fui braço político de quem quer que seja. Aliás, fui. Fui braço político das crianças do Brasil, porque em todas as leis sobre pedofilia no Brasil eu estava lá fazendo para punir o pedófilo. Fui braço político do idoso no Brasil, porque relatei, com muita dignidade, o Estatuto do Idoso, que hoje recebe um benefício de prestação continuada de um salário mínimo, se não teve renda a partir de 65 anos de idade. Todo idoso que pega um transporte gratuito hoje tem um dedo meu ali. Eu fui braço político dos pobres do Brasil, porque, no fim do Governo Lula, ele me escolheu – veja só – para ser o relator, aqui, da prorrogação do Fundo de Erradicação da Pobreza. Todas as bolsas que são distribuídas hoje no Brasil têm um dedo meu. Do Judiciário, nem se fala. Todos os Ministros do Supremo, todos, me procuravam para resolver os problemas do Supremo Tribunal Federal: repercussão geral; uniformização de jurisprudência; interiorização de varas federais, não só do Supremo, do STJ, do TST. Perguntem quais Ministros eu pedi algo de errado! Do Ministério Público, eu sou pai do Ministério Público! Pai do Ministério Público. Coloquei, no art. 129, o § 4º, que dá isonomia plena ao Ministério Público com a magistratura. Pai do Ministério Público. O Ministério Público recebe, hoje, como magistrado. Deve-se isso a mim. Da Polícia Federal, a Presidente Dilma Rousseff acabou de sancionar, na semana passada ou esta semana, a Lei de Lavagem de Dinheiro, o arcabouço dela. Da última parte, não participei, porque não pude participar. Fui eu que trabalhei junto com a Polícia Federal para construir aquele esqueleto. Então, senhores: de trabalhadores e de empresários. A segurança pública, quantas leis? Da família: a alienação parental, a guarda compartilhada, tudo tem o meu dedo ali. Da mulher: ajudei a Senadora Lúcia Vânia, que foi a relatora, na Lei Maria da Penha. Ela me pediu, eu tive a oportunidade de discutir com ela. Dos crimes contra a dignidade sexual: fui eu que acabei com a expressão ‘mulher honesta’, que as feministas do Brasil não aceitavam. E com razão. O que é mulher honesta?” (senador Demóstenes Torres (Diário do Senado Federal, 2012, p. 35.824)).</p>

Fonte: elaborado pela autora.

5 A cassação do senador Delcídio do Amaral

A sessão de cassação do senador Delcídio do Amaral (PT-MS) ocorreu em 10/5/2016, com base na Representação nº 1, de 2015, apresentada pelo partido Rede Sustentabilidade e pelo então Partido Popular Socialista (PPS), hoje Cidadania. O relator foi o senador Telmário Mota (PDT-RR), cujo relatório concluiu ter havido abuso das prerrogativas. A cassação ocorreu 80 dias depois de o senador ter sido preso em pleno exercício do mandato – o primeiro a ter a restrição da liberdade desde a promulgação da CRFB. A votação no plenário foi aberta, com 74 votos a favor da cassação, nenhum contra e uma abstenção. O Quadro 4 sintetiza os argumentos apresentados na ata publicada no DSF nº 63, de 2016 (Diário do Senado Federal, 2016, p. 323-340).

Quadro 4 – Argumentos do relator para a cassação do senador Delcídio do Amaral

Id	Argumento	Descrição
C1	O senador é acusado de obstruir a justiça e oferecer vantagens em razão do mandato	<p>“[...] o Senador Delcídio do Amaral está sendo acusado de obstruir a Justiça, ao se oferecer para influenciar junto ao STF no sentido de obter <i>habeas corpus</i> favorável a Nestor Cerveró, bem como para auxiliar no planejamento de sua eventual fuga. Reflitam sobre o que eu disse. Se isso não é uma irregularidade grave, gravíssima, o que seria, então?” (senador Telmário Mota (Diário do Senado Federal, 2016, p. 324)).</p>

Id	Argumento	Descrição
C2	No processo por quebra de decoro não se aplicam todas as normas processuais penais	"[...] no julgamento de quebra de decoro parlamentar não se aplicam todas as normas processuais penais. Nele são aplicáveis, essencialmente, aquelas que dizem respeito às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. O próprio STF, no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.623/DF, destacou que não incidem, nos procedimentos de natureza político-administrativa, as regras de impedimento ou suspeição contidas no direito processual comum. E ainda temos, a reforçar esse entendimento, o teor do art. 306 do Regimento Interno do Senado, o qual prevê que o Parlamentar somente não deverá votar quando se tratar de assunto de seu interesse pessoal" (senador Telmário Mota (Diário do Senado Federal, 2016, p. 324)).
C3	Ficou provado e o senador confessou que participara de eventos que configuram quebra de decoro parlamentar	"A relatoria, no Conselho de Ética, analisando a transcrição dos diálogos e tendo em vista a confissão do próprio Senador Delcídio do Amaral, entendeu não restar dúvidas de que o representado participou de uma reunião com a finalidade de propor medidas que, certamente, iriam obstruir a Justiça, caso fossem implementadas, especificamente no que diz respeito às apurações da Lava Jato, o que configura, claramente, quebra de decoro parlamentar, punível com cassação do mandato" (senador Telmário Mota (Diário do Senado Federal, 2016, p. 324)); "O representado confirmou ter-se reunido com Bernardo Cerveró, o advogado Edson Ribeiro e o assessor Diogo Ferreira, para oferecer ajuda financeira, assim como auxílio na soltura e posterior fuga de Nestor Cerveró. O representado ofereceu ajuda para a obtenção de <i>habeas corpus</i> no STF, alegando suposta influência junto aos seus Ministros. O representado planejou, detalhadamente, a fuga de Cerveró e outros acusados. Tudo com o objetivo de evitar que Cerveró firmasse acordo de colaboração com a Justiça brasileira. Não há, portanto, qualquer dúvida de que o Senador Delcídio do Amaral abusou gravemente de suas prerrogativas constitucionais, ofendendo não só a esta Casa, mas a todos os brasileiros" (senador Telmário Mota (Diário do Senado Federal, 2016, p. 325)).
C4	Os julgamentos na esfera penal e por quebra de decoro são independentes	"[...] o julgamento pelo Conselho de Ética do Senado corre paralelamente à esfera penal, no âmbito judiciário. São esferas de julgamento independentes. Aqui, no Senado, importa, mais que tudo, o prejuízo causado à dignidade do Poder Legislativo pelo comportamento indevido de um membro desta Casa, notoriamente incompatível com a ética e o decoro esperados de um Senador da República. Trata-se, em última instância, de preservar a imagem da própria democracia representativa. Trata-se de conservar, no imaginário da sociedade, a saudável esperança e o devido respeito às instituições e aos valores democráticos" (senador Telmário Mota (Diário do Senado Federal, 2016, p. 324-325)).
C5	O rito de processamento foi correto (a CC) rejeitou os vícios alegados pela defesa)	"Nesta Comissão [CC], o ilustre Senador Ricardo Ferraço foi indicado para relatar a matéria. Em seu relatório, manifestou-se pela inexistência de vícios no processamento da aludida representação, sob os aspectos de constitucionalidade, legalidade e juridicidade, inclusive no que respeita à questão do suposto cerceamento do direito de defesa do Senador Delcídio, cujos argumentos foram novamente rejeitados" (senador Telmário Mota (Diário do Senado Federal, 2016, p. 325)).

Fonte: elaborado pela autora.

O Quadro 5 apresenta uma síntese dos argumentos empregados pela defesa do senador, o qual não compareceu ao plenário, nem designou advogado para representá-lo. O presidente da Casa nomeou o servidor Danilo Aguiar como defensor dativo do senador.

Quadro 5 – Argumentos da defesa do senador Delcídio do Amaral

Id	Argumento	Descrição
D1	A representação é inepta	"A representação limita-se a fazer imputação jurídica, mas não indica base fática que pudesse configurar 'irregularidade grave'" (Sr. Danilo Aguiar (Diário do Senado Federal, 2016, p. 331)).
D2	A prova anônima é nula	"A pretensa materialidade repousa num documento apócrifo e anônimo que se autodenomina 'degravação', mas não há sequer a gravação juntada aos autos" (Sr. Danilo Aguiar (Diário do Senado Federal, 2016, p. 331)).

Id	Argumento	Descrição
D3	O relator e parte do CEDP são suspeitos	"O Senador Telmário Mota, Relator do processo, antecipou juízos de valor sobre o caso e sobre o representado, adjetivando o Senador Delcídio do Amaral de 'frouxo'. Além disso, o Senador Randolfe Rodrigues, que, num primeiro momento, subscreveu a moção de 'apoio à representação', que integra a petição inicial, depois, participou das deliberações que julgaram a representação que houvera sido anteriormente endossada por ele próprio" (Sr. Danilo Aguiar (Diário do Senado Federal, 2016, p. 331)).
D4	A gravação é enganosa e nula	"A gravação é o resultado de uma armadilha adrede engendrada por truques cênicos para induzir em erro o Senador representado a produzir prova contra si próprio, mediante falsa representação da realidade. Tratou-se de um crime impossível, porque o projeto de colaboração de Cerveró já havia sido divulgado na revista Época, em setembro de 2015. Não havia como obstruir o que já houvera sido rechaçado por obsolência [sic]" (Sr. Danilo Aguiar (Diário do Senado Federal, 2016, p. 331)).
D5	O processo tramitou com o senador afastado por licença médica	"A ampla defesa se desdobra em duas frentes: a defesa técnica e a autodefesa. No caso dos autos, o Senador Delcídio do Amaral não pôde se autodefender perante o Conselho de Ética porque o processo tramitou enquanto ele se encontrava sob licença médica" (Sr. Danilo Aguiar (Diário do Senado Federal, 2016, p. 331)).
D6	O processo está eivado de diversos vícios	"Em sede de 'defesa prévia', foram arguidas diversas teses de índole constitucional que deveriam ter sido previamente enfrentadas pela CCJ, conforme exige o art. 32, § 4º, do Regimento Interno do Senado Federal: 'A representação será encaminhada à CCJ, que proferirá o seu parecer em 15 dias úteis'. Essa etapa foi solenemente ignorada" (Sr. Danilo Aguiar (Diário do Senado Federal, 2016, p. 331)).
D7	A prova é frágil	"A fragilidade probatória é tamanha, que o próprio Conselho de Ética deliberou que havia necessidade de se inquirirem testemunhas" (Sr. Danilo Aguiar (Diário do Senado Federal, 2016, p. 331)).
D8	O CEDP negou a oitiva de testemunhas	"Ocorre que essa deliberação [de ouvir testemunhas] criou um fato novo que abriu margem à possibilidade de que a defesa também pudesse indicar testemunhas. Então, com o propósito deliberado de cercear a defesa, o Conselho revogou a convocação das testemunhas, para que o representado não pudesse indicar suas testemunhas, mas o fato já estava consumado e o direito adquirido. Mesmo assim, negou-se o acesso à prova" (Sr. Danilo Aguiar (Diário do Senado Federal, 2016, p. 331)).
D9	O CEDP indeferiu o pedido de prova pericial	"A gravação pode ter sido editada, trechos podem ter sido suprimidos. Embora o Senador representado não negue o encontro, urge que seja feita uma perícia para constatação de eventuais edições que porventura pudessem comprometer a materialidade da prova" (Sr. Danilo Aguiar (Diário do Senado Federal, 2016, p. 332)).
D10	O rito ofendeu o direito adquirido	"A defesa requereu - e foi deferido - o traslado da íntegra do processo que tramita perante o STF, com as provas que lá estão carreadas. Embora o requerimento tivesse sido, num primeiro momento, deferido, o Conselho de Ética deliberou, num segundo momento, revogar o deferimento, sem que houvesse nenhum fato novo que justificasse a alteração do provimento. Tal revogação ofende direito adquirido" (Sr. Danilo Aguiar (Diário do Senado Federal, 2016, p. 331)).
D11	Houve supressão do interrogatório	"O interrogatório é meio de defesa que não pode ser suplantado. Sob licença médica, o Senador não pôde comparecer às audiências em que se pretendeu ouvi-lo. Na derradeira oportunidade, justificou-se sua ausência pelo atropelo de importantes fases e de meios de defesa" (Sr. Danilo Aguiar (Diário do Senado Federal, 2016, p. 332)); "A reunião do Conselho que deliberou pela votação foi prematura. Não houve prévia disponibilização da parte descritiva do relatório, nem a defesa foi intimada acerca disso, para que pudesse, a partir daí, distribuir memoriais, conforme faculta o art. 17-O, inciso II, do Regimento" (Sr. Danilo Aguiar (Diário do Senado Federal, 2016, p. 332)).
D12	O CEDP negou à defesa o acesso ao aditamento	"A defesa pleiteou que o Conselho aguardasse o aditamento da denúncia perante o STF. Apesar da independência das esferas, seria de bom alvitre aguardar o aditamento da denúncia. Mas não. Em vez disso, o Conselho preferiu deliberar a votação. Horas depois, na mesma tarde, sobreveio a notícia do aditamento da denúncia, trazendo à luz fatos novos que estão intimamente imbricados com a imputação em exame" (Sr. Danilo Aguiar (Diário do Senado Federal, 2016, p. 332)).
D13	A defesa não foi atendida em seus requerimentos ao CEDP	"Não é demais lembrar que a defesa não foi atendida em nenhum de seus requerimentos e que os dois que foram inicialmente aprovados foram estranhamente rejeitados posteriormente tanto pelo Conselho de Ética como pela CCJ" (Sr. Danilo Aguiar (Diário do Senado Federal, 2016, p. 332)).

Fonte: elaborado pela autora.

6 Os achados sobre a punição por quebra de decoro parlamentar no Senado Federal

Com fundamento nos números apresentados, é possível observar que no Senado Federal o controle ético-disciplinar tem sido usado com parcimônia. Desde a promulgação da CRFB, não se aplicaram as penalidades de advertência ou suspensão do mandato, e apenas seis senadores foram punidos – um com censura escrita, dois com censura verbal e três com a cassação. Quanto às condutas subjacentes, duas consistiram em comportamentos considerados inaceitáveis pelos próprios senadores e quatro tiveram fatos relacionados à percepção de vantagens indevidas. Nenhuma das punições se relacionou ao chamado *excesso verbal*, indicando que a jurisprudência do CEDP até agora tende a considerar a imunidade parlamentar de forma ampla, acolhendo opiniões, palavras e votos dos parlamentares. Talvez essa situação mude a partir do julgamento das Denúncias nºs 1/2023, 2/2023, 4/2023 e 5/2023, que têm por objeto discursos e postagens de senadores nas redes sociais.

A grande maioria das acusações protocoladas não é admitida por falta de preenchimento das condições de procedibilidade nos termos da Resolução nº 20/1993. Esse dado pode ser interpretado de duas formas: de um lado, o pouco conhecimento dos requisitos necessários à abertura do processo – a principal causa de não admissão diz respeito à falta de justa causa, pela ausência de substrato probatório mínimo; por outro, o excesso de formalismo do CEDP, que prefere usar óbices processuais a julgar o mérito – isso em razão do desgaste de julgar improcedentes as acusações por quebra de decoro parlamentar. Alguns dos processos não seguiram adiante devido ao fim do mandato do senador, indicando que a demora na tramitação pode acarretar a perda de objeto dos processos.

Especificamente nos casos em que houve a cassação e que puderam ser analisados, as manifestações dos parlamentares durante a sessão insistiam em que o procedimento não se limitava à punição da conduta errônea de um só senador e que a votação emitiria um sinal para a sociedade a respeito da credibilidade do Senado Federal. Da leitura dos debates depreendeu-se que, para os parlamentares, a função de julgar os próprios companheiros é “ingrata”, “difícil”, “desconfortável”, “dolorosa”. As demais manifestações parlamentares também fazem menção a sentimentos de “tristeza”, “frustração”, “decepção” e “constrangimento” no controle ético-disciplinar.

Além disso, entre os relatores que recomendaram a cassação notou-se a preocupação em usar, como fundamentos da decisão, condutas corroboradas com elementos de ordem fática claros e convincentes (“provas incontestáveis”). Por coincidência, ou talvez em razão do tempo de que se dispunha durante a sessão, nos dois casos analisados houve identidade quanto ao número e à natureza dos argumentos apresentados: todos os cinco argumentos diziam respeito a condutas concretas, graves e provadas, e nenhum versava sobre aspectos subjetivos ou sobre a pessoa do parlamentar. Isso afasta uma objeção – que costuma circular em relação a casas legislativas nas demais esferas da federação – à

instrumentalização do processo por quebra de decoro como ferramenta para a perseguição pessoal de parlamentares.

Da parte da defesa, os argumentos tendem a misturar dois padrões: a) levantar vícios de ordem procedimental – os quais, de modo geral, tendem a ser considerados argumentos ruins pelos próprios parlamentares, pois no meio predomina o entendimento de que se trata de julgamento “político”, não sendo possível transpor as garantias do processo penal para o procedimento por quebra de decoro; e b) enaltecer a trajetória e a vida pregressa do parlamentar processado – esses são os melhores argumentos, na medida em que transmitem a sensação de um julgamento “injusto”. Esse ponto guarda relação com o perfil dos senadores cassados.

Em especial no caso de Demóstenes Torres, ressalta-se como característica da sua trajetória o fato de que o parlamentar se promovia como paladino da moral, da ética e – até o advento do escândalo que culminou na cassação – gozava de elevada reputação e credibilidade entre seus pares. Antes de tornar-se senador, fora secretário de Segurança Pública do estado de Goiás, e sua atuação foi marcada pelo enfrentamento do crime organizado. Já como senador, vários de seus discursos estavam relacionados ao combate da corrupção. Os eventos demonstrados nos autos geraram uma espécie de dissonância cognitiva em relação à biografia do senador. Mesmo se tendo reconhecido durante a sessão que se tratava de um senador dentre os mais capazes e competentes que o Senado já tivera, foi cassado.

Os argumentos e números achados não permitem a conclusão de que o controle ético-disciplinar no Senado Federal seja necessariamente fraco. A simples potencialidade de ser acionado já provoca “reações antecipadas” dos senadores com o propósito de se prevenirem desse tipo de atuação; e existe um processo de “aprendizagem” em que os senadores adquirem experiência sobre os limites e os comportamentos aceitáveis, de forma semelhante ao que ocorre nas demais espécies de controle parlamentar (Lupia; McCubbins, 1994).

Além disso, os parlamentos são instituições antigas que se desenvolvem lentamente. Embora o Senado tenha sido criado em 1824, somente em 1993 o controle ético-disciplinar foi institucionalizado. A transição das convenções informais, usos e costumes para um modelo de regulação da ética parlamentar mais “burocrático” (na forma de códigos de ética escritos) não é fácil, pois tende a contrariar os próprios interesses da classe. No caso do Senado Federal, a institucionalização do controle ético-disciplinar pela Resolução nº 20/1993 demonstra que a estratégia de “cortar na própria carne” é preferível ao desgaste junto à parcela da opinião pública que vê a atuação parlamentar como sinônimo de vantagens indevidas e de impunidade.

7 Conclusão

O trabalho apresentou os contornos gerais da atuação do Senado Federal no controle ético-disciplinar dos seus membros. Viu-se que, a despeito da falta de previsão constitucional,

a aprovação da Resolução nº 20/1993 cumpriu um papel decisivo ao instituir o *Código de ética* e um Conselho (o CEDP) encarregado da sua aplicação. Do ponto de vista empírico, pode-se afirmar que o controle por meio dos processos por quebra de decoro tem operado discretamente: somente 6 senadores foram punidos nos últimos 30 anos. Para o público externo, esse dado é percebido como uma atuação leniente com a investigação e a punição disciplinar dos pares. Por outro lado, o discurso interno insiste em afirmar que o CEDP não pode ser instrumento de ação político-partidária, nem substituir o eleitor na decisão soberana. A maior parte das acusações de quebra de decoro parlamentar é desacompanhada de documentos considerados hábeis a comprovar os fatos narrados, sendo baseadas em matéria jornalística. Naturalmente, essa é a principal razão do elevado índice de não admissibilidade de petições.

Como se viu, o fortalecimento da responsabilidade político-disciplinar é medida necessária ao fortalecimento da confiança nas instituições democráticas, entre as quais o próprio Senado Federal. O controle interno por quebra de decoro parlamentar é uma poderosa ferramenta fiadora da própria imunidade parlamentar: se a punição pelos próprios pares funciona, esvaziam-se os argumentos que têm sido empregados no senso comum e pela jurisprudência atual do STF para avançar na punição criminal e afastar as prerrogativas parlamentares, em prejuízo do Poder Legislativo. Assim, por menos que no atual cenário seja provável uma cassação por excesso verbal, talvez convenha mudar essa tendência do CEDP e passar a aplicar penalidades mais brandas, com o quê ele já cumpriria um papel pedagógico.

Existem diversos aperfeiçoamentos possíveis no desenho do procedimento por quebra de decoro – como a fixação de prazos que obriguem ao impulsionamento dos processos ou, alternativamente, à justificação da sua inação. Alguns obstáculos à dinâmica desse controle interno são: a flexibilidade, a tipicidade aberta, a elevada carga valorativa envolvida no juízo sobre as condutas, juntamente com outras significativas características procedimentais analisadas – como a inaplicabilidade de diversas garantias jurídico-formais, exequíveis no âmbito penal, mas não no processo por quebra de decoro.

Não se tem conhecimento de outra pesquisa voltada para a realização de um diagnóstico empírico sobre a função ético-disciplinar no Senado Federal. Como não foi possível esgotar o tema, parece imprescindível incentivar o desenvolvimento de estudos mais aprofundados sobre estratégias, motivos e determinantes da punição disciplinar dos senadores. Para o futuro, espera-se uma investigação que se aprofunde nos processos por quebra de decoro que redundaram na absolvição de senadores, além de estudos comparativos com a Câmara dos Deputados e com parlamentos estrangeiros.

Referências

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Ética e decoro parlamentar no Brasil e nos EUA: integração dos instrumentos de controle para mudança social*. 2. ed. Brasília, DF: Entrelivros, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 9 nov. 2023.

_____. *Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em: 9 nov. 2023.

_____. Senado Federal. *Regulamento administrativo do Senado Federal*. 2. ed. rev. e atual. Brasília, DF: Senado Federal, 2021b. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/581275/RASF_2ed.pdf?sequence=10&isAllowed=y. Acesso em: 9 nov. 2023.

_____. Senado Federal. *Resolução nº 17, de 1993*. Dispõe sobre a Corregedoria Parlamentar. Brasília, DF: Senado Federal, 1993. Disponível em: <https://adm.senado.leg.br/normas/ui/pub/normaConsultada?2&idNorma=233285>. Acesso em: 9 nov. 2023.

_____. Senado Federal. *Resolução nº 20, de 1993*. Institui o Código de Ética e Decoro Parlamentar. Brasília, DF: Senado Federal, [2008]. Disponível em: <https://adm.senado.leg.br/normas/ui/pub/normaConsultada?4&idNorma=13833255>. Acesso em: 9 nov. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança nº 21.861/DF*. Mandado de segurança. 2. Ato da Câmara dos Deputados. Constituição, art. 55, inciso II. Perda de mandato de Deputado Federal, por procedimento declarado incompatível com o decoro parlamentar [...]. Impetrante: Onaireves Moura. Impetrada: Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Néri da Silveira, 29 de setembro de 1994. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85625>. Acesso em: 9 nov. 2023.

CARVALHEIRO, Adriana Maria Dias Godoy. *O poder coercitivo do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados*. 2007. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Processo Legislativo) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento, Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 2007. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/3583>. Acesso em: 9 nov. 2023.

DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Brasília, DF: Senado Federal, ano 58, n. 52, 1º maio 2003. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/812?sequencia=113>. Acesso em: 9 nov. 2023.

_____. Brasília, DF: Senado Federal, ano 59, n. 72, 8 maio 2004. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/822?sequencia=211>. Acesso em: 9 nov. 2023.

_____. Brasília, DF: Senado Federal, ano 61, n. 226, 19 dez. 2006. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/1888?sequencia=84>. Acesso em: 9 nov. 2023.

_____. Brasília, DF: Senado Federal, ano 67, n. 108, 12 jul. 2012. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/13206?pagina=35799>. Acesso em: 9 nov. 2023.

_____. Brasília, DF: Senado Federal, ano 71, n. 63, 11 maio 2016. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/20402?sequencia=323>. Acesso em: 9 nov. 2023.

EUROPEAN UNION. European Parliament. Office for Promotion of Parliamentary Democracy. *Parliamentary ethics: a question of trust*. Brussels: European Parliament, OPPD, 2011. Disponível em: https://www.agora-parl.org/sites/default/files/agora-documents/codes_of_conduct_final-enforweb.pdf. Acesso em: 9 nov. 2023.

LUPIA, Arthur; MCCUBBINS, Mathew D. Learning from oversight: fire alarms and police patrols reconstructed. *Journal of Law, Economics, & Organization*, [s. l.], v. 10, n. 1, p. 96-125, Apr. 1994.

MATTHEWS, Donald R. *U.S. Senators and their world*. New York: W. W. Norton & Company, 1973. (The Norton Library).

PELIZZO, Riccardo; STAPENHURST, Rick. Legislative ethics and codes of conduct. In: STAPENHURST, Rick; JOHNSTON, Niall; PELIZZO, Riccardo (ed.). *The role of Parliament in curbing corruption*. Washington, DC: World Bank, 2006. p. 197-205. (WBI Development Studies). Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/entities/publication/cdc4b98b-d29e-57bc-827a-e0be31620802>. Acesso em: 9 nov. 2023.

POLSBY, Nelson W. The institutionalization of the U.S. House of Representatives. *American Political Science Review*, [s. l.], v. 62, n. 1, p. 144-168, Mar. 1968. DOI: <https://doi.org/10.2307/1953331>.

REALE, Miguel. Decoro parlamentar e cassação de mandato: liberdade do deputado no exercício de seu *múnus* político. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4, p. 307-316. (Doutrinas Essenciais).

SARNEY, José. Um passo necessário. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 21 ago. 2009. Opinião. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2108200906.htm>. Acesso em: 9 nov. 2023.

UNITED STATES. Congress. Senate. *S.Res. 4 - Committee System Reorganization Amendments*. Washington, DC: Congress, 1977. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/95th-congress/senate-resolution/4>. Acesso em: 9 nov. 2023.

Licenciamento

Trabalho sob licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

O Senado à frente do Congresso: sessão conjunta e direção dos trabalhos ao longo de 200 anos

The Senate ahead of Congress: joint session
and direction of works over 200 years

Rodrigo Ribeiro Bedritichuk¹

Resumo

Sessões conjuntas constituem um tipo peculiar de interação das Casas de um parlamento. O presente trabalho investiga as sessões conjuntas no Brasil ao longo da história, valendo-se da análise textual das constituições e dos regimentos para compreender as matérias votadas, a direção dos trabalhos e as regras de votação. O objetivo é compreender como se chegou ao quadro atual, com matérias importantes ainda sendo apreciadas em sessão conjunta. A análise mostra que a concentração decisória no regime militar foi crucial para as sessões conjuntas, e que um processo de inércia institucional contribuiu para manter resquícios do período. Além da proeminência do Senado ao longo da história, observa-se que as prerrogativas dos senadores nas sessões conjuntas, como os poderes de agenda e de veto, são instrumentos fundamentais do arranjo bicameral brasileiro, revelando outra faceta do poder do Senado no âmbito do Parlamento.

Palavras-chave: bicameralismo; Senado; sessão conjunta.

Abstract

Joint sessions constitute a peculiar type of interaction between the chambers of a parliament. The present work investigates the joint sessions in Brazil throughout history, making use of textual analysis of the constitutions and Senate rules of order to understand bills considered in joint sessions and voting rules. The objective is to understand how the current framework was reached, with important bills still being considered in a joint session. The analysis shows that the decision-making concentration in the military regime was decisive

¹ Rodrigo Ribeiro Bedritichuk é mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; especialista em Ciência Política pelo Instituto Legislativo Brasileiro (ILB), Brasília, DF, Brasil; bacharel em Economia pela UnB e em Direito pelo UniCEUB, Brasília, DF, Brasil; analista legislativo do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil. E-mail: bedritic@senado.leg.br

for the importance of joint sessions, and that a process of institutional inertia contributed to keep this arrangement. We observe the great prominence of the Senate throughout history as well as the prerogatives of senators in joint sessions, such as agenda and veto powers, which reveal another facet of the power of the Senate within the scope of parliament.

Keywords: bicameralism; Senate; joint session.

Recebido em 31/7/23

Aprovado em 4/9/23

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

Poderes especiais, ponto constitucional, fusão obrigatória ou facultativa... Mas você não vê que tudo isso é comprido, leva tempo, muito tempo, e que esta vida não chega a netos? Que haja alguma dificuldade grave em 1914, por causa desse ponto, é possível; mas que temos nós com 1914? Há de haver gente em 1914 (Assis, 1886, p. 1).

1 Introdução

Em setembro de 1886, Machado de Assis referia-se a uma controvérsia constitucional antiga entre a Câmara dos Deputados e o Senado acerca da ocasião em que deveria haver uma “fusão das duas Casas”, isto é, uma sessão que reunisse deputados e senadores. A dúvida, que vinha desde a primeira Constituição, a de 1824, é se seria obrigatória ou facultativa a ocorrência de tal sessão após o pedido de uma Casa à outra quanto à “fusão”. À época, o escritor cobria com sua pena de jornalista o Senado do Império antes de ser aclamado por seus romances, mas não escondia o estilo característico, marcado pela ironia.

Diante do impasse interpretativo acerca da reunião conjunta entre o Senado e a Câmara dos Deputados e da proposta de se definir melhor esse ponto, Machado adia a solução da questão para o futuro – para as pessoas de 1914 –, pois a vida é curta para resolver problemas tão compridos... A vida pode não chegar a netos, mas o tempo das instituições pode

² BEDRITCHUK, Rodrigo Ribeiro. O Senado à frente do Congresso: sessão conjunta e direção dos trabalhos ao longo de 200 anos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 241, p. 45-65, jan./mar. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p45

³ Bedritchuk, R. R. (2024). O Senado à frente do Congresso: sessão conjunta e direção dos trabalhos ao longo de 200 anos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(241), 45-65. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p45

ultrapassar os séculos. Tanto é assim que, algumas Constituições depois, o Parlamento brasileiro chega aos duzentos anos de funcionamento. Decerto há impasses não resolvidos e reformas adiadas porque os problemas são compridos... Há de haver gente algumas décadas à frente.

Contudo, o ponto a ser destacado aqui não é a brevidade da vida, e sim a longa sobrevivência das instituições – com suas ambivalências – e a lentidão das mudanças institucionais. E destacar que as sessões conjuntas no contexto do Parlamento brasileiro sempre deram azo a conflitos políticos – se era verdade na época de Machado de Assis, tanto mais agora, com um quadro multipartidário e polarizado.

O presente artigo trata justamente desses dois temas. A proposta é analisar, em perspectiva histórica, as ocasiões em que o Senado e a Câmara dos Deputados se reúnem em conjunto, as matérias votadas nesse tipo de sessão, as regras envolvidas, o ator que convoca e que preside os trabalhos – e como tudo isso afeta de modo direto o equilíbrio bicameral.

O trabalho está dividido em três seções. Na primeira, faz-se uma breve revisão da literatura sobre o bicameralismo, mostrando os diferentes tipos de arranjos institucionais e o caráter minoritário do modelo de sessão conjunta no mundo, o que ressalta a importância da análise do caso brasileiro. A seguir, o trabalho investiga as hipóteses de sessão conjunta nos textos constitucionais, o regramento nos respectivos regimentos comuns e seu impacto no equilíbrio entre as Casas. A análise possibilita uma visão panorâmica das construções institucionais do bicameralismo brasileiro, especialmente a escolha por um modelo decisório célere e concentrado a partir do regime militar, que resultou na maior frequência das sessões conjuntas. Por fim, analisa-se o período atual com o objetivo de explicar como escolhas passadas afetam as regras vigentes. Assim, a pesquisa insere-se na vertente do institucionalismo histórico (Thelen, 1999).

Antes de tudo, observa-se que o Senado sempre esteve à frente das reuniões conjuntas, exercendo atividades fundamentais, como a convocação de tais sessões e a presidência dos trabalhos. Assim, à medida que aumenta o número de matérias apreciadas conjuntamente, aumenta também o poder do Senado – ou ao menos de alguns de seus membros – relativamente à Câmara dos Deputados.

Afinal, se não estamos mais na época do Senado vitalício, que tanto impressionou Machado, que via nos senadores “um pouco de homens, outro pouco de instituição”, nem por isso a Câmara Alta tem menos prestígio do que no Império. O Senado ainda tem estado à frente do Congresso Nacional há duzentos anos, fato que interfere de maneira inequívoca no arranjo bicameral.

2 Bicameralismo e as sessões conjuntas

Parlamentos podem exercer suas funções de legislar e fiscalizar por intermédio de uma única assembleia de representantes, os chamados *unicamerais*, ou por duas Câmaras, os

bicamerais. Quanto a estes, talvez haja tantos tipos de arranjos quanto o número de países que o adotam.

Outro ponto a se destacar: o bicameralismo não surgiu como modelo abstrato de engenharia política, senão como contingência histórica. Com efeito, foi da evolução histórica da monarquia britânica, com a conseqüente divisão da aristocracia nas reuniões pontuais convocadas pelo rei, que surgiu um parlamento dividido em dois. Somente mais tarde, com a constatação prática de que o sistema inglês trazia as virtudes de um governo misto e propiciava instituições estáveis, o bicameralismo foi pensado de forma abstrata por autores como Montesquieu e os Federalistas.

Ressaltar o elemento histórico da constituição do bicameralismo demonstra que o arranjo escolhido na relação entre as duas Câmaras dependerá sempre de circunstâncias políticas e de um equilíbrio de poder entre seus representantes. Por exemplo: até o século XIX, a Câmara Alta do parlamento britânico, constituída em sua maioria por nobres, detinha a primazia política, seja porque controlava a eleição dos representantes da Câmara Baixa, seja porque formava a maioria do gabinete de governo. Esse quadro muda radicalmente no século seguinte, com o pendor democrático do período favorecendo os poderes dos comuns, os deputados da Câmara Baixa (Russell, 2013). Assim, embora se mantenha bicameral, o equilíbrio de poderes do parlamento britânico foi alterado de forma drástica de um século para outro.

Tem sido bastante útil a tipologia proposta por Lijphart (2003) para classificar parlamentos bicamerais. O autor propõe duas dimensões de análise para comparar as duas Câmaras e assim caracterizar o arranjo bicameral: os *poderes constitucionais* de cada uma delas e a *forma de seleção* de seus representantes. Quanto maior o poder constitucional das Câmaras Altas, maior a simetria de poder entre elas, denotando um bicameralismo forte, ao igualar em instrumentos os representantes de ambas as Casas. Em geral, as Câmaras Altas são subordinadas ou secundárias em relação às Câmaras Baixas, ou seja, são mais frequentes os arranjos assimétricos. Em relação à segunda dimensão, quanto mais semelhantes forem as regras de seleção dos representantes, mais os parlamentos bicamerais serão congruentes, uma vez que a Câmara Alta tenderá a replicar a correlação de forças político-partidárias da Câmara Baixa. Inversamente, se houver incongruência nas regras de seleção, privilegiando a sobrerrepresentação de alguns grupos (etnias, grupos religiosos, localidades), maior será a diferença na composição das Câmaras, o que potencializa os conflitos entre elas.

Com base na combinação dessas duas dimensões, Lijphart (2003) classifica os arranjos bicamerais em fortes, meio-fortes e fracos. O modelo mais forte seria o simétrico e incongruente, uma vez que as Câmaras teriam composição distinta de seus representantes, cada qual defendendo interesses distintos, mas com poderes constitucionais semelhantes. Por serem simétricas, cada uma delas teria poder de veto em relação à outra.

O modelo adotado pelo Brasil é simétrico e incongruente; portanto, trata-se de um bicameralismo forte. Aliás, um dos modelos bicamerais mais fortes do mundo (Neiva,

2008), o que convida o especialista a considerar tanto a Câmara dos Deputados quanto o Senado Federal, bem como a interação de ambos, para compreender melhor o sistema político do País.

Uma questão-chave para entender o processo de interação das Casas é a forma de resolução de conflitos bicamerais (Tsebelis; Money, 1997). Em regra, a legislação iniciada numa Casa deve ser revista pela outra. Se houver discordância da Câmara revisora, como proceder? Prevalece a vontade da Casa iniciadora? Sucodem-se rodadas indefinidas de tramitação entre as Casas? Reuniões conjuntas? Cada uma dessas alternativas, citadas como exemplos, é usada concretamente por algum país. No caso do Brasil, em alguma medida todas elas são adotadas⁴.

Nos EUA, em caso de divergência entre as Casas, é frequente a instalação de comissões mistas de deputados e senadores, as *conference committees*, responsáveis por propor um texto de consenso que, em seguida, é enviado separadamente à Câmara dos Deputados e ao Senado para votação. O formato menor das comissões favorece um trabalho mais aprofundado na redação de um texto consensual, além de evitar o assédio público ou mesmo a polarização partidária, mais comum nas votações em plenário. No entanto, tal modelo tem como desvantagem a possibilidade de criar impasses insolúveis, uma vez que o texto de consenso pode nunca vir a existir ou a ser aprovado. Também pode criar distorções de poder ao favorecer os atores que participam das comissões (Bulmer, 2017).

Outra possibilidade de resolução de conflitos bicamerais é a instauração de reuniões conjuntas, em que as Câmaras debatem o projeto objeto do dissenso no mesmo momento, buscando chegar a uma resolução. Contudo, uma vez que as Câmaras Altas são quase sempre menores em termos numéricos que as Câmaras Baixas (Lijphart, 2003), surge uma questão preliminar: os votos de deputados e senadores serão computados indistintamente? Em caso positivo, a vontade da Câmara Alta, ainda que majoritária, obviamente seria suplantada pela da Câmara Baixa. Em caso negativo, instala-se um poder de veto que pode ser exercido por uma minoria do parlamento, considerado o número total de seus representantes.

Outras questões podem ser acrescentadas: quem preside as sessões conjuntas? Sob quais regras? Onde? Como se dá a convocação para esse tipo de sessão? Todas essas regras impactam diretamente a forma de solução de conflitos bicamerais, alteram o equilíbrio de forças entre as Casas e levar a um arranjo bicameral mais forte ou mais fraco.

O modelo de sessão conjunta é quase uma exceção entre os modelos bicamerais. Tsebelis e Money (1997) mostram que apenas sete países adotam sessões conjuntas: Brasil, Bolívia, Congo, Jordânia, Nigéria, Romênia e Venezuela (lembrando que a Venezuela aboliu a Câmara Alta em 1999). O dado chama a atenção. Por que o Brasil figura nessa minoria, adotando um modelo bicameral com previsão de sessão conjunta?

⁴ Prevalência da Casa iniciadora nos casos de lei ordinária e complementar, rodadas indefinidas de tramitação no caso de emendas à Constituição e sessões conjuntas no caso de vetos e matérias orçamentárias.

No caso brasileiro, a sessão conjunta não é adotada na solução de todos os conflitos bicamerais. De acordo com a terminologia de Tsebelis e Money (1997), o Brasil tem por padrão o sistema de *navette* ou *shuttle*, com uma regra de parada após uma rodada de tramitação. Em outras palavras, o projeto vai de uma Casa a outra, mas após uma rodada há a prevalência da Casa iniciadora. Esse é o padrão no País. Contudo, há duas hipóteses importantes em que é utilizada a sessão conjunta: na apreciação de vetos e nas matérias orçamentárias. Nesses casos específicos não se trata a rigor de conflito estabelecido entre as Casas, pois nenhuma delas manifestou sua vontade inicialmente, e sim de um processo inicial e originário de integração da vontade das duas Câmaras do Parlamento brasileiro. A Câmara dos Deputados e o Senado manifestam-se num mesmo momento sobre a matéria em questão, num modelo concentrado de discussão e votação, o que economiza tempo em comparação com as rodadas da tramitação bicameral, pois não há o processo de revisão.

Todavia, o modelo de sessão conjunta, minoritário entre os países bicamerais, levanta um questionamento: seria o modelo mais adequado ou haveria alternativas para a racionalização do processo legislativo?

No Brasil, é nítido que o modelo de sessão conjunta foi construído historicamente de acordo com as conjunturas políticas de cada época, daí a importância de se ter um panorama dessa evolução, com base nos textos constitucionais e regimentais.

3 Evolução do sistema de sessões conjuntas

Desde o início do Parlamento brasileiro houve reuniões conjuntas entre deputados e senadores, e elas cresceram em importância com o avanço do tempo. Alguns elementos são centrais para caracterizar esse processo evolutivo: quais as hipóteses constitucionais ou regimentais de sessão conjunta? Há matérias legislativas votadas nessas sessões? Em caso afirmativo, como se dá o processo de votação dos representantes das duas Casas? Qual a autoridade responsável por convocar e presidir os trabalhos das sessões conjuntas? Em que local ocorrem essas reuniões?

A esses questionamentos se responderá com base em cada período constitucional. É evidente que as regras afetam diretamente o equilíbrio entre a Câmara dos Deputados e o Senado e, por consequência, o arranjo bicameral e o sistema político do País.

3.1 Conflitos bicamerais no Parlamento imperial

A primeira Constituição brasileira, outorgada em 1824, estabelecia um Poder Legislativo a ser exercido pela Assembleia Geral, órgão representativo dividido em duas Câmaras: a de Deputados e a de Senadores ou Senado (Brasil, [1891], art. 14).

Segundo Chacon (1997), a inspiração para o bicameralismo na Carta do Império veio da Constituição francesa de 1814. O objetivo era ter uma segunda Câmara moderadora dos

impulsos da primeira, um anteparo de estabilidade, órgão de equilíbrio dos poderes estatais. O desenho institucional do Senado monárquico foi projetado para tal fim: os senadores eram vitalícios e designados pelo imperador, escolhidos de uma lista tríplice formada após eleições em dois graus, em que o voto era censitário. O Senado era uma Casa menor, composta pela metade do número dos deputados.

Conforme Bueno (1857), um Senado vitalício produziria legisladores experientes e maduros, que poderiam exercer suas funções independentemente da vontade imediatista do povo e também da Coroa. Firmado sobre tal arranjo institucional, o bicameralismo produziria uma legislação melhor, pois a Câmara teria os olhos voltados para localidades específicas e para o progresso, ao passo que o Senado consideraria o interesse geral e a estabilidade (Bueno, 1857, p. 49).

A legislação poderia ser iniciada por qualquer uma das Câmaras e deveria ser revista pela outra para tornar-se lei, embora algumas regras específicas dessem à Câmara de Deputados a função de Casa iniciadora, como nos projetos propostos pelos ministros de Estado (Brasil, [1891], art. 37, II).

A Constituição previa três situações em que a Assembleia Geral se reuniria como um só corpo, quando deputados e senadores tomariam “lugar indistintamente” (art. 22): i) para as solenidades de abertura e encerramento da sessão legislativa; ii) para deliberar sobre assuntos da continuidade monárquica; e iii) para resolver conflitos legislativos bicamerais. Nesses três casos, haveria uma “reunião das duas câmaras”, quase sempre no “paço do Senado”, e os trabalhos seriam presididos pelo presidente do Senado (Brasil, [1891], art. 22).

Com relação à primeira previsão, a Câmara dos Deputados e o Senado reunir-se-iam para as solenidades de abertura e encerramento do ano legislativo, sessões que contavam com a presença do Imperador – as famosas sessões imperiais. Em relação à segunda hipótese, a Assembleia Geral reunia-se como “representação de um poder nacional, completo e independente” (Bueno, 1857, p. 59) para assuntos ligados à continuidade monárquica, como tomar o juramento do imperador, eleger o regente, reconhecer o príncipe imperial, resolver dúvidas sobre a sucessão da Coroa.

Por fim, a última e mais polêmica hipótese de reunião das duas Câmaras era para resolver conflitos legislativos bicamerais, nos termos do art. 61 da Carta Imperial (Brasil, [1891]). Após ser aprovado numa Câmara, o projeto de lei deveria ser revisto pela outra. Se houvesse emendas e essas fossem aprovadas pela Casa iniciadora, o projeto iria para a sanção do imperador. Contudo, se a Casa iniciadora rejeitasse as emendas da Casa revisora e insistisse no projeto, poderia “requerer a reunião das duas câmaras”.

Em suma, não havia primazia da Casa iniciadora. Se as emendas ou adições não fossem adotadas pela Casa iniciadora, o conflito deveria ser resolvido numa reunião das duas Câmaras, que teria lugar no paço do Senado. Dois pontos suscitaram dúvidas por anos entre os parlamentares do Império: a outra Casa era obrigada a aceitar o requerimento para a reunião das duas Câmaras? Como se daria a votação nessa reunião?

Na primeira legislatura, os anais dos trabalhos legislativos do Império já registram acaloradas discussões no Senado quanto ao dever da Casa de aceder ao pedido de fusão das Câmaras e à forma de computação dos votos de senadores e deputados – seriam ou não esses votos tomados indistintamente? No linguajar da época, a votação seria “promíscua”? Em caso positivo, tornava-se evidente a desvantagem numérica dos senadores. Por fim, o primeiro caso de fusão das duas Casas deu-se em 17/11/1830, com votação “promíscua”, embora a contagem do quórum de abertura tenha sido feita separadamente entre as Casas⁵.

A aprovação do primeiro Regimento Comum, em 1835, pôs fim à controvérsia quanto ao voto, uma vez que seu art. 36 estabelecia que a votação fosse “promíscua”. Além disso, reforçava a regra de que a reunião das duas Casas fosse presidida pelo presidente do Senado e que para a ordem dos trabalhos fosse seguido o Regimento do Senado (Brasil, 1883, p. 33, art. 35). Ademais, o Regimento Comum detalhou o cerimonial das sessões imperiais e estabeleceu comissões mistas com igual número de membros das Casas. Previu também a participação dos secretários da Câmara na assistência das sessões, juntamente com os secretários do Senado.

No entanto, a segunda questão polêmica não foi pacificada. Com efeito, em 1845, com o objetivo de estabelecer a melhor interpretação do art. 61 da Constituição, em ofício enviado ao Senado a Câmara dos Deputados argumentava que o requerimento para uma sessão das duas Câmaras deveria ser obrigatoriamente aceito pelo Senado. O parecer da Comissão de Constituição do Senado, que favorecia a exegese dos deputados, foi rejeitado pelo plenário em 18 de julho daquele ano, por 20 votos contrários e 17 favoráveis.

Afora a reunião das Câmaras para as solenidades de abertura e encerramento e para tratar de questões específicas da monarquia, no período imperial o expediente de reunião das duas Câmaras foi utilizado poucas vezes para resolver conflitos bicamerais. Não havia propriamente uma sessão conjunta, mas uma fusão das Câmaras quando a Assembleia Geral se reunia como um só corpo – era, para todos os efeitos, uma sessão unicameral⁶. Nessas ocasiões, a Presidência cabia ao Senado e a votação não distinguia deputados e senadores.

3.2 Início da República e o vazio das sessões conjuntas

A primeira Constituição republicana, de 1891, pretendia reforçar dois anseios da época – o presidencialismo e a federação –, e seu grande parâmetro normativo foi, sem dúvida, a Constituição norte-americana, de 1787 (Baleeiro, 2001).

O bicameralismo continuou, mas com um novo fundamento: o Senado seria a Casa da federação, uma instância do Poder Legislativo para igualar a força dos entes federados na formação da vontade nacional.

⁵ Aliás, a primeira fala após o presidente anunciar o número de deputados e senadores presentes foi proferida por Ferreira França: “Sr. Presidente, eu não sei se é da Constituição que se contem separados os Deputados e Senadores. Aqui somos todos iguaes” (Annaes do Senado do Imperio do Brazil, 1914, t. 3, p. 485).

⁶ A designação original era *Sessão da Assembléa Geral Legislativa*.

Como no modelo norte-americano, a Constituição de 1891 colocou o vice-presidente da República como presidente do Senado e com voto apenas de desempate. A razão para essa regra encontra-se em Hamilton (1993, p. 433), no Federalista nº 68: “retirar um senador de qualquer Estado de sua cadeira de senador para pô-lo na de presidente do Senado seria, para o Estado de onde veio, trocar um voto constante por um voto contingente”.

Na primeira Constituição republicana, a previsão de sessões conjuntas entre a Câmara dos Deputados e o Senado ficou restrita a três hipóteses: i) inaugurar as sessões legislativas; ii) apurar a eleição do presidente e do vice-presidente da República (art. 47); e iii) tomar o juramento do presidente (Brasil, [1934], art. 44).

No primeiro caso, a pompa da sessão imperial foi substituída por sua correspondente republicana, isto é, a sessão solene de inauguração dos trabalhos, com mensagem do presidente sobre “a situação do País” (art. 48, § 9ª), inspirada no *State of the Union* dos EUA. No segundo caso, como não existia ainda a justiça eleitoral, cabia ao Congresso conferir as atas eleitorais enviadas pelos Estados com o resultado da eleição presidencial e declarar eleito o candidato com a maioria absoluta dos votos. Caso nenhum candidato atingisse a votação necessária, o Congresso procederia à eleição do presidente e do vice, escolhendo entre os dois candidatos com maior votação (Brasil, [1934], art. 47, § 2ª). Nesse caso, o Congresso reunia-se em sessão unicameral, e computavam-se conjuntamente os votos de senadores e deputados.

Não havia, como no modelo constitucional anterior, nenhuma matéria a ser tratada de forma unicameral ou em sessão conjunta das Casas. Os conflitos bicamerais, fruto de divergências no tempo do Império, seriam resolvidos por um intrincado processo de idas e vindas entre as Casas. Ao final, prevaleceria a vontade da Casa iniciadora após duas rodadas de tramitação e mediante quórum qualificado para rejeitar as emendas da Casa revisora (Brasil, [1934], art. 39).

O Regimento Comum foi atualizado em 1892, com algumas inovações. Previu-se uma Mesa do Congresso Nacional, formada pelo vice-presidente do Senado (na prática, o presidente da Casa, uma vez que o vice-presidente da República, que presidia o Senado por direito, raramente tomava parte nos trabalhos da Casa) e mais quatro secretários, dois de cada Casa. Na ausência do vice-presidente do Senado, caberia ao presidente da Câmara dos Deputados a função de presidir os trabalhos (Brasil, 1893, p. 52, art. 6ª).

Para regular as ordens dos trabalhos seria utilizado o Regimento do Senado (art. 21), e os servidores da Secretaria do Senado atuariam também na Secretaria do Congresso (Brasil, 1893, p. 59-60, art. 23), prática seguida ao longo de toda a história republicana. O Regimento Comum não trouxe disposição alguma a respeito das comissões mistas, como na versão de 1835. Por fim, as sessões do Congresso seriam realizadas no plenário do Senado ou no da Câmara, conforme entendimento entre as Casas.

No início da República buscou-se equilibrar os poderes do Senado e da Câmara dos Deputados, prevendo uma Mesa com cargos mesclados entre as Casas para presidir os

trabalhos conjuntos. Todavia, como não havia matérias legislativas a serem tratadas em sessões conjuntas, esse tipo de sessão tinha apenas caráter cerimonial.

A Constituição de 1934 representou uma inflexão para o bicameralismo. Impulsionada pela crise das democracias liberais e pelos ideais revolucionários de 1930, a ideia inicial do anteprojeto – elaborado por uma comissão designada pelo presidente da República – era adotar o unicameralismo. Segundo Poletti (1999), o Senado era visto como reduto de oligarcas locais e entrave à fluidez da legislação.

Ao final, a constituinte preservou a Câmara Alta, mas com estatura diminuída. O Poder Legislativo caberia à Câmara dos Deputados, formada por representantes eleitos pelo povo e pelos conselhos profissionais (os representantes classistas), e “a colaboração do Senado Federal” (Brasil, [1937], art. 22) se restringiria às matérias que envolvessem a federação.

Ainda assim, na reunião das duas Câmaras, o Senado manteve certa proeminência, uma vez que cabia à sua Mesa a tarefa de presidir as sessões conjuntas. Dessa forma, a Constituição de 1934 acabou com a ideia de uma Mesa do Congresso, com cargos mesclados entre deputados e senadores, prática estabelecida no Regimento Comum de 1892. Aliás, pela primeira vez, tal sessão foi chamada de “conjunta” (Brasil, [1937], art. 28). Persistiram as hipóteses de sessão conjunta para inaugurar as sessões legislativas e receber o compromisso do presidente da República. Foi acrescentada pela Constituição de 1934 a sessão conjunta para elaborar o Regimento Comum e para a eleição indireta do presidente em caso de vaga nos últimos dois anos do mandato – em votação “promíscua”, desde que presente a maioria absoluta dos membros de cada uma das Casas.

Novo Regimento Comum foi elaborado em 1936. Dessa vez, estabeleceu-se que todas as sessões conjuntas seriam realizadas no plenário da Câmara dos Deputados (art. 3^a). As comissões mistas voltaram a figurar no diploma, com a previsão de que seriam sempre paritárias, compostas em igual número por deputados e senadores (Brasil, 1936, p. 167, art. 13).

A morte prematura do regime constitucional de 1934, interrompido pelo golpe do Estado Novo, não permitiu um acúmulo de experiência dessa configuração do Legislativo. O Congresso permaneceu fechado de 1937 a 1945, reabrindo apenas com a nova assembleia constituinte.

3.3 Bicameralismo equilibrado na Constituição de 1946

O período iniciado em 1946 marca o retorno do bicameralismo equilibrado e do processo de concentração de votações nas sessões conjuntas. A nova Constituição enumerou as hipóteses habituais de sessão conjunta (art. 41): inauguração da sessão legislativa, posse do presidente e do vice, elaboração do Regimento Comum e eleição indireta do presidente e do vice em caso de vaga na última metade do mandato (Brasil, [1967], art. 79, § 2^o). E acrescentou-se uma nova hipótese de sessão conjunta: a deliberação sobre os vetos.

Desde o período imperial, quando se resolviam as controvérsias bicamerais na tramitação das propostas pela fusão das duas Casas, pela primeira vez definiu-se que determinada

matéria fosse votada em sessão conjunta. Até então, no período republicano, todas as matérias legislativas, inclusive vetos e matérias orçamentárias, eram votadas separadamente em cada Casa. No entanto, a partir de 1946 o veto deveria ser comunicado ao presidente do Senado, a quem caberia a convocação de sessão conjunta para dar conhecimento às duas Casas. O veto seria derrubado mediante dois terços dos votos dos membros de cada uma delas, sem prazo definido para a decisão congressual.

Quanto às controvérsias bicamerais, a Constituição de 1946 acabou com as várias idas e vindas e estabeleceu a preferência para a Casa iniciadora numa só rodada (Brasil, [1967], art. 69, par. único). Assim, caberia à Casa iniciadora aprovar ou não as emendas feitas pela Casa revisora, em “votação final”. Tal arranjo acabou por privilegiar a Câmara dos Deputados, que continuou sendo competente para analisar, como iniciadora, as propostas do Executivo.

A Mesa do Senado continuou com a direção dos trabalhos das sessões conjuntas. Assim como na primeira Constituição republicana, ao vice-presidente da República caberia a presidência do Senado, que somente teria voto de desempate.

O Regimento Comum foi atualizado em 1951 e não apresentou inovação alguma em relação ao anterior, salvo um maior detalhamento das sessões, do funcionamento das comissões mistas e da tramitação das proposições.

3.4 Concentração decisória no regime militar

Com o advento do regime militar em 1964, houve um movimento de concentração do processo decisório do Congresso. As sessões conjuntas foram priorizadas nas votações em detrimento da tramitação bicameral: em todo o período evidencia-se a tendência a levar cada vez mais matérias legislativas para votação em sessão conjunta.

O primeiro passo nessa direção deu-se em abril de 1964, com o Ato Institucional nº 1. Nele estabeleceu-se que as propostas de emenda à Constituição de autoria do presidente da República seriam apreciadas em sessão conjunta, no prazo de 30 dias. Além disso, os projetos de lei do presidente da República poderiam tramitar em regime de urgência e deviam ser apreciados em sessão conjunta, também em 30 dias, sob pena de aprovação tácita em caso de inação do Congresso. À medida que aumentavam o poder e a concentração de recursos no âmbito do Executivo – fenômeno típico das autocracias –, o Poder Legislativo, que não tinha sido dissolvido de todo, tornava-se apenas uma instância homologatória das propostas do regime militar, uma vez que se mantinha sempre uma base parlamentar majoritária de sustentação ao regime (Kinzo, 1988). Daí a tramitação concentrada e célere de grande parte das propostas legislativas.

Algumas emendas constitucionais posteriores aumentaram as hipóteses de reunião em sessão conjunta e de tramitação concentrada de matérias no Congresso Nacional, movimento que culminou na promulgação da Constituição de 1969, que alargou e muito esse rol. De acordo com o novo texto constitucional (Brasil, [1988]), além dos vetos, das PECs, dos projetos do Executivo em regime de urgência, seriam apreciados em sessão conjunta

as matérias orçamentárias e os decretos-leis, inovação autoritária do regime militar, recuperando o instrumento da ditadura do Estado Novo.

Assim, no contexto constitucional de 1946, de um quadro em que apenas os vetos eram apreciados em sessão conjunta passou-se para outro, no qual as matérias mais importantes, de orçamento a decreto-lei, eram todas apreciadas em sessão conjunta das duas Casas do Congresso Nacional.

A Tabela mostra esse fenômeno de concentração decisória. O número de sessões plenárias do Senado em comparação com o número de sessões conjuntas do Congresso em cada legislatura oferece uma ideia dessa concentração. Por mais de uma década, a instância principal das atividades do Parlamento brasileiro, ao menos quanto ao volume, foi o plenário do Congresso Nacional, isto é, foram as sessões conjuntas. Apenas após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), o plenário do Senado retomou seu protagonismo nas atividades legislativas.

Tabela – Quantidade de sessões por legislatura

Legislatura	Sessões SF	Sessões CN
41ª (1959-1962)	838	154
42ª (1963-1966)	848	352
43ª (1967-1970)	743	256
44ª (1971-1974)	326	338
45ª (1975-1978)	891	951
46ª (1979-1982)	853	1333
47ª (1983-1986)	1122	1340
48ª (1987-1990)	648	304

Fonte: elaborada pelo autor com base em dados de Relatórios da Presidência do Senado Federal e do Diário do Congresso Nacional.

Outra inovação do período foi quanto à Presidência do Senado. Eliminou-se a regra de que caberia ao vice-presidente da República o papel de presidente do Senado, que vinha de 1946; mas, como nos textos constitucionais anteriores, o art. 29, § 3º, da Constituição de 1969 (Brasil, [1988]) consignou que caberia à Mesa do Senado a direção das sessões conjuntas.

Apesar do papel secundário do Parlamento na fiscalização do Executivo e na atividade legislativa em razão do agigantamento dos poderes do presidente da República, a Câmara Alta ganhou proeminência no período militar – notadamente seu presidente como ator-chave na convocação e na condução dos trabalhos das sessões conjuntas. Orçamento, projetos em regime de urgência, alterações constitucionais, vetos, tudo era concentrado nas sessões conjuntas e dependia do encaminhamento do presidente do Senado. Por todo o período em que vigeu o bipartidarismo, foi o partido governista o único a comandar o Senado e, por conseguinte, o Congresso Nacional, permitindo, já de partida, um trânsito fácil para as propostas governistas.

Por fim, o período militar deixou como principal legado a aprovação de um novo Regimento Comum, veiculado na Resolução nº 1, de 1970, que é o documento ainda vigente.

O Regimento Comum (Brasil, 2019) detalhou a tramitação das diversas matérias que seriam apreciadas em sessão conjunta, bem como o funcionamento do plenário. Concebido num contexto bipartidário, o Regimento estabeleceu prerrogativas aos líderes de cada Casa relativas ao processo decisório (regra que alcançaria no máximo quatro atores), mas, aplicado ao quadro de pulverização partidária pós-1988, acaba por tornar inviáveis os debates, dada a existência de quase uma centena de lideranças no âmbito das duas Casas.

3.5 A Constituição de 1988 e os resquícios da concentração decisória

A CRFB marcou a retomada do protagonismo do Congresso Nacional, mas ainda com ecos audíveis da concentração decisória observada no período militar, pois três matérias legislativas importantes permaneceram com tramitação concentrada em sessão conjunta: vetos, matérias orçamentárias e medidas provisórias (MPs).

Na verdade, no texto constitucional somente os vetos têm previsão de apreciação em sessão conjunta (Brasil, [2023], art. 57, § 3º, IV). As MPs e as matérias orçamentárias foram reguladas regimentalmente.

Apesar de não constar de forma clara na CRFB o procedimento de apreciação das MPs, a própria lógica apontava para uma tramitação conjunta, pois, conforme o texto original do art. 62 da CRFB, o prazo de vigência de tais matérias era de apenas 30 dias, o que conduzia à impossibilidade de uma tramitação bicameral devido à exiguidade do prazo. Com efeito, a Resolução nº 1, de 1989, do Congresso Nacional, dispôs sobre a tramitação das MPs no Parlamento e deixou claro que tais matérias seriam votadas em sessão conjunta, após a emissão de parecer de comissão mista de deputados e senadores (Brasil, 2019).

Com relação ao orçamento, há quem opine que a CRFB pretendeu acabar com a concentração decisória em sessão conjunta do período militar e previu a tramitação bicameral de tais matérias. Esse, por exemplo, é o parecer de Silva (2010, p. 435):

Mas os dispositivos pertinentes ao assunto mostram muito claramente que a Constituição de 1988 quis afastar a sistemática que vigorara anteriormente, de discussão e votação de projetos de lei orçamentárias em sessão conjunta. Já no próprio art. 166 se estabelece que tais leis serão apreciadas pelas duas Casas do Congresso. Também as emendas a ela oferecidas serão apreciadas pelo Plenário das duas Casas. Isso espanca qualquer dúvida.

O próprio texto constitucional dispõe que as matérias orçamentárias serão votadas de acordo com o estabelecido no Regimento Comum, inalterado desde 1970, permanecendo válida a sistemática de tramitação conjunta, oriunda do regime militar. Corrobora essa interpretação a previsão, também na CRFB, de uma comissão mista permanente destinada a examinar previamente as matérias orçamentárias (Brasil, [2023], art. 166, § 1º): a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO), uma das mais importantes do Parlamento.

Com a CRFB, o presidente do Senado continuou à frente do Congresso Nacional nas sessões conjuntas. Entretanto, uma inovação crucial apareceu no texto constitucional: a previsão da Mesa do Congresso Nacional (Brasil, [2023], art. 57, § 5º), com os demais cargos sendo exercidos, “alternadamente, pelos ocupantes de cargos equivalentes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal”. Porém, a figura da Mesa do Congresso Nacional formada por senadores e deputados não é totalmente nova na história política brasileira: o Regimento Comum de 1892 já previa figura semelhante.

A nova composição da Mesa do Congresso conteve o aumento do poder do presidente do Senado e, por consequência, de toda a Câmara Alta, num contexto de forte concentração decisória como o observado no regime militar. Segundo relato de Nelson Jobim (Brasil, 2001), deputado constituinte, a ideia da Mesa do Congresso veio do presidente da Assembleia Nacional Constituinte, o deputado Ulysses Guimarães, preocupado com a ampliação de funções atribuídas ao Congresso Nacional:

Com esse crescimento da competência da sessão conjunta do CONGRESSO NACIONAL, dizia Dr. ULISSES, radicalizando: “Estamos criando um tricameralismo”. [...]

O desejo explícito do PRESIDENTE DA CONSTITUINTE – exposto várias vezes – era fazer com que a CÂMARA DOS DEPUTADOS participasse da direção do Congresso Nacional (Brasil, 2001, p. 413-414).

A estrutura da Mesa do Congresso Nacional foi pensada por deputados para reequilibrar o poder entre a Câmara dos Deputados e o Senado, em vista da proeminência das sessões conjuntas no contexto da época.

Desde 1970, o Regimento Comum permanece o mesmo, apesar de não se adequar ao novo contexto de protagonismo do Congresso na atividade legislativa e – pior – não considerar o quadro de fragmentação partidária pós-1988. Com a promulgação da Constituição, houve uma consolidação da norma interna feita pela Mesa do Congresso, com a revogação tácita de mais de 25 artigos, que regulamentavam a tramitação de matérias que não mais seriam votadas em sessão conjunta, como as PECs ou as que nem sequer existiam mais, como os decretos-leis. A saída para inovações posteriores foi a aprovação de resoluções esparsas, fora do quadro normativo do Regimento Comum, como as normas para regular a tramitação das MPs (Resoluções do Congresso nºs 1/1989 e 1/2002) e as normas orçamentárias (Resoluções do Congresso nºs 1/2001 e 1/2006).

4 O Senado no contexto atual das sessões conjuntas

Após duzentos anos, o quadro atual do bicameralismo no Brasil aponta para uma tímida tendência de desconcentração do processo decisório, equilibrando os poderes entre a Câmara dos Deputados e o Senado. Como já mencionado, a Mesa do Congresso Nacional é

uma instituição prevista pela CRFB justamente para igualar ambas as Câmaras na condução dos trabalhos conjuntos.

Outro movimento nesse sentido ocorreu com a reforma do instituto das MPs, com a Emenda Constitucional (EC) nº 32, de 2001. O modelo original de tramitação das MPs previa votação em sessão conjunta. Contudo, observou-se que bastava à maioria parlamentar que apoiava o governo negar quórum nas sessões conjuntas para que a MP não fosse votada e perdesse eficácia; com isso, o presidente da República poderia reeditar outra MP com o mesmo texto (Figueiredo; Limongi, 1997). Obviamente, tal estratégia contava com o aval do presidente do Senado, a quem cabia convocar e presidir as sessões conjuntas.

Assim, até 2001 as principais batalhas da agenda política do governo deveriam ser travadas nas sessões conjuntas, pois era ali que deveriam ser apreciadas as MPs. O quadro mudou com a EC nº 32/2001, que pôs fim à tramitação conjunta ao prescrever um modelo híbrido: instrução conjunta em comissão mista e apreciação separada em cada uma das Casas, a começar sempre pela Câmara dos Deputados.

Dessa forma, apenas os vetos e as matérias orçamentárias continuam a ser votados conjuntamente. Com relação a estas, dizem alguns, trata-se de modelo único no mundo (Greggianin; Santa Helena; Tavares; Sanches; Ribeiro, 2011), uma vez que na maioria dos países a tramitação dessas matérias ocorre separadamente, com prazos definidos, muitas vezes com certas prerrogativas para a Câmara Baixa (Tsebelis; Money, 1997). No Brasil, ao contrário, tem-se um modelo totalmente concentrado: instrução conjunta na CMO e apreciação em sessões conjuntas. Dessa forma, não há possibilidade de revisão, pois o mesmo texto é aprovado na mesma ocasião pelas duas Casas, embora em votações distintas. Por um lado, se tal modelo privilegia a velocidade de tramitação – evitando o atraso e até a paralisia numa ou noutra Casa –; por outro, prejudica o debate mais qualificado e a chance de revisar um texto aprovado por uma das Casas após o amadurecimento das discussões.

Trata-se, a rigor, de um modelo institucional definido totalmente pela inércia, num caso típico de dependência da trajetória (*path dependence*): as decisões passadas limitam o leque de escolhas disponíveis aos atores, que acabam por ajustar suas preferências e estratégias ao modelo, dificultando as mudanças (Pierson, 2004; North, 1991). Em outras palavras, trata-se de um resquício do regime militar, quando a concentração decisória no âmbito do Congresso Nacional dava a tônica dos trabalhos parlamentares. Mesmo com a CRFB, não se atualizou o Regimento Comum e manteve-se o modelo. Não se deve tomar o modelo concentrado de apreciação do orçamento como um dado fixo; pelo contrário, deve-se questioná-lo como caso singular no mundo, seja para mantê-lo, aperfeiçoando suas virtudes, seja para substituí-lo, pensando em alternativas que poderiam ser aplicadas ao caso brasileiro.

Quanto aos vetos, ainda que apreciados em sessão conjunta desde 1946, alterações regimentais recentes modificaram o procedimento de votação, conferindo maior visibilidade e importância a tais sessões.

Até 2012, o veto precisava ser lido em sessão conjunta para que começasse a transcorrer o prazo constitucional de 30 dias, ao final do qual ele passaria a trancar a pauta, impedindo a votação, por exemplo, do projeto de lei orçamentária. O intento do Constituinte, evidentemente, foi dar ao Congresso Nacional a palavra final do processo legislativo, prevendo mecanismo para forçar a votação de eventual matéria vetada pelo presidente da República em prazo adequado. Contudo, a previsão acabou frustrada diante do costume legislativo, que então se consolidou, de deixar de convocar sessão conjunta para a leitura dos vetos. Sem leitura, o veto não era considerado formalmente recebido e assim não trancava a pauta. Após o acúmulo de uma grande quantidade de matérias vetadas e passado tempo suficiente para que os interesses em torno de cada matéria se tivessem diluído, os vetos eram todos votados em conjunto, num esforço concentrado para limpar a pauta, de forma que a maior parte deles era mantida (Guimarães; Perlin; Maia, 2019).

Tal ação dependia unicamente do alvedrio do presidente do Senado como ator competente para convocar a sessão conjunta, proceder à leitura do veto e definir o momento adequado para que isso ocorresse sem risco para o Executivo, isto é, sem risco de que o Congresso revertesse matérias vetadas cuja derrubada poderia colocar em risco políticas públicas ou, na maioria das vezes, as finanças públicas.

Mudanças no Regimento Comum promovidas em 2013 e em 2015 alteraram um pouco esse cenário, a principal delas prevendo que o prazo para o trancamento de pauta “será contado da protocolização do veto na Presidência do Senado Federal” (art. 104-A). Com isso, eliminou-se a possibilidade de o presidente do Senado manejar, a seu critério, o momento em que o veto seria lido e passaria a trancar a pauta das sessões conjuntas. Além do mais, estabeleceu-se maior previsibilidade das sessões conjuntas para a apreciação de vetos: “a terceira terça-feira de cada mês, impreterivelmente” (Brasil, 2019, p. 31, art. 106, § 1º). Embora quase sempre descumprida pela prática legislativa, essa norma trouxe mudança considerável na relação Executivo-Legislativo, pois inverteu o ônus de mobilização. Se antes cabia aos atores interessados a mobilização para que fosse convocada sessão conjunta para analisar algum veto específico, agora cabe ao governo o esforço de desmobilização – isto é, o esforço para evitar que essa sessão conjunta mensal ocorra e possa eventualmente impor uma derrota ao Executivo, com a derrubada de vetos importantes na agenda do presidente da República.

Assim, é frequente o acúmulo de matérias vetadas para a apreciação numa mesma sessão, quase sempre com projetos orçamentários na pauta. Como os vetos trancam a pauta, deve-se primeiro apreciá-los para só então proceder à análise dos projetos orçamentários, geralmente urgentes. O resultado é que as sessões conjuntas se transformam em maratonas de discussão e votação, exigindo um esforço descomunal de parlamentares e assessores. Interesses específicos em torno de alguma matéria vetada voltam a se mobilizar, promovendo a defesa da derrubada do veto; ao mesmo tempo, cálculos orçamentários complexos são debatidos a despeito de algum projeto da pauta; e tudo isso em meio a um ambiente

polarizado entre governo e oposição, atravessado a todo momento por instrumentos de obstrução regimental – eis aqui o cenário típico de sessão conjunta.

No calor das votações, não é tarefa trivial presidir uma sessão. Com um Regimento Comum datado de 1970, com lacunas regimentais e procedimentais que precisam ser solucionadas na hora, a utilização subsidiária dos regimentos internos do Senado e da Câmara dos Deputados deixa a situação ainda mais confusa. Nesse contexto, é grande a relevância do presidente do Senado, ator responsável por presidir as sessões conjuntas e decidir sobre as questões de ordem.

Outro ponto sensível é o local de realização das sessões conjuntas. A partir do Regimento Comum de 1936, elas passaram a ser realizadas, regra geral, no plenário da Câmara dos Deputados, espaço que comporta a totalidade de senadores e deputados; apenas no período imperial a “fusão das duas câmaras” ocorria obrigatoriamente no “paço do Senado”. Esse ponto deixa de ser apenas um detalhe porque o presidente da Câmara pode interferir, ainda que indiretamente, no andamento das sessões conjuntas, caso as sessões da Câmara avancem no horário reservado àquelas. A ocorrência dessa hipótese na história recente do Parlamento fez com que o presidente do Senado solicitasse às áreas técnicas da Casa estudos e possíveis reformas sobre a realização de sessão conjunta nas dependências da própria Câmara Alta.

5 Considerações finais

“Confusão de línguas, fusão de votos, difusão de pessoas”. Tal era o quadro pintado por Machado de Assis em sua crônica sobre a fusão das duas Casas na época do Império. O tumulto que marca as sessões conjuntas, portanto, vem de longe.

Todavia, por que escolher tal ou qual matéria para ser apreciada em sessão conjunta? Na maior parte das vezes, instituições e regras não nascem com base no esforço de atores racionais. Antes, respondem a contextos específicos e sobrevivem por um processo de inércia institucional, impactando escolhas futuras. A análise da história parlamentar brasileira e do tratamento dado às sessões conjuntas demonstra que o modelo bicameral no Brasil, peculiar no mundo, explica-se em grande parte pelo passado recente da grande concentração decisória no período militar. Corolário dessa constatação é o fato de o Regimento Comum vigente datar de 1970.

Além disso, uma análise mais detida sobre as regras e as matérias das sessões conjuntas contribui para entender de forma mais aprofundada o arranjo bicameral e o equilíbrio entre as Casas. Por ser simétrico e incongruente, o bicameralismo brasileiro é forte na teoria; contudo, há a impressão popularizada de que o Senado seria uma Casa meramente “carimbadora” da Câmara. Com efeito, estudos sobre o Senado, conquanto relativamente escassos, tendem a enfatizar seu papel secundário na revisão de projetos da Câmara dos Deputados (Figueiredo; Limongi, 1996; Rubiatti, 2017; Brito, 2019). Essa análise, entretanto,

tende a menosprezar o papel dos senadores ao iniciar o processo legislativo e deixa de lado também a relevância dos senadores no Congresso Nacional, isto é, nas sessões conjuntas.

Um exemplo da força do Senado, órgão quase seis vezes menor que a Câmara dos Deputados, é o processo de tomada de votos por Casa nas sessões conjuntas, o que lhe confere grande poder de veto (Araújo, 2017). Isso significa que pouco mais de vinte senadores podem opor-se à maioria absoluta da Câmara, determinando o destino de matéria apreciada. Diferentemente, quando os votos são tomados indistintamente – em votação “promíscua” –, o Senado tende a ser engolido pela superioridade numérica dos deputados.

No processo legislativo conjunto, quando as matérias são instruídas e discutidas conjuntamente pelas duas Casas, os senadores detêm a prerrogativa de relatar matérias que, em tramitação bicameral, teriam o início de sua tramitação e a relatoria na Câmara. Esse ponto não é trivial; pelo contrário, confere vantagem estratégica ao reforçar o poder de barganha de quem inicia a discussão (Tsebelis, 2002). No caso das MPs, apesar de não mais serem apreciadas em sessão conjunta, o modelo previsto pela EC nº 32/2001, de instrução conjunta em comissão mista e apreciação bicameral, também favorece o Senado, dado que possibilita aos senadores relatar as matérias no estágio inicial, contribuindo para reequilibrar o bicameralismo (Bedritichuk, 2017, 2023). O mesmo raciocínio pode ser aplicado às matérias orçamentárias, instruídas e apreciadas em conjunto.

O fato de os cargos de direção da Mesa do Congresso – especialmente os de presidente e 2º vice-presidente – serem ocupados por senadores permite afirmar que o presidente do Senado dita a frequência e o ritmo das sessões conjuntas. Apesar da previsão regimental para as sessões ordinárias na votação de vetos, na prática elas são convocadas quando o presidente o determina. Institui-se, assim, um ator-chave no sistema político brasileiro, que pode ora aguardar com paciência a desmobilização de interesses que poderiam impor derrotas ao governo na derrubada de vetos, ora conferir maior regularidade às sessões conjuntas, aumentando o custo governativo.

Enquanto não se discutirem modelos alternativos para a apreciação de matérias orçamentárias, enquanto os vetos forem votados conjuntamente e as MPs forem instruídas em comissão mista, o Senado ainda deterá grande poder estratégico no quadro bicameral brasileiro. Parece que, ao cabo de duzentos anos, o Senado continua à frente do Congresso.

Referências

ANNAES DO SENADO DO IMPERIO DO BRAZIL: segunda sessão da primeira legislatura de 4 de setembro a 30 de novembro de 1830 (sessão extraordinária). Rio de Janeiro: [s. n.], t. 3, 1914. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/anais/anais-do-imperio/-/imperio/2>. Acesso em: 4 set. 2023.

ARAÚJO, Paulo Magalhães. Bicameralismo: história, conceito e funções nos governos contemporâneos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 114, p. 425-472, jan./jun. 2017. DOI: <https://doi.org/10.9732/P.0034-7191.2017V114P425>. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/439/400>. Acesso em: 4 set. 2023.

ASSIS, Machado de. A + B. *Gazeta de Notícias*, Rio de Janeiro, ano 12, p. 1, 22 set. 1886.

BALLEIRO, Aliomar. 1891. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001. (Constituições Brasileiras, v. 2).

BEDRITCHUK, Rodrigo Ribeiro. Alternativas para a tramitação de medidas provisórias no Congresso. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 25 mar. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-25/rodrigo-bedritchuk-alternativas-tramitacao-mps>. Acesso em: 4 set. 2023.

_____. *Da popularidade ao impeachment: medidas provisórias, mudanças institucionais e a crise política no governo Dilma*. Brasília, DF: Senado Federal, 2017. (Coleção de Teses, Dissertações e Monografias de Servidores do Senado Federal). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/543313>. Acesso em: 4 set. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. *Regimento comum*: Resolução nº 1, de 1970-CN. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/567297/Regimento_comum.pdf. Acesso em: 4 set. 2023.

_____. [Constituição (1824)]. *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)*. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1891]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 4 set. 2023.

_____. [Constituição (1891)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1934]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 4 set. 2023.

_____. [Constituição (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1937]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 4 set. 2023.

_____. [Constituição (1946)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1967]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 4 set. 2023.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 4 set. 2023.

_____. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 4 set. 2023.

_____. Senado Federal. *Manual do senador*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/179465>. Acesso em: 4 set. 2023.

_____. Senado Federal. *Regimento interno do Senado Federal*: aprovado na sessão de 19 de junho de 1935. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, set. 1936. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/174424>. Acesso em: 4 set. 2023.

_____. Senado. *Regimento interno do Senado acompanhado do Regimento commum [...]*. Rio de Janeiro: Typografia Nacional, 1883. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/174483>. Acesso em: 4 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança nº 24.041/DF*. Constitucional. Mesa do Congresso Nacional. Substituição do Presidente. Mandado de segurança. Legitimidade ativa de membro da Câmara dos Deputados em face da garantia do devido processo legislativo [...]. Impetrante: Almir Moraes de Sá. Impetrado: Primeiro Vice-Presidente, no exercício da Presidência do Senado Federal. Relator: Min. Nelson Jobim, 29 de agosto de 2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86075>. Acesso em: 4 set. 2023.

BRITO, Luíz Felipe Ferreira Gonçalves. *O Senado Federal e as medidas provisórias: como o regime de tramitação pode enfraquecer o bicameralismo*. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/27460>. Acesso em: 4 set. 2023.

BUENO, José Antonio Pimenta (Marquês de São Vicente). *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/185600>. Acesso em: 4 set. 2023.

BULMER, Elliot. *Bicameralism*. 2nd ed. Strömsborg: International IDEA, 2017. Disponível em: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/bicameralism-primer.pdf>. Acesso em: 4 set. 2023.

CHACON, Vamireh. *História institucional do Senado do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1997.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Congresso Nacional: organização, processo legislativo e produção legal*. São Paulo: CEBRAP: Entrelinhas, 1996. (Cadernos de Pesquisa CEBRAP, n. 5).

_____. O Congresso e as medidas provisórias: abdicação ou delegação? *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 1, n. 47, p. 127-154, mar. 1997. Disponível em: <https://novosestudos.com.br/produto/edicao-47/#gsc.tab=0>. Acesso em: 4 set. 2023.

GREGGIANIN, Eugênio (coord.); SANTA HELENA, Eber Zoehler; TAVARES, José Fernando Cosentino; SANCHES, Osvaldo Maldonado; RIBEIRO, Romiro. A Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados: contexto histórico, atribuições, objetivo e importância. In: 40 anos de Consultoria Legislativa: consultores legislativos e consultores de orçamento. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2011. p. 115-196. (Série Obras Comemorativas. Homenagem, n. 1). Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/7465>. Acesso em: 4 set. 2023.

GUIMARÃES, André Rehbein Sathler; PERLIN, Giovana Dal Bianco; MAIA, Lincon Macário. Do presidencialismo de coalizão ao parlamentarismo de ocasião: análise das relações entre Executivo e Legislativo no governo Dilma Rousseff. In: PERLIN, Giovana Dal Bianco; SANTOS, Manoel Leonardo (org.). *Presidencialismo de coalizão em movimento*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2019. p. 25-59. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/38299>. Acesso em: 4 set. 2023.

HAMILTON, Alexander. Número LXVIII: continuação do exame de escolha do presidente no tocante à forma de designação. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas: 1787-1788: edição integral*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 430-434.

KINZO, Maria D'Alva G. *Oposição e autoritarismo: gênese e trajetória do MDB: 1966-1979*. Tradução de Heloisa Perrone Attu. São Paulo: Vertice: Revista dos Tribunais, 1988. (História Eleitoral do Brasil).

LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

NEIVA, Pedro Robson Pereira. Os poderes dos senados de países presidencialistas e o caso do Brasil. In: LEMOS, Leany Barreiro (org.). *O Senado Federal brasileiro no pós-constituinte*. Brasília, DF: Senado Federal: Unilegis, 2008. p. 23-61. (Edições Unilegis de Ciência Política, v. 4). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/180410>. Acesso em: 4 set. 2023.

NORTH, Douglass C. Institutions. *Journal of Economic Perspectives*, [s. l.], v. 5, n. 1, p. 97-112, 1991. DOI: 10.1257/jep.5.1.97.

PIERSON, Paul. *Politics in time: history, institutions, and social analysis*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2004.

POLETTI, Ronaldo. 1934. Brasília, DF: Senado Federal: Ministério da Ciência e Tecnologia, 1999. (Constituições Brasileiras, v. 3).

RUBIATTI, Bruno de Castro. Sistema de resolução de conflitos e o papel do Senado como Câmara revisora no bicameralismo brasileiro. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, DF, n. 23, p. 35-74, maio/ago. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-335220172302>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/RXxbnrR48Br68XQ4ZnHHXhw/>. Acesso em: 4 set. 2023.

RUSSELL, Meg. *The contemporary House of Lords: Westminster bicameralism revived*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. atual. até a Emenda Constitucional 66, de 13.7.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

THELEN, Kathleen. Historical institutionalism in comparative politics. *Annual Review of Political Science*, [s. l.], v. 2, p. 369-404, June 1999. DOI: <https://doi.org/10.1146/annurev.polisci.2.1.369>.

TSEBELIS, George; MONEY, Jeannette. *Bicameralism*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1997. (Political Economy of Institutions and Decisions).

TSEBELIS, George. *Veto players: how political institutions work*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2002.

Licenciamento

Trabalho sob licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

As indicações no Congresso Nacional: uma comparação entre a Câmara dos Deputados e o Senado Federal na 56^a Legislatura

Appointments in the National Congress: a comparison between the Chamber of Deputies and the Federal Senate in the 56th Legislature

Paulo Magalhães Araújo¹

Resumo

Trata-se de estudo comparado sobre a produção de indicações por deputados e senadores. Antigo na Câmara dos Deputados, o uso das indicações no Senado Federal para a interlocução com o governo data de 2019. O objetivo é avaliar o uso desse instrumento legislativo em ambas as Casas, com base em teorias sobre representação e produção legislativa. O método analítico é quali-quantitativo, esteado no levantamento e na categorização das indicações produzidas nas duas Casas na 56^a Legislatura. Com isso, busca-se avaliar duas hipóteses elementares: a primeira prevê que, dados os incentivos institucionais do sistema político-eleitoral, as indicações são largamente utilizadas para propor medidas distributivas de impacto local; a segunda presume que os parlamentares governistas são mais ativos, em virtude da relação que constroem com o governo. As hipóteses foram parcialmente confirmadas para a Câmara, mas não para o Senado. Conclusões mais sólidas só podem vir com o tempo, em vista do aumento do volume das indicações produzidas no Senado.

Palavras-chave: Senado Federal; Câmara dos Deputados; indicações; produção legislativa.

Abstract

This is a comparative study on the production of nominations by deputies and senators. Old in the Chamber of Deputies and in the Federal Senate, the nominations represent a novelty established in 2019. The objective is to evaluate the use of this legislative instrument in both houses, based on theories about representation and legislative

¹ Paulo Magalhães Araújo é doutor em Ciência Política pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor associado do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, ES, Brasil. E-mail: pauloaraujomagalhaes@gmail.com

production. The analytical method is qualitative and quantitative, based on the survey and categorization of the indications produced in the two houses in the 56th Legislature. With this, we seek to evaluate two elementary hypotheses: the first predicts that, given the institutional incentives of the political-electoral system, indications are widely used to propose distributive measures with local impact; the second assumes that government parliamentarians are more active, given the relationship they build with the government. The hypotheses were partially confirmed for the Chamber, but not for the Senate. More solid conclusions can only come with time, given the increase in the volume of nominations produced in the Senate.

Keywords: Federal Senate; Chamber of Deputies; indications; legislative production.

Recebido em 7/8/23

Aprovado em 25/10/23

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

A produção legislativa de senadores e deputados envolve um amplo conjunto de ações, desde requerimentos de informação à aprovação de autoridades, passando pelo controle das contas do governo e a organização de audiências públicas. Contudo, tem-se destacado a produção de outras formas de manifestação – tais como apresentação de projetos de leis ordinárias, de leis complementares, emendas constitucionais, decretos legislativos e resoluções – por meio dos quais os parlamentares muitas vezes se voltam para os cidadãos, com o propósito de atender-lhes as demandas regulatórias ou alocativas. Naturalmente, é central no cálculo dos legisladores a preocupação com as implicações eleitorais dessa estratégia.

As indicações são um tipo de proposição que compõe o rol dos instrumentos parlamentares. Porém, ao menos no plano federal, não têm integrado a agenda de estudos dos cientistas políticos brasileiros. Apesar de parecerem pouco relevantes sob o ponto de vista dos impactos que podem gerar, defende-se que o estudo das indicações pode

2 ARAÚJO, Paulo Magalhães. As indicações no Congresso Nacional: uma comparação entre a Câmara dos Deputados e o Senado Federal na 56ª Legislatura. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 241, p. 67-93, jan./mar. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p67

3 Araújo, P. M. (2024). As indicações no Congresso Nacional: uma comparação entre a Câmara dos Deputados e o Senado Federal na 56ª Legislatura. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(241), 67-93. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p67

iluminar a lógica da ação parlamentar, porque por meio delas os parlamentares enviam sugestões ou recomendações a órgãos decisórios extraparlamentares e buscam, no mais das vezes, interconectar os eleitores e as instâncias governamentais para promover seus mandatos junto a eles e atender aos interesses dos mais diversos segmentos sociais. Por serem livremente apresentadas e quase destituídas de custos, as indicações seriam expressões fiéis dos interesses dos parlamentares por políticas públicas que satisfazem aos seus interesses e aos do seu eleitorado.

Com base nisso, este artigo objetiva apresentar um estudo inédito sobre a produção de indicações pelos senadores – em comparação com as realizadas pelos deputados – na 56ª Legislatura. A escolha do período deve-se ao fato de que no Senado o uso de indicações para a apresentação de demandas políticas aos órgãos do governo só foi possível a partir de 2019, com uma alteração regimental que equiparou as indicações no Senado às indicações na Câmara dos Deputados. Nesta Casa, o dispositivo fora alterado em 1991, com a finalidade de oferecer aos parlamentares um instrumento a mais para a vocalização de preferências junto aos órgãos governamentais. É curioso que o Senado tenha levado tanto tempo para replicar, no regimento da Casa, o recurso criado pelos deputados federais. Tal recurso já está presente em 19 das 26 assembleias e no Distrito Federal, bem como em 19 das 26 capitais estaduais.

Como as indicações permitem a virtual manifestação dos parlamentares em favor de todo tipo de legislação, espera-se que eles o façam em favor do tipo de políticas que preferem: as políticas paroquiais ou, tecnicamente falando, políticas distributivas de impacto concentrado. Nesses termos, o trabalho lida com duas hipóteses. A primeira é a de que deputados e senadores apresentam em sua maioria indicações que sugerem alocação de recursos públicos para sua clientela. Um exemplo é a indicação do senador Rogério Carvalho (PT-SE), que “[s]ugere ao Ministro de Estado do Trabalho e Previdência a retomada da obra para construção da Unidade do INSS no município de Simão Dias, em Sergipe” (Brasil, 2022b).

As razões lógico-teóricas dessa preferência serão abordadas de forma mais sistemática no corpo do texto e estariam relacionadas aos incentivos que o sistema político-eleitoral produz, estimulando os parlamentares na direção do localismo: suas medidas preferidas são as que propõem *distribuição* de benefícios públicos (e não *regulação*) para parcelas territorializadas da sociedade, sobretudo os municípios.

O trabalho lida com outra hipótese: a de que os senadores e deputados governistas, por construírem relações privilegiadas com o Executivo e seus órgãos gestores – particularmente os ministérios –, são mais instigados a apresentar indicações, particularmente as do tipo paroquial. Como entendem que serão priorizados pelo governo que apoiam, sentir-se-iam mais estimulados a apresentar demandas na forma de sugestões.

Para testar a validade de ambas as hipóteses, as indicações apresentadas no período foram categorizadas com base na leitura das ementas e, quando necessário, no exame do inteiro teor das proposições. As categorias criadas referem-se à natureza das sugestões – se

regulatórias ou distributivas – e à abrangência dos impactos esperados – se pessoal, local, regional, setorial ou nacional. Também foram considerados os temas ou o teor das indicações apresentadas, bem como os órgãos para onde foram enviadas. Isso visou avaliar se os temas e os órgãos contatados guardam relação com as preocupações dos parlamentares com a maximização dos ganhos eleitorais; esperou-se que sim.

Sem pretender antecipar as conclusões, pode-se dizer que os resultados foram, em alguns aspectos, correspondentes à expectativa – como o uso das indicações para sugerir ao Executivo e seus órgãos ações e regulações nas mais diversas áreas de políticas públicas. No entanto, ficou claro que senadores e deputados utilizam o instrumento legislativo para estratégias diferentes, parecendo não serem afetados da mesma forma pelos incentivos institucionais do sistema político. Seria necessário considerar um volume maior de produção e uma avaliação mais profunda da relação dos parlamentares com as indicações, para se compreenderem melhor as diferenças entre as duas Casas quanto ao uso daquela proposição.

O artigo está organizado em quatro seções, incluindo esta introdução e as considerações finais. Na próxima seção, serão apresentadas uma breve história, uma definição das indicações e uma síntese dos fundamentos teóricos que permitem entender o comportamento dos deputados e senadores relativamente à produção legislativa – incluindo a produção de indicações. Em seguida serão analisados os dados, de modo a comparar panoramicamente a produção dos parlamentares nas duas Casas. Assim, serão consideradas as hipóteses corroboradas ou refutadas em relação a ambas. Por fim, apresentar-se-ão algumas conclusões.

2 Indicações no Congresso Nacional: um breve histórico e um esboço teórico

No alto de seus quase dois séculos de existência, o Senado aprovou uma promissora mudança regimental com potencial para afetar em grau importante tanto a relação entre os Poderes quanto o processo de produção de políticas públicas. Com a Resolução nº 14, de 24/9/2019, os senadores modificaram o art. 224 do Regimento Interno do Senado Federal (RISF), que dispõe sobre as indicações, e fizeram desse dispositivo um instrumento de interação com o governo e os diversos órgãos e instâncias da Administração Pública. Com a alteração, o inciso I do art. 224 do RISF passou a estabelecer que “[i]ndicação é a proposição por meio da qual o Senador ou a comissão: I – sugere a outro Poder a adoção de providência, a realização de ato administrativo ou de gestão ou o envio [à Casa] de

projeto sobre matéria de sua iniciativa exclusiva” (Brasil, [2023b])⁴. Na prática, a inovação permite ao parlamentar apresentar às instâncias governamentais as carências e as reivindicações de seus redutos eleitorais.

Todavia, essa alteração regimental não é invenção dos senadores. Na verdade, ela replica a norma adotada pelos deputados com a Resolução nº 10, de 4/10/1991. No Senado, a mudança resultou do Projeto de Resolução (PRS) nº 9, de 2015⁵, do senador Davi Alcolumbre (DEM-AP; União-AP a partir de 2022), que afirma: “Sem qualquer pretensão de assacar contra a autonomia e competência privativa de cada Casa em elaborar seu regimento interno, buscamos aqui garantir ao parlamentar do Senado Federal o direito que já tem o parlamentar da Câmara dos Deputados” (Brasil, 2015, p. 3). No parecer ao PRS, o relator senador Antonio Anastasia (PSDB-MG; PSD-MG a partir de 2022) afirma: “pode-se mesmo observar que [o PRS] veicula antiga demanda desta Casa: equiparar o instrumento regimental da Indicação, no Senado Federal, ao mesmo instituto existente [na] Câmara dos Deputados” (Brasil, 2019b). E, sobre a utilidade jurídica e política da inovação proposta, faz referência a outro PRS, com o qual aquele tramitava em conjunto:

fruto de interessante inovação trazida pelo PRS nº 28, de 2019, de autoria do ilustre Senador Izalci, é previsto que a proposição possa ser convertida em indicação caso seja verificado vício de iniciativa, o que confere prestígio às regras de iniciativa e representa relevante economia processual⁶. Esse mecanismo pode ser exercido por requerimento do autor da proposição ou pela conclusão do parecer da CCJ (Brasil, 2019b, grifo nosso).

Em outra parte do mesmo parecer, prossegue o relator:

já que o parlamentar não pode ter a iniciativa do projeto, é preciso dotá-lo de instrumento capaz de instar o Poder Executivo a adotar determinada providência ou ato de sua iniciativa exclusiva, visando a sanar alguma deficiência ou atender a alguma necessidade social. Sem esse instrumento regimental, o congressista fica manietado na sua atuação político-parlamentar (Brasil, 2019b).

4 Com a mudança do texto regimental, o inciso único da indicação passou a ser o segundo: “Indicação é a proposição por meio da qual o Senador ou a comissão: [...] II – sugere que o assunto focalizado seja objeto de providência ou estudo pelo órgão ou pela comissão competente da Casa, com a finalidade de seu esclarecimento ou de formulação de proposição legislativa” (Brasil, [2023b]). Trata-se de uma função que favorece a dinâmica informacional do processo legislativo, fortalece as comissões, incrementa a qualidade do trabalho parlamentar e as decisões tomadas com base nele. No entanto, dada a exiguidade de espaço, essa importante dimensão das indicações não será objeto de análise neste artigo.

5 Dois PRS tramitaram junto com ele: os PRS nºs 23, de 2015, do senador Ronaldo Caiado (DEM-GO; União-GO a partir de 2022), e 28, de 2019, do senador Izalci Lucas (PSDB-DF).

6 RISF: “Art. 227-A: A proposição na qual for verificado vício insanável de iniciativa poderá ser convertida em indicação: I – por requerimento de seu autor; II – por conclusão do parecer da comissão incumbida de analisar sua constitucionalidade” (Brasil, [2023b]).

Com isso, fica claro que o Senado Federal visa ampliar as possibilidades de atuação política dos senadores, sem incorrer na quebra da formalidade do processo legislferante. Assim, a Câmara Alta segue a trilha de casas legislativas que, na esteira da Câmara dos Deputados, adotaram as indicações como instrumentos de interação com órgãos e instâncias do Poder Público. Provavelmente por serem consideradas úteis às articulações políticas, além de aprimorarem formalmente o processo legislativo, as indicações estão presentes em 19 estados e no Distrito Federal, bem como em 19 das 26 capitais estaduais. Seja por imitação ou por aprendizado, esse dispositivo foi adotado também por um número expressivo de câmaras dos municípios do interior. Por serem tão comuns, é lógico supor que não são desprovidas de importância estratégica; ao contrário, devem ser valorizadas como instrumentos de articulação política que permitem construir redes de conexão entre os legisladores, os governos e os eleitores (D'Ávila Filho, 2008).

De toda forma, uma questão que pode ser levantada em relação às indicações é a sua suposta desimportância, já que não têm qualquer poder impositivo. Trata-se de “meras” sugestões, como fica claro na ementa de boa parte das sugestões emitidas na legislatura em foco. Veja-se o exemplo apresentado pelo senador Jaques Wagner (PT-BA), que “[s]ugere ao Ministro da Educação, Sr. Abraham Weintraub, a prorrogação das inscrições do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) durante a pandemia do novo coronavírus” (Brasil, 2020c). O fato é que, para terem qualquer efeito prático, as indicações precisam ser acolhidas pelas instâncias às quais são direcionadas; portanto, a apresentação de uma indicação é apenas um passo numa cadeia de ações e interações que envolvem o parlamentar, o órgão público destinatário e os cidadãos a serem beneficiados pela sugestão.

Por que, afinal, as indicações são tão comuns, uma vez que são destituídas de efeitos diretos? O que justificaria sua adoção por tantos legislativos no País? Uma teoria da conexão eleitoral, fundada na presunção da racionalidade do parlamentar individual, pode ajudar a entender o comportamento dos legisladores relativamente a essa questão.

O trabalho pioneiro de Mayhew (1974) sobre o comportamento dos deputados federais dos EUA explica o fenômeno. Segundo o autor, a atuação dos representantes é balizada pela necessidade de estreitar laços com os eleitores, a fim de ampliar as oportunidades futuras de reeleição. Supõe-se que os legisladores queiram manter-se no poder e, para isso, buscam promover-se politicamente por meio de três atividades básicas: a propaganda de si e do mandato, a marcação de posição frente a temas caros aos eleitores e a reivindicação de créditos por benefícios – particularmente do tipo *pork barrel* – decorrentes das políticas aprovadas e implantadas com sua intermediação. Fenno Junior (1977) complementa a visão de Mayhew ao argumentar que os deputados se envolvem constantemente em esforços para se manterem conectados com seus redutos, atendendo a pedidos particulares e prestando favores, individuais ou coletivos, solicitados pelos eleitores. Entre esses esforços estão, obviamente, as articulações com as instâncias do Poder Público com o fim de atender às necessidades apresentadas pelo eleitorado.

Tais esforços resultam do sistema eleitoral que incentiva conexões personalistas entre eleitores e parlamentares. O voto distrital uninominal, como o vigente nas eleições legislativas federais nos EUA, faz de cada deputado o representante exclusivo de determinado distrito, o que incentiva a promoção de vínculos estreitos entre os eleitores do distrito e seu respectivo representante (Nicolau, 2012). Isso faz com que, uma vez no parlamento, os deputados se esforcem para favorecer sua *constituency* por meio de políticas públicas clientelistas, visto que são eleitoralmente mais promissoras. O resultado desse jogo seria uma expressiva produção de medidas distributivas voltadas a localidades específicas, e não a segmentos mais amplos da sociedade.

O Brasil conta com um sistema eleitoral distinto do norte-americano. Porém, também aqui as normas formais do jogo favorecem o personalismo nas relações de representação: a lista aberta em distritos plurinominais induz à votação em nomes específicos e não em partidos, o que levaria os deputados à disputa pessoal pelo voto do eleitor, inclusive com os correligionários (Nicolau, 2006). Com isso, uma vez no cargo, os deputados estariam empenhados na aprovação de políticas geradoras de benefícios exclusivos para municípios dos seus estados – distritos formais nos quais foram eleitos –, a fim de cativar os eleitores, de modo a reduzir as incertezas relativas à reeleição ou à eleição para um novo posto⁷.

Entretanto, no caso brasileiro, diferentemente do estadunidense, os deputados não têm liberdade para promover o paroquialismo por meio de legislação ordinária (Figueiredo; Limongi, 2001). Medidas paroquialistas geralmente afetam a Administração Pública, porque envolvem alocação orçamentária e não podem ser aprovadas sem a anuência do Executivo, que tem exclusividade para propor e implantar medida desse tipo, além de poder vetar propostas de lei com vício de origem – consideradas inconstitucionais pois oriundas de instância não autorizada a apresentá-las.

A literatura explica que, para mitigar a operação de forças centrífugas que poderiam comprometer a governança e redundar na irracionalidade do sistema, as instituições políticas formais concentram amplos poderes no Executivo, por um lado, e nos líderes parlamentares, por outro (Santos, 1997, 2003; Figueiredo; Limongi, 2001, 2002, 2008). Com isso, no Brasil o legislador comum tem uma possibilidade limitada de aprovar leis paroquiais, à revelia dos agentes que controlam o processo decisório – é o chamado *presidencialismo de coalizão racionalizado* (Santos, 2003). Segundo essa visão, o processo decisório, que envolve articulações entre os Poderes, limita fortemente a possibilidade de aprovação de medidas do tipo *pork*, especialmente por parlamentares do “baixo clero”.

De fato, estudos sobre a produção legislativa de deputados e senadores brasileiros mostram que é reduzido o número de leis paroquiais aprovadas pelos congressistas, em

⁷ A trajetória dos políticos no Brasil envolve passagens pelos mais diversos cargos disponíveis, eletivos e não eletivos, tornando a função parlamentar uma entre várias que os representantes buscam desempenhar (Leoni; Pereira; Rennó, 2003; Meireles, 2019). Em que pesem os cargos pretendidos mudarem no correr do tempo, é constante a ambição de muitos políticos por se manterem no poder, o que envolve, em maior ou menor grau, a preocupação com os ganhos eleitorais e com as estratégias que possam assegurar-los.

que pesem os incentivos da lista aberta (Lemos, 2001; Ricci, 2003, 2008; Araújo, 2008, 2009). Na verdade, segundo tais estudos, por meio dos projetos de lei ordinária, deputados e senadores produzem mais frequentemente não alocações paroquiais, mas medidas regulatórias de cunho social e impacto difuso (Amorim Neto; Santos, 2002, 2003; Araújo, 2009). Se as políticas localistas são consideradas estratégicas para a obtenção de ganhos eleitorais, o que fazem os parlamentares para superarem os obstáculos à sua produção?

Amorim Neto e Santos (2002) apontam uma saída ao estudarem a produção infralegal do Congresso Nacional. Argumentam que as *resoluções* e os *decretos legislativos* permitem aos deputados e senadores darem vazão a seus pendores localistas – no primeiro caso, por meio da autorização de operações de crédito pelos governos estaduais e municipais; no segundo, mediante a atribuição de direitos de exploração dos serviços de radiodifusão e televisão, que são temporários e precisam ser constantemente renovados. Embora os autores não mencionem as indicações – por considerá-las talvez de pouca relevância –, entende-se que a elas pode ser imputada a mesma lógica explicativa: sem condições de agradar a seu reduto por meio dos projetos de lei ordinária, o legislador lança mão das indicações para solicitar aos órgãos da Administração Pública o atendimento às demandas da base que lhe chegam ao gabinete.

Não há pesquisas sobre o uso das indicações pelos senadores. Porém, estudos preliminares sobre a Câmara dos Deputados (Araújo, 2022, 2023) mostram que de fato seus membros fazem amplo uso das indicações, frequentemente voltadas aos interesses exclusivos de municípios do estado que representam. Resta saber como se comporta o Senado em relação a essa ferramenta recentemente introduzida na Casa⁸.

Com relação à produção de leis, estudos demonstram que não há grandes diferenças entre a Câmara e o Senado (Ricci, 2008; Araújo, 2009). Em ambas as Casas, é irrisório o volume de propostas localistas, bem como é expressiva a quantidade de leis de impacto nacional e setorial, nessa ordem. Porém, conforme dito, a produção de leis está sujeita a barreiras políticas e institucionais, e isso possivelmente inibe a manifestação espontânea das preferências políticas dos legisladores; são menores os incentivos à apresentação de projetos fadados à rejeição por vício de origem, ou seja, por inconstitucionalidade. Em outros termos, a proibição constitucional da proposição das medidas legais preferidas pelos parlamentares – particularmente as distributivas locais – compromete a livre manifestação dos interesses que demandam representação. Contudo, esse limite não afeta a emissão de indicações, visto que elas podem ser apresentadas de forma livre e praticamente sem custos. Com isso, o conjunto das indicações apresentadas deve expressar mais

⁸ Até onde se sabe, nenhum outro pesquisador ou pesquisadora se empenhou em estudar as indicações nas Casas do Congresso Nacional, embora existam alguns trabalhos pioneiros e inspiradores voltados a câmaras municipais (D'Ávila Filho, 2008; D'Ávila Filho; Lima, 2014) e à Assembleia Legislativa do Espírito Santo (Simões, 2018). Esses estudos fundam-se na premissa de que o interesse pela reeleição – ou pela eleição para cargo diferente – é o que pauta a produção das indicações. A análise aqui proposta será desenvolvida com base nessa premissa.

fielmente os interesses de deputados e senadores relativamente às medidas alocativas ou regulatórias que querem ver implantadas.

É certo que o sistema bicameral brasileiro é incongruente com a regra eleitoral: senadores e deputados são recrutados por sistemas de votação distintos. No entanto, os distritos são os mesmos: os estados. Por isso, em tese, há incentivos comuns à produção de certo tipo de decisão: as medidas distributivas de impacto local, que permitem ganhos eleitorais para os parlamentares de ambas as Casas.

Pode-se argumentar que a norma regente das eleições senatoriais inviabiliza a dedicação dos senadores a municípios específicos no interior do respectivo distrito. Para o Senado, como se sabe, as eleições são majoritárias, de modo que a vitória eleitoral demanda um grande volume de votos, e isso tende a exigir maior dispersão territorial da votação. Portanto, não seria tão viável para os senadores – como o é para os deputados – concentrar esforços no atendimento a um ou a poucos municípios.

Para ampliar as chances de sucesso eleitoral, o ideal seria que os membros da Câmara Alta procurassem cativar *uma grande parcela dos eleitores dos seus estados*. Isso pode ser feito pelo menos de duas maneiras: pela apresentação de medidas paroquiais para o maior número possível de municípios dos próprios distritos ou por meio da proposição de medidas de impacto abrangente, voltadas a setores geograficamente dispersos, aos estados como um todo ou até mesmo à União. Dada a escassez de estudos com esse foco, é difícil sustentar uma hipótese sobre qual seria, afinal, a estratégia hegemônica entre os senadores. Desse modo, a melhor opção de análise não é a dedutiva, mas a indutiva: avaliar os dados relativos ao caso e com base neles elaborar explicações generalizáveis.

Esse esforço é desenvolvido adiante. O objetivo é compreender, em termos qualitativos e quantitativos, o uso que senadores e deputados fazem das indicações para intermediar as relações entre o governo e os cidadãos. Incluem-se aí os governantes estaduais e municipais, frequentemente agraciados com benefícios promovidos pela atuação parlamentar e pelas decisões governamentais.

3 Análise dos dados: diferenças e similaridades na produção de indicações por deputados e senadores

Apresenta-se de início um painel da produção de indicações em ambas as Casas no período em foco. Embora possam ser apresentadas tanto pelas comissões quanto pelos parlamentares, estes são os maiores responsáveis pela produção de indicações em ambas as Casas. No entanto, nota-se na Tabela 1 uma diferença significativa entre elas: na Câmara, as comissões foram responsáveis por apenas 2,7% das indicações, e o restante ficou a cargo dos deputados “avulsos”; no Senado, o percentual referente à produção das comissões é de 11,3%. Isso mostra que as comissões do Senado são mais proativas, e os senadores, como indivíduos, são menos propensos que os deputados a usar o instrumento legislativo.

Tabela 1 – Autoria das indicações na 56ª Legislatura

	Câmara		Senado	
	N	%	N	%
Comissão	172	2,7	29	11,3
Parlamentar	6.101	97,3	227	88,7
Total	6.273	100,0	256	100,0

Fonte: elaborada pelo autor com base em dados da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Outra informação contida na Tabela 1 que revela distinção notória entre as Casas diz respeito ao volume da produção no período: na 56ª Legislatura, a Câmara emitiu 6.273 indicações, ao passo que o Senado apresentou apenas 256. Um dos motivos para tal diferença é, obviamente, o número de parlamentares em cada Casa, o que favorece os deputados; nessa mesma Legislatura, entre titulares e suplentes, 613 deputados atuaram na Câmara e 119 senadores passaram pelo Senado. Outro motivo é que a mudança no artigo regimental que trata das indicações passou a vigorar no Senado apenas a partir de setembro de 2019, de modo que a produção dos senadores não abarca toda a Legislatura.

Além dessas distinções, os deputados mostraram-se de fato mais interessados em mobilizar as indicações: 63% dos 613 deputados lançaram mão da ferramenta no período em foco; em contrapartida, somente 38% dos 119 senadores fizeram o mesmo. A Tabela 2 permite comentários adicionais. As médias de indicação por parlamentar distinguem fortemente os deputados dos senadores. A média referente aos primeiros é 15 e aos segundos, 5. Isso pode dever-se ao fato de que no Senado o recurso é novo, de modo que os senadores ainda estão a habituar-se a esse instrumento legislativo. Trata-se talvez de uma questão de aprendizado institucional; mas também pode ser que os senadores, na verdade, deem menos importância a esse mecanismo específico de interação com o Executivo e outros órgãos públicos. Só o estudo de uma sequência de legislaturas, combinado com uma avaliação da dinâmica legislativa bicameral, permitirá avançar nessa interpretação.

Tabela 2 – Indicações na Câmara e no Senado: indicadores estatísticos

		Câmara	Senado
N*		385	45
Média		15,82	5,04
Mediana		4	3
Desvio padrão		59,587	6,859
Mínimo		1	1
Máximo		834	42
Soma		6.092	227
Percentis	25	2	1
	50	4	3
	75	10	5,5

* Número de parlamentares que apresentaram pelo menos uma indicação na Legislatura.

Fonte: elaborada pelo autor com base em dados da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Com relação à Tabela 2, outros dados merecem comentários. Entre os parlamentares, nota-se uma variação significativa no uso das indicações; e isso é mais verdadeiro para a Câmara dos Deputados, na qual o desvio padrão e a distância entre a mediana (4) e a média (15,8) expressam o efeito dos *outliers* na configuração da produção de indicações. A distribuição por quartis mostra que pelo menos 75% dos deputados apresentaram 10 indicações ou menos durante a 56ª Legislatura; em contrapartida, os cinco maiores *outliers* produziram centenas cada um, somando 2.311 indicações no intervalo considerado. Os senadores mostraram-se bem mais moderados, e a produção é mais dispersa entre eles. O desvio padrão é bem menor; a mediana (3) e a média (5) estão muito próximas uma da outra. A maior *outlier*, senadora Mara Gabrilli (PSDB-SP), apresentou 42 indicações; por sua vez, o segundo maior, senador Rodrigo Cunha (União-AL), propôs 16. Apesar das diferenças, em ambas as Casas há considerável variação no empenho dos parlamentares individuais em relação à emissão de indicações: de zero a centenas, no caso da Câmara, e de zero a dezenas, no caso do Senado. Isso sugere que entre os legisladores e entre as Casas varia o grau com que se valoriza aquele instrumento legislativo.

Heterogeneidade similar é percebida quando se avalia a produção por partidos: foram 30 as legendas representadas na Câmara, contra 17 no Senado. À primeira vista, não se nota um padrão partidário na produção, em parte devido ao efeito dos parlamentares *outliers*. No Senado, por exemplo, a posição do PSDB deve-se fortemente à atuação daquela senadora, com dezenas de indicações, ao passo que é 3 a média entre os senadores. Na Câmara, a posição do PTB deve-se à atuação do deputado Marcelo Moraes (PTB-RS), que apresentou 834 indicações, bem distante da média 4 da Casa.

A relação com o Executivo poderia oferecer uma base para a análise da Tabela 2. Pode-se argumentar que os deputados governistas têm maior incentivo para propor indicações, visto que elas dependem do acolhimento do governo, e logicamente isso tenderia a ocorrer com indicações apresentadas por partidos governistas, componentes do chamado *Centrão*⁹. De fato, eles foram responsáveis por 3.775 das indicações apresentadas; mas não é desprezível o volume de produção dos não governistas: 2.325. Ademais, a lógica não parece aplicar-se ao Senado, visto que no período vários partidos do *Centrão* não estavam representados na Casa.

⁹ Jair Bolsonaro não estruturou coalizões governativas em conformidade com o presidencialismo de coalizão posto em prática por presidentes anteriores. Por isso, o *Centrão* foi considerado a base real do governo. Segundo o Observatório do Legislativo Brasileiro, do Iesp/Uerj, entre 2019 e 2022 compunham o *Centrão* os seguintes partidos: Avante, Patriota, Podemos, PP, PL, Pros, PSD, PTB, Republicanos e Solidariedade (Gershon; Canello, 2022). Também o PSL foi considerado aliado do governo pelo menos até novembro de 2019, quando o então presidente da República o deixou.

Tabela 3 – Indicações por partido e Casa legislativa

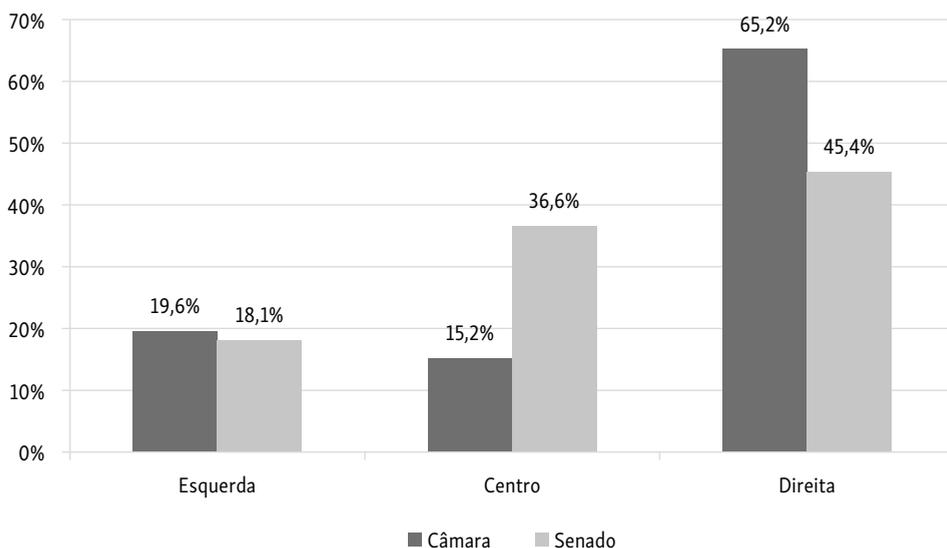
Partidos	Câmara		Senado	
	N	%	N	%
Avante*	15	0,2	-	-
Cidadania	96	1,6	13	5,7
DEM	151	2,5	17	7,5
MDB	381	6,2	12	5,3
Novo*	33	0,5	-	-
Patriota*	20	0,3	-	-
PCdoB*	307	5,0	-	-
PDT	255	4,2	1	0,4
PHS*	7	0,1	-	-
PL	212	3,5	15	6,6
PMN*	2	0,0	-	-
Podemos	114	1,9	36	15,9
PP	224	3,7	11	4,8
PPS*	10	0,2	-	-
PR*	25	0,4	-	-
PRB*	70	1,1	-	-
Pros	426	7,0	4	1,8
PSB	313	5,1	-	-
PSC*	32	0,5	-	-
PSD	171	2,8	19	8,4
PSDB	188	3,1	68	30,0
PSL	585	9,6	1	0,4
Psol*	18	0,3	-	-
PT	304	5,0	22	9,7
PTB*	1.595	26,1	-	-
PV*	72	1,2	-	-
Rede	3	0,0	5	2,2
Republicanos	360	5,9	1	0,4
Solidariedade*	53	0,9	-	-
União	58	1,0	2	0,9
Total	6.100	100,0	227	100,0

* Partidos sem representação no Senado na 56ª Legislatura.

Fonte: elaborada pelo autor com base em dados da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

A consideração por ideologia deixa o cenário um pouco mais claro, conforme se percebe no Gráfico 1. Evidencia-se o desempenho dos parlamentares de direita nas duas Casas, embora na Câmara a participação desse bloco ideológico tenha sido bem mais expressiva – o que se deve, provavelmente, ao fato de que boa parte dos partidos de direita em questão compunha o *Centrão*, bloco informal e contingente de apoio ao governo de então.

Gráfico 1 – Indicações por bloco ideológico e Casa legislativa



Fonte: elaborado pelo autor com base em dados da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Inversamente, é notório o papel mais reduzido dos partidos de esquerda na produção total de indicações, tanto na Câmara quanto no Senado. Também se destaca a atuação modesta do centro entre os deputados. Parte desse desempenho pode ser explicada pelo fato de que muitos desses partidos se opunham ostensivamente ao governo – a exceção é o PSDB, de centro e da oposição, por conta da atuação da senadora Mara Gabrilli¹⁰. O fato é que, no fim, a natureza da *relação com o governo*, se aliados ou oposição, parece ter sido uma variável relevante na explicação da distribuição da produção entre os partidos – essa questão precisa ser mais bem qualificada e será retomada adiante.

O destinatário das indicações é uma variável que permite captar quais são os órgãos mais atraentes para os deputados e senadores. Também aqui se constata similaridades e diferenças. Semelhança notável é a preferência dos legisladores pelos ministérios. Embora as sugestões possam ser remetidas a uma grande variedade de órgãos e instâncias, os ministérios em conjunto são de longe os mais visados: foram-lhes endereçados 96,5% das indicações da Câmara e 91,8% das do Senado. Contudo, não é irrelevante a diferença entre as Casas: o percentual referente ao item “outras instâncias”, que incluem instâncias não ministeriais, é mais expressivo no Senado (8,2%) que na Câmara (3,5%). Esse dado indica que os senadores mobilizam as indicações para contactarem um conjunto mais

¹⁰ O PSDB foi o partido de centro que mais lançou mão das indicações, e a senadora respondeu por 62% da produção da legenda.

amplo de órgãos – tais como tribunais superiores, agências regulatórias, controladorias, governadores e prefeitos, secretarias de governos, bancos públicos, entre outros.

Tabela 4 – Destinatários das indicações na Câmara e no Senado

	Câmara		Senado	
	N	%	N	%
Saúde	1.203	19,2	54	21,1
Agricultura, Pecuária e Abastecimento	986	15,7	6	2,3
Economia	690	11,0	25	9,8
Educação	631	10,1	24	9,4
Cidadania	504	8,0	5	2,0
Família, Mulher e Direitos Humanos	332	5,3	3	1,2
Infraestrutura	302	4,8	8	3,1
Poder Executivo	288	4,6	73	28,5
Desenvolvimento Regional	240	3,8	0	0,0
Outras instâncias	220	3,5	21	8,2
Meio Ambiente	213	3,4	5	2,0
Justiça e Segurança Pública	152	2,4	5	2,0
Casa Civil	137	2,2	3	1,2
Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações	107	1,7	7	2,8
Minas e Energia	85	1,4	2	0,8
Turismo	86	1,4	4	1,6
Defesa	40	0,6	1	0,4
Relações Exteriores	33	0,5	9	3,5
Trabalho e Previdência	24	0,4	1	0,4
Total	6.273	100,0	256	100,0

Fonte: elaborada pelo autor com base em dados da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Não se vislumbra uma explicação lógica para essa diferença, mas ela pode dever-se ao fato de que os senadores, na média, são mais experientes que os deputados em decorrência de terem exercido cargos no Executivo, particularmente como ministros ou governadores (Araújo, 2021). Isso tende a redundar em maior conhecimento dos meandros da máquina pública, possivelmente ampliando os horizontes dos senadores para interagirem com instâncias decisórias extralegislativas além dos ministérios.

Com relação aos ministérios, o da Saúde foi o mais visado por parlamentares de ambas as Casas. Isso está claramente relacionado com o impacto da pandemia na produção legislativa. E também se deve ter em conta que as políticas da área, pelos seus impactos sociais, têm um grande potencial de promover ganhos eleitorais. Quanto às divergências, destaca-se o maior interesse dos deputados por temas relacionados ao Ministério da Agricultura: 15,7% das indicações oriundas da Câmara foram direcionadas a esse ministério; diferentemente, o percentual relativo ao Senado foi de apenas 2,3%. É provável que isso tenha relação com o tamanho e a força da bancada ruralista entre os deputados federais.

Os senadores, por sua vez, miraram mais o Poder Executivo, para o qual enviaram 28,5% das indicações, frente aos 4,6% enviados pelos deputados. É curioso notar que, em suas demandas, os senadores muitas vezes contornam os ministérios dirigindo-se *diretamente* ao presidente da República. Uma explicação pode estar no fato de os senadores – em número reduzido se comparado ao de deputados¹¹ – terem atribuições que afetam fortemente sua relação com o Poder Executivo. O art. 52 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) assegura aos senadores uma longa lista de atribuições exclusivas, muitas das quais de interesse direto do chefe de governo, tais como autorizar operações externas de natureza financeira, monitorar o sistema tributário e aprovar nomeações de autoridades diversas feitas pelo presidente da República (Brasil, [2023a]). É possível, portanto, que essa posição da Casa no sistema decisório e na estrutura federativa aproxime os senadores do presidente, incentivando negociações diretas entre eles.

A Tabela 5 apresenta as indicações por tema, e reflete *grossa modo* a estrutura ministerial. Tal qual a distribuição das indicações por ministérios, a distribuição por temas põe em evidência a centralidade da *Saúde* nas discussões políticas em ambas as Casas, claramente em função da importância da questão sanitária durante a pandemia da Covid-19. A área *Educação, cultura e esportes* também foi bastante abordada no período por deputados e senadores, provavelmente por envolver temas que implicam alocação substancial de recursos para localidades ou para segmentos não territoriais. Um exemplo é a indicação apresentada pelo deputado Hildo Rocha (MDB-MA), que “[s]ugere a instalação de campus da Universidade Federal do Maranhão no Município de Barra do Corda, no Estado do Maranhão” (Brasil, 2019a), ou a indicação do senador Izalci Lucas (PSDB-DF), que “[s]ugere ao Poder Executivo Federal a apresentação de projeto de lei para instituir o Programa Bolsa Universitária” (Brasil, 2020a).

Tabela 5 – Temas abordados pelas indicações na Câmara e no Senado

	Câmara		Senado	
	N	%	N	%
Administração	624	9,9	56	21,9
Agricultura	1.029	16,4	7	2,7
Ciência, tecnologia e comunicações	126	2,0	4	1,6
Economia e finanças	367	5,9	28	10,9
Educação, cultura e esportes	672	10,7	24	9,4
Habitação	246	3,9	0	0,0
Homenagem	27	0,4	1	0,4
Infraestrutura	112	1,8	0	0,0
Justiça e segurança pública	151	2,4	2	0,8
Meio ambiente e energia	276	4,4	28	10,9

¹¹ Há uma questão de ação coletiva: o número reduzido de senadores viabiliza conexões diretas, ao passo que o grande número de deputados eleva a importância dos partidos, por meio dos líderes, na interação dos deputados com o chefe do Poder Executivo.

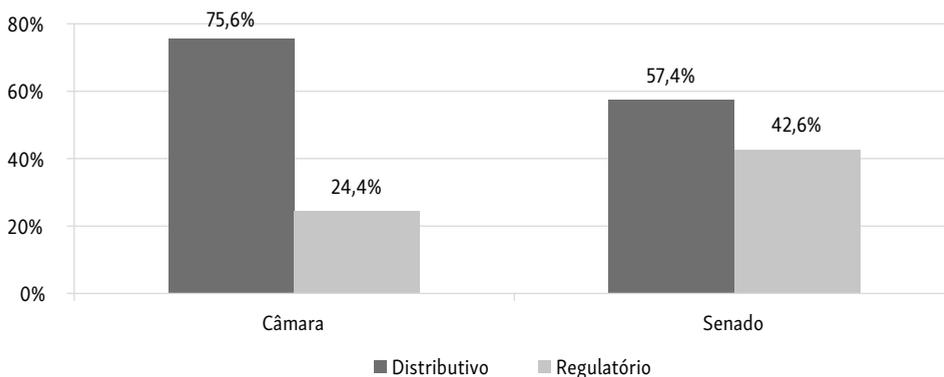
	Câmara		Senado	
	N	%	N	%
Política e instituições	36	0,6	0	0,0
Relações internacionais	38	0,6	1	0,4
Saúde	1.128	18,0	64	25,0
Sociedade	1.029	16,4	30	11,7
Trânsito e transportes	352	5,6	8	3,1
Turismo	60	1,0	3	1,2
Total	6.273	100,0	256	100,0

Fonte: elaborada pelo autor com base em dados da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Outro dado notável da Tabela 5 é o grande percentual de sugestões da Câmara no campo *Agricultura* a ressaltar a força da bancada ruralista na Casa – não tão ativa no Senado, no qual as medidas de interesse dos agropecuaristas abarcam apenas 2,7% do total. Por fim, ainda com relação à mesma tabela, vale comentar o tópico *Sociedade*, o mais comum no Senado e o segundo mais comum na Câmara – empatado com *Agricultura*. Diferentemente dos demais, esse tópico temático reúne uma pluralidade de indicações referentes a questões consideradas socialmente relevantes, tais como o cuidado com certos segmentos sociais – negros, mulheres, portadores de deficiência e afetados por calamidades naturais. Também foram consideradas sociais sugestões voltadas à ampliação dos contemplados pela ajuda emergencial, que se integrou ao então Auxílio Brasil. Bastante expressivo é o contingente de propostas desse tipo no Senado, demonstrando que ocupam em grau relevante as atividades legislativas dos senadores as preocupações com o social, as quais se expressam por meio da apresentação de indicações.

Os dados apresentados no Gráfico 2 são essenciais neste trabalho, por terem relação direta com uma hipótese central nos estudos sobre comportamento parlamentar e produção legislativa: a preferência dos legisladores por medidas de cunho distributivo – as de impacto local, sobretudo – consideradas eficazes para a promoção de ganho eleitoral. Para Santos (1994), propostas distributivas visam alocar recursos do Estado para territórios ou segmentos da sociedade; em contrapartida, medidas regulatórias propõem regulação, seja da vida social em suas diversas dimensões, seja da própria Administração Pública.

Gráfico 2 – Indicação, por natureza do impacto esperado



Fonte: elaborado pelo autor com base em dados da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

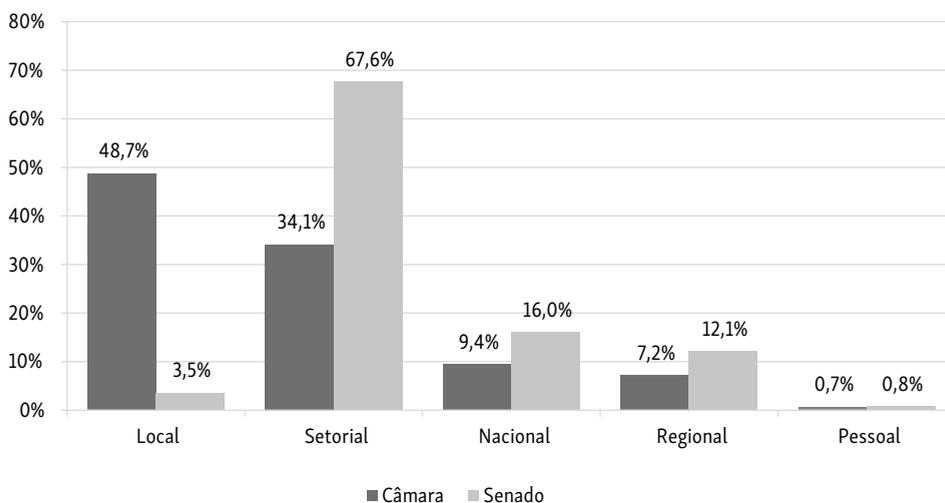
O Gráfico 2 mostra que em ambas as Casas as propostas de cunho distributivo dominam, mas os deputados são significativamente mais distributivistas que os senadores: as indicações desse tipo abarcam 75,6% do total das indicações apresentadas na Câmara. No Senado o percentual é menor, mas também expressivo: equivale a 57,4% das sugestões propostas na 56ª Legislatura. De fato, tanto deputados quanto senadores mobilizam as indicações para promover alocação, conforme se vê na literatura pertinente. Os efeitos das medidas alocativas, se implantadas, são diretos e, mais que as regulatórias, tendem a agradar aos eleitores e a dar maior visibilidade aos mandatos, convertendo-se, com maior probabilidade, em dividendos eleitorais nos redutos de onde se esperam votos.

Combinada com essa variável, a *abrangência* do impacto esperado das indicações – se atendidas – ajudam a caminhar na direção do teste da hipótese distributivista; conforme já se afirmou, os parlamentares visam não apenas às medidas distributivas, mas especialmente às de impacto concentrado e de custos difusos. O Gráfico 2 apresenta os dados, e os senadores surpreendem pela baixíssima adesão a propostas distributivas que buscam impactos locais: apenas 3,5% das indicações propõem benefícios paroquiais; em contrapartida, as apresentadas pelos deputados abarcam 48,7% da produção total. A preferência dos deputados pelo localismo, amplamente debatida na literatura, é explicada com base na lógica da conexão eleitoral: medidas de cunho local geram efeitos exclusivos sobre determinados territórios – basicamente os municípios – e tendem a gerar ganhos eleitorais para os proponentes.

Em relação ao desempenho dos senadores, a leitura não é tão clara: afinal, por que um empenho tão reduzido em propor decisões de cunho local? E, em contrapartida, o que explicaria a expressiva produção de medidas de alcance setorial? Seria possível explicar o fenômeno por meio da lógica da conexão eleitoral, a despeito de ele ser surpreendente? Pode-se acreditar que sim, ao menos em parte.

Em termos percentuais, nas demais categorias os senadores superaram os deputados. Como já se afirmou, os senadores elegem-se pela regra majoritária e os distritos coincidem com o dos deputados: os estados. Assim, era de se esperar que medidas de cunho local, que têm impacto maior no interior dos estados, fossem mais defendidas pelos senadores. Ao que parece, no entanto, eles preferem medidas de maior alcance, cujos efeitos esperados ultrapassam os limites dos municípios: é o caso das medidas setoriais, regionais (voltadas aos estados, propriamente) e até mesmo as nacionais.

Gráfico 3 – Indicação, por natureza do impacto esperado



Fonte: elaborado pelo autor com base em dados da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Com relação às medidas setoriais, tão comuns entre os senadores, em sua maioria são de cunho distributivo: 35,5% do total de indicações propostas por eles. Alguns exemplos podem ser citados: “Sugere ao Ministro de Estado da Saúde a elaboração de plano emergencial para proteger as pessoas com deficiência durante a situação de emergência de saúde internacional decorrente da Covid-19” (Mara Gabrilli, PSDB-SP) (Brasil, 2020b); “Sugere ao Ministro da Cidadania a implementação de aumento na base de beneficiários do programa Bolsa Família como resposta assistencial estratégica aos problemas” (Rodrigo Cunha, PSDB-AL; Podemos-AL a partir de 2023) (Brasil, 2021); ou “Sugere ao Ministro de Estado da Educação a implementação de programa nacional de concessão de bolsas de estudos, na educação básica, para crianças oriundas de famílias de baixa renda” (Jorge Kajuru, Podemos-GO, PSB-GO a partir de 2023) (Brasil, 2022a). Trata-se obviamente de medidas cujo impacto transcende as fronteiras estaduais, mas combinadas agregam parcelas significativas da sociedade tanto fora quanto dentro de cada Estado. Somada essa preferência com as relacionadas a medidas de impacto regional ou nacional, pode-se concluir que os senadores se preocupam em satisfazer a seus eleitores, mas

adotam estratégias diversas das dos deputados federais: miram não particularmente as localidades, mas os estados e além – toda a sociedade ou segmentos dela dispersos pelo território nacional.

Para avaliar precisamente as preferências dos legisladores, foram combinadas a natureza e a abrangência das indicações, e obteve-se uma nova variável com dez tipos, conforme consta na Tabela 6. Nas duas Casas, o número de indicações regulatórias ou distributivas voltadas a indivíduos é exíguo, possivelmente devido ao baixo potencial eleiçoeiro desse tipo de proposição. Quanto ao mais, confirma-se que as indicações *simultaneamente* distributivas e locais são as preferidas pelos deputados: o percentual (47,3%) quase coincide com o de proposições distributivas apresentado na Tabela 5, significando que entre os deputados a quase totalidade das medidas de cunho distributivo visou impactar a vida dos eleitores nas localidades.

Tabela 6 – Indicações por natureza-abrangência e suas Casas de origem

	Câmara		Senado	
	N	%	N	%
Distributivo-local	2.970	47,3	5	2,0
Distributivo-nacional	337	5,4	25	9,8
Distributivo-pessoal	3	0,0	0	0,0
Distributivo-regional	342	5,5	32	12,5
Distributivo-setorial	1.090	17,4	91	35,5
Regulatório-local	84	1,3	4	1,6
Regulatório-nacional	251	4,0	16	6,3
Regulatório-pessoal	39	0,6	2	0,8
Regulatório-regional	109	1,7	5	2,0
Regulatório-setorial	1.048	16,7	82	37,1
Total	6.273	100,0	256	100,0

Fonte: elaborada pelo autor com base em dados da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

O desempenho dos senadores vai numa direção distinta e surpreendente: apenas 2% das indicações foram distributivo-locais. Os senadores mostraram preferência pelo tipo regulatório-setorial (37,1%), mas no período também se ocuparam fortemente da apresentação de propostas setoriais de cunho distributivo (35,5%). Contudo, não se pode deixar de mencionar as indicações distributivo-regionais, bastante oportunas para os senadores angariarem votos nos estados: o percentual dessas medidas é 12,5%, mais que o dobro do apresentado pelos deputados (5,5%). Os senadores mostraram-se também mais profícuos que os deputados na produção de indicações que visam a interesses nacionais, sejam regulatórias, sejam distributivas. Em suma, a julgar pelos dados, embora os membros da Câmara Alta não sejam sufragados em eleições proporcionais com lista aberta, o sistema que os seleciona também é marcado por incentivos que levariam à preocupação com

os interesses do eleitorado – não o eleitorado estritamente local, mas sim o organizado segundo setores da sociedade ou conforme estejam dispersos nos estados ou no País.

Em vista da segunda hipótese, aqui interessa retomar a questão da relação entre o tipo de interação com o governo e a apresentação de indicações. Estas, como dito, precisam da concordância das instâncias governamentais contactadas para se tornarem políticas efetivas. Acredita-se que isso leva os parlamentares governistas a enviarem mais indicações, devido à (possivelmente maior) probabilidade de terem suas propostas mais bem recebidas por serem aliados. Como o governo de Jair Bolsonaro não funcionou com base em coalizões formais, que vigoraram em governos anteriores, foram considerados aliados os partidos do *Centrão*, além do PSL (ver nota 9).

Esse é, na verdade, um problema metodológico que enfraquece o teste. Na literatura que aborda as coalizões de governo, consideram-se aliados os partidos que ocupam pastas ministeriais, e o recrutamento é feito pelo Executivo por critérios partidários. É assim que, por exemplo, os pesquisadores do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap) lidam com a questão. Com isso, as coalizões são definidas objetivamente, considerando como membros das coalizões os partidos que participam do gabinete presidencial, cujas datas de entrada (e saída) são conhecidas e controladas. Isso viabiliza o estudo das conexões entre ser governista e apresentar indicações. O *Centrão* de Bolsonaro, por sua vez, é mais amorfo. Nas mídias políticas, não há consenso sobre quais são os partidos do bloco, tampouco se sabe com exatidão quando entraram ou saíram do grupo. Por isso, foram considerados seus apoiadores em todo o mandato, inclusive porque é inegável a afinidade ideológica entre tais partidos e o governo de então.

Feita essa observação metodológica, a questão é saber se a hipótese é válida, e se vale para ambas as Casas. Segundo a Tabela 7, a situação é distinta entre a Câmara e o Senado. Na Câmara, a maior parcela das indicações (58,2%) foi apresentada pelos deputados apoiadores do governo; no Senado, o percentual foi bem menor (38,9%).

Tabela 7 – Indicações e relação com a base governista

	Câmara		Senado	
	N	%	N	%
Pertence	3.541	58,2	86	38,9
Não pertence	2.550	41,8	141	61,1
Total	6.091	100,0	227	100,0

Fonte: elaborada pelo autor com base em dados da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Apesar de a tendência esperada se ter confirmado entre os deputados, não se pode aceitar prontamente a hipótese, seja pelo fato de o *Centrão* não ser uma unidade orgânica como uma coalizão, seja porque entre os deputados há desviantes (*outliers*) que afetam

o padrão observado na relação com o governo. A Tabela 8 contém dados que permitem o aprofundamento da questão.

Tabela 8 – Indicações: dados de tendência central e de dispersão

Câmara dos Deputados							
Base aliada	N. Indicações	Média	Mediana	N	Desvio padrão	Mínimo	Máximo
Pertence	3.541	17,5	3	202	76,4	1	834
Não pertence	2.550	10,8	4	236	28,1	1	303
Total	6.091	13,9	3	438	55,9	1	834
Senado Federal							
Base aliada	N. Indicações	Média	Mediana	N	Desvio padrão	Mínimo	Máximo
Pertence	86	4,3	3	20	4,4	1	15
Não pertence	141	4,9	3	29	7,6	1	41
Total	227	4,6	3	49	6,5	1	41

Fonte: elaborada pelo autor com base em dados da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

A coluna das médias indica a média de indicações apresentadas por parlamentar na legislatura. As medianas indicam a produção do deputado mediano do bloco. A distância entre média e mediana, o desvio padrão e a distância entre o mínimo e o máximo (de indicações apresentadas) contribuem para revelar o peso dos *outliers* na produção. No caso da Câmara, na base aliada, um deputado apresentou sozinho 834 indicações no período, e ele não foi o único a chegar à casa das centenas. Na verdade, os quatro maiores *outliers* da Legislatura eram filiados ao *Centrão*, e juntos apresentaram 2.008 indicações: Marcelo Moraes (PTB-RS; PL-RS a partir de 2022), 834 indicações; Paulo Bengtson (PTB-PA), 446; Boca Aberta (Pros-PR; Agir-PR a partir de 2022), 367; e Capitão Alberto Neto (PL-AM), 361. Obviamente, esses valores puxam fortemente a média para cima, fazendo com que os governistas, em geral, apareçam como mais produtivos. No entanto, esse dado não deixa de ser convergente com a hipótese: pelo visto, ser governista aumenta as chances de ser um “superproponente”, ou seja, de ser um *outlier*.

Entretanto, em relação ao Senado a conformação da produção de indicações é diferente. As medidas de dispersão e tendência central indicam uma produção mais comedida e mais dispersa entre os senadores. As médias e medianas são próximas umas das outras, o desvio padrão é sensivelmente menor, bem como é reduzida a distância entre o número mínimo e máximo de indicações apresentadas por senadores no período. A maior *outlier*, a senadora Mara Gabrilli, emitiu 42 indicações – bem menos, portanto, que o montante produzido pelo maior *outlier* da Câmara. Outro dado importante da Tabela 8 é que, no Senado, os governistas propuseram menos indicações, qualquer que seja o indicador observado: a média, o total de indicações e o maior *outlier*. Parte da explicação pode estar no fato de que quatro dos partidos considerados do *Centrão* não tiveram representação no Senado no governo de Jair Bolsonaro – inclusive o PTB, aliado do governo e maior proponente

na Câmara (com 1.595 proposições). Cabe observar que a senadora Mara Gabrilli não era governista, e sua produção envia a relação entre governismo e proposição de indicações. Excluída do cálculo, o resultado muda: a média cai de 4,9 para 4, equiparando-se com os governistas, com média 4,3. Entre os senadores a relação governo-base não reflete a hipótese, já que os parlamentares governistas não se mostraram tendentes à emissão de indicações. Será necessário acompanhar um número maior de legislaturas e um volume maior de produção de indicações, para se ter mais clareza sobre os fatores dessa produção, e em que medida elas distinguem as Casas uma da outra.

É possível que as distinções entre ambas tenham a ver com as diferenças institucionais devidas às características do federalismo e do sistema bicameral. Como há diferenças substantivas na função representativa de deputados e senadores, isso pode estar levando os segundos a serem menos paroquialistas que os primeiros. Por sua posição na estrutura federativa, os senadores podem querer empenhar-se na representação de outros interesses que não os paroquiais. Talvez por isso, apenas em 2019, 28 anos após os deputados, os senadores reformularam o RISF para transformar as indicações num instrumento viável às estratégias paroquialistas.

A respeito da produção pelos senadores de resoluções de cunho distributivo e impacto regional e local, Amorim Neto e Santos (2002) comentam que as evidências apresentadas *indicariam a existência de nexos entre os incentivos eleitorais dos senadores e sua produção legislativa, predominantemente local e regional* – o que se daria, sobretudo, nas decisões sobre as dívidas públicas de estados e municípios. Segundo os autores, porém, essa afirmação não seria correta. Na verdade, a preponderância de resoluções de abrangência subnacional deve-se simplesmente à obrigação constitucional do Senado de tratar das operações de crédito dos entes constitutivos da Federação (Amorim Neto; Santos, 2002, p. 133). A produção paroquialista não resultaria de incentivos eleitorais, mas do desempenho corriqueiro de funções institucionais, relacionadas com o papel do Senado na estrutura federativa. Assim, caberiam investigações mais profundas sobre os incentivos que as funções federativas dos senadores estabelecem para o seu desempenho legislativo. Contudo, isso precisaria ir além das indicações, algo como a produção de leis ordinárias – que, para fins de análise, poderiam ser categorizadas conforme sua relação com temas que afetam os interesses da federação, bem como os dos estados e municípios.

4 Considerações finais

O artigo abordou uma inovação incluída em 2019 no art. 224 do RISF, que trata da *indicação*. Com a alteração, essa proposição foi transformada num instrumento político de interação dos senadores com o Poder Executivo e outros órgãos públicos ou instâncias de poder, para sugerir ou recomendar a tais órgãos ou instâncias alguma ação política ou administrativa no campo da produção de medidas de cunho distributivo ou regulatório.

A nova redação daquele artigo equiparou o Senado à Câmara dos Deputados, que adotara a medida em 1991 e foi seguida por dezenas das assembleias dos estados e das capitais estaduais, bem como de um número expressivo de câmaras municipais do interior.

Considerando a difusão desse instrumento nos regimentos das Casas legislativas nacionais – nos níveis federal, estadual e municipal –, o largo uso que fazem dele os deputados federais e, dada sua replicação no Senado em setembro de 2019, argumentou-se que as indicações, aparentemente desprovidas de efeitos práticos por serem “meras” sugestões, têm importância não trivial na interação dos parlamentares com o Poder Público e os próprios eleitores.

O artigo propôs-se avaliar, de forma comparada, os usos que senadores e deputados fazem do mesmo recurso regimental. Para isso, todas as indicações apresentadas na Câmara e no Senado, na 56ª Legislatura, foram categorizadas conforme estudos teóricos e empíricos sobre a produção legislativa. Em face de teorias largamente mobilizadas nesse campo de pesquisa, duas hipóteses foram postas em teste. Em primeiro lugar, defendeu-se que os parlamentares, incentivados ao clientelismo pelas regras do sistema eleitoral, tenderiam a propor medidas paroquialistas por meio das indicações, já que estas, como *sugestões*, podem ser apresentadas livremente e não enfrentam as barreiras que coíbem o clientelismo por meio da legislação ordinária. Em segundo lugar, esperou-se que os parlamentares aliados ao governo utilizassem mais o dispositivo regimental, entabulando um jogo de soma positiva em que os legisladores trocam apoio parlamentar pelo acatamento das sugestões enviadas às instâncias governamentais – sendo governistas, maiores são as expectativas de aceitação do governo e mais forte o estímulo ao envio de sugestões.

De início, em que pesem algumas semelhanças no desempenho de deputados e senadores, pode-se afirmar que as Casas mobilizam as indicações para articular diferentes estratégias de maximização de ganhos políticos. Com relação à primeira hipótese, com base na análise de 6.091 indicações, ficou claro que os deputados de fato usam frequentemente as indicações para propor medidas do tipo distributivo-concentrado com o propósito de carrear recursos para seus redutos eleitorais. Quanto aos senadores, o comportamento revelado é apenas parcialmente convergente com a literatura: eles preferem medidas distributivas, mas não miram diretamente as localidades, e sim – com maior frequência que os deputados – os estados, segmentos sociais não territorializados e mesmo toda a sociedade. O volume de indicações simultaneamente *distributivas* e *de impacto concentrado* é exíguo: 2%, frente a 47,3% da Câmara.

Dado o reduzido volume da produção dos senadores individuais (227), não é possível tirar conclusões muito robustas sobre o potencial das indicações para fomentar o clientelismo no Senado. É possível que essa tendência se reverta com a produção de um volume maior de indicações em futuras legislaturas, o que poderá implicar aprendizado e redefinição de posturas. Porém, o resultado observado não é de todo estranho, visto que os senadores são eleitos por regras distintas, têm funções diferentes no sistema político nacional e suas atribuições são relacionadas a aspectos específicos do pacto federativo que

podem induzi-los a outras estratégias para ganhos políticos. Tais estratégias envolvem, não as localidades, mas outras clivagens politicamente relevantes, como as unidades da federação, os setores sociais não territoriais ou mesmo toda a sociedade. Os dados apontam nesse sentido.

Quanto à segunda hipótese, as diferenças manifestaram-se de forma mais contundente e houve problemas metodológicos relacionados ao teste. Na Câmara dos Deputados, os governistas mostraram-se mais propensos à apresentação de indicações, o que não se deu no Senado. Pode-se pensar que as divergências se devam às posições de cada Casa em relação às instituições do sistema político federativo, mas há também a questão das características da variável dependente – número de indicações por parlamentar –, que não configura uma distribuição normal em termos estatísticos. Grande parte dos parlamentares apresentou um número comedido de indicações durante a Legislatura – algumas unidades –, ao passo que outros apresentaram centenas (na Câmara) ou dezenas (no Senado). No caso da Câmara, o fato de o maior *outlier* ser governista converge para a hipótese de que aliados tendem a propor mais (e tendem mais ao comportamento desviante); no caso do Senado, no entanto, a maior *outlier* era oposição ao governo, contrariando as expectativas do estudo. Pode-se cogitar de que o desempenho menos intenso dos governistas no Senado se deva ao seu número na Casa: quatro dos dez partidos do *Centrão* não contavam com senadores na 56ª Legislatura – estava ausente inclusive o PTB, partido aliado que mais apresentou indicações entre os deputados. Esse pode ser um dos motivos das diferenças entre as Casas quanto à apresentação de indicações, mas certamente resta muito por explicar.

Ressalte-se, por fim, o que pode ser o maior achado desta pesquisa: a *reduzida dedicação dos senadores às indicações* em geral e às *distributivas-locais* em particular. Caso o desempenho dos senadores na atual e nas próximas legislaturas confirme essa importante distinção entre o Senado e a Câmara, ter-se-á uma promissora frente de pesquisa à qual se dedicar. Afinal, quais seriam as justificativas práticas ou lógico-teóricas que resultam em comportamentos tão díspares dos senadores (em relação aos deputados) com respeito à produção de medidas clientelistas pela via das indicações? O lugar da Câmara Alta no sistema político nacional – com presidencialismo centralista, federalismo robusto e bicameralismo forte – poderia explicar o fenômeno? A isso somente o tempo e futuras pesquisas poderão responder.

Referências

AMORIM NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. A produção legislativa do Congresso: entre a paróquia e a nação. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2002. p. 91-139. (Humanitas, 84).

_____. O segredo ineficiente revisto: o que propõem e o que aprovam os deputados brasileiros. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, p. 661-698, 2003. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582003000400002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/3kF5dZ7FBvZz8mK5bxD56m/>. Acesso em: 8 nov. 2023.

ARAÚJO, Paulo Magalhães. A Câmara Alta no presidencialismo brasileiro: o desempenho legislativo do Senado entre 1989-2000. In: LEMOS, Leany Barreiro de S. (org.). *O Senado Federal brasileiro no pós-constituente*. Brasília, DF: Senado Federal, Unilegis, 2008. p. 203-236. (Edições Unilegis de Ciência Política, v. 4). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/180410>. Acesso em: 8 nov. 2023.

_____. Bicameralismo, perfil das elites e trajetórias políticas dos parlamentares federais no Brasil (1983-2019). *E-Legis – Revista Eletrônica do Programa de Pós-graduação da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, v. 14, n. 34, p. 102-127, 2021.

_____. *O bicameralismo no Brasil: as bases institucionais e políticas do desempenho legislativo do Senado Federal (1989-2004)*. 2009. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUBD-89HJ9T>. Acesso em: 8 nov. 2023.

_____. Pandemia e produção legislativa: as indicações na Câmara dos Deputados. *E-Legis – Revista Eletrônica do Programa de Pós-graduação da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, v. 15, n. 38, p. 289-313, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/40921>. Acesso em: 8 nov. 2023.

_____. Produção legislativa e mediação política: as indicações na Câmara dos Deputados. *Opinião Pública*, Campinas, v. 29, n. 2, p. 469-504, maio/ago. 2023. DOI: <https://doi.org/http://doi.org/10.1590/1807-01912023292469>. Disponível em: https://www.cesop.unicamp.br/por/opiniao_publica/artigo/764. Acesso em: 8 nov. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Indicação nº 333, de 2019*. Sugere a instalação de campus da Universidade Federal do Maranhão no Município de Barra do Corda, no Estado do Maranhão. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196602>. Acesso em: 8 nov. 2023.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 nov. 2023.

_____. Senado Federal. *Indicação nº 10, de 2020*. Sugere ao Poder Executivo Federal a apresentação de projeto de lei para instituir o Programa Bolsa Universitária. Brasília, DF: Senado Federal, 2020a. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140988>. Acesso em: 8 nov. 2023.

_____. Senado Federal. *Indicação nº 12, de 2021*. Sugere ao Ministro da Cidadania a implementação de aumento na base de beneficiários do programa Bolsa Família como resposta assistencial estratégica aos problemas. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/147456>. Acesso em: 8 nov. 2023.

_____. Senado Federal. *Indicação nº 17, de 2022*. Sugere ao Ministro de Estado da Educação a implementação de programa nacional de concessão de bolsas de estudos, na educação básica, para crianças oriundas de famílias de baixa renda. Brasília, DF: Senado Federal, 2022a. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/cidadania/visualizacaomateria?id=152699>. Acesso em: 8 nov. 2023.

_____. Senado Federal. *Indicação nº 32, de 2020*. Sugere ao Ministro de Estado da Saúde a elaboração de plano emergencial para proteger as pessoas com deficiência durante a situação de emergência de saúde internacional decorrente da Covid-19. Brasília, DF: Senado Federal, 2020b. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/cidadania/visualizacaomateria?id=141799>. Acesso em: 8 nov. 2023.

_____. Senado Federal. *Indicação nº 40, de 2020*. Sugere, ao Ministro da Educação, Sr. Abraham Weintraub, a prorrogação das inscrições do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) durante a pandemia do novo coronavírus. Brasília, DF: Senado Federal, 2020c. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/cidadania/visualizacaomateria?id=142081>. Acesso em: 8 nov. 2023.

_____. Senado Federal. *Indicação nº 54, de 2022*. Sugere ao Ministro de Estado do Trabalho e Previdência a retomada da obra para construção da Unidade do INSS no município de Simão Dias, em Sergipe. Brasília, DF: Senado Federal, 2022b. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=154564>. Acesso em: 8 nov. 2023.

_____. Senado Federal. *Parecer [ao Projeto de Resolução do Senado nº 9, de 2015]*. Brasília, DF: Senado Federal, 2019b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7961031>. Acesso em: 8 nov. 2023.

_____. Senado Federal. *Projeto de Resolução do Senado nº 9, de 2015*. Altera o Regimento Interno do Senado Federal para estabelecer novo procedimento para a proposição Indicação. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119851>. Acesso em: 8 nov. 2023.

_____. Senado Federal. *Resolução nº 93, de 1970*. Dá nova redação ao Regimento Interno do Senado Federal. Brasília, DF: Senado Federal, [2023b]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>. Acesso em: 8 nov. 2023.

D'ÁVILA FILHO, Paulo M. Assimetria e trocas políticas locais: apontamentos preliminares de uma pesquisa sobre produção legislativa e dinâmica política municipal. *Desigualdade & Diversidade – Revista de Ciências Sociais da PUC-Rio*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 79-94, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://desigualdadediversidade.soc.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=34&sid=9>. Acesso em: 8 nov. 2023.

D'ÁVILA FILHO, Paulo M.; LIMA, Paulo Cesar G. de Cerqueira; JORGE, Vladimir Lombardo. Indicação e intermediação de interesses: uma análise da conexão eleitoral na cidade do Rio de Janeiro, 2001-2004. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 22, n. 49, p. 39-60, mar. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782014000100003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/Fwb4fqz4CYM7Vvc8qt9gwpN/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 8 nov. 2023.

FENNO JUNIOR, Richard F. U.S. House members in their constituencies: an exploration. *American Political Science Review*, [s. l.], v. 71, n. 3, p. 883-917, Sept. 1977. DOI: <https://doi.org/10.2307/1960097>.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV: Fapesp, 2001.

_____. Incentivos eleitorais, partidos e política orçamentária. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 2, p. 303-344, 2002. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582002000200005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/tFqDPSbVfHfXfkt8WmGMTjD/>. Acesso em: 8 nov. 2023.

_____. *Política orçamentária no presidencialismo de coalizão*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2008.

GERSHON, Debora; CANELLO, Júlio. Ciências sociais articuladas – O Centrão na Câmara e o governo Bolsonaro. *Observatório do Legislativo Brasileiro: OLB*, [s. l.], 8 mar. 2022. Disponível em: <https://olb.org.br/ciencias-sociais-articuladas-o-centrao-na-camara-e-o-governo-bolsonaro/>. Acesso em: 8 nov. 2023.

LEMONS, Leany Barreiro de S. O Congresso brasileiro e a distribuição de benefícios sociais no período 1988-1994: uma análise distributivista. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 3, p. 561-605, 2001. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582001000300004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/Tf8zj4jxQWssTwwjRw7PTSq/?lang=pt>. Acesso em: 8 nov. 2023.

LEONI, Eduardo; PEREIRA, Carlos; RENNÓ, Lúcio. Estratégias para sobreviver politicamente: escolhas de carreiras na Câmara de Deputados do Brasil. *Opinião Pública*, Campinas, v. 9, n. 1, p. 44-67, maio 2003. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-62762003000100002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/8rN4mwqvyXjdqmFZszzrGjQ/?lang=pt>. Acesso em: 8 nov. 2023.

MAYHEW, David R. *Congress: the electoral connection*. New Haven: Yale University Press, 1974. (Yale Studies in Political Science, 26).

MEIRELES, Fernando. Carreiras políticas na Câmara dos Deputados: uma análise quase-experimental. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 62, n. 4, p. 1-38, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/001152582019194>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/g76FD6prXVnWlrJTCmLPxJq/?lang=pt>. Acesso em: 8 nov. 2023.

NICOLAU, Jairo. O sistema eleitoral de lista aberta no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 4, p. 689-720, 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582006000400002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/Mm8QL3xjPYBMN4bhGQWypLS/>. Acesso em: 8 nov. 2023.

_____. *Sistemas eleitorais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2012.

RICCI, Paolo. A produção legislativa de iniciativa parlamentar no Congresso brasileiro: diferenças e similaridades entre a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. In: LEMOS, Leany Barreiro de S. (org.). *O Senado Federal brasileiro no pós-constituinte*. Brasília, DF: Senado Federal, Unilegis, 2008. p. 237-271. (Edições Unilegis de Ciência Política, v. 4). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/180410>. Acesso em: 8 nov. 2023.

_____. O conteúdo da produção legislativa brasileira: leis nacionais ou políticas paroquiais? *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, p. 699-734, 2003. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582003000400003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/XvdskJt4Zyh6BTZpRRXFnd/>. Acesso em: 8 nov. 2023.

SANTOS, Fabiano. *O Poder Legislativo no presidencialismo de coalizão*. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

_____. Patronagem e poder de agenda na política brasileira. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, 1997. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0011-52581997000300007>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/YqfTXZBPQ3XPcXQ7yRV48WF/>. Acesso em: 8 nov. 2023.

_____. *Teoria de decisões legislativas: microfundamentos do clientelismo político no Brasil*. 1994. Tese (Doutorado em Ciência Política) – IUPERJ, Rio de Janeiro, 1994.

SIMÕES, Jessica Kamille Cruz. *Conexão eleitoral e comportamento parlamentar: um estudo a partir da Assembleia Legislativa do Espírito Santo entre 1999 e 2010*. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufes.br/handle/10/10732>. Acesso em: 8 nov. 2023.

Licenciamento

Trabalho sob licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

O Senado na Constituição de 1934: uma análise do surgimento do instituto da coordenação dos Poderes

The Senate in the 1934 Constitution: an analysis of the emergence of the institute of coordination of Powers

Nelson Juliano Cardoso Matos¹

Carlos Alberto da Silva Moura Júnior²

Resumo

Este trabalho tem o fim de verificar como se deu o processo político-constitucional que desaguou na Constituição de 1934 e que atribuiu ao Senado a função de coordenar os Poderes. Objetiva, desse modo, responder ao seguinte questionamento: o que fez surgir a alternativa constitucional de conferir ao Senado essa função de coordenação dos Poderes? Põe-se em exame quem foi o autor intelectual, qual fonte teórica subsidiou a escolha e como o debate político naquele contexto interferiu na configuração do instituto. A metodologia utilizada consistiu numa pesquisa bibliográfica de revisão de literatura e, principalmente, documental, baseada nas atas da Comissão do Itamaraty, bem como nos anais da Assembleia Nacional Constituinte. Concluiu-se que o instituto representou uma alternativa conciliadora, apresentada por Juarez Távora e inspirada na obra de Alberto Torres, para garantir a manutenção do Senado no novo regime.

Palavras-chave: “Poder Coordenador”; Senado; Constituição de 1934.

Abstract

The purpose of this paper is to verify how the political-constitutional process that assigned the Senate the role of coordinating powers in the Federal Constitution of 1934 came about. It seeks to answer the following question: what factors led to the constitutional alternative of conferring on the Senate the role of coordinating powers? It examines who

¹ Nelson Juliano Cardoso Matos é doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professor associado do Departamento de Ciências Jurídicas e coordenador do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí, Teresina, PI, Brasil. E-mail: nelsonmatos@ufpi.edu.br

² Carlos Alberto da Silva Moura Júnior é mestre em Direito pela Universidade Federal do Piauí, Teresina, PI, Brasil; diretor da Escola de Governo do Estado do Piauí, Teresina, PI, Brasil. E-mail: carlos.as.jus.jr@gmail.com

was the intellectual author, which theoretical source subsidized the choice and how the political debate of the context of the time interfered in the final format of the institute. The methodology used consisted of a bibliographical research review of literature and, mainly, documentary, based on the minutes of the Itamaraty Commission, as well as the annals of the Constituent National Assembly. It was concluded that the institute represented a conciliatory alternative presented by Juarez Távora and inspired by the work of Alberto Torres, to guarantee the maintenance of the Senate in the new regime.

Keywords: “Coordinating Power”; Senate; Constitution of 1934.

Recebido em 4/8/23

Aprovado em 1/12/23

Como citar este artigo: ABNT³ e APA⁴

1 Introdução

Em meio à heterogeneidade de ideais contrapostos na Assembleia Nacional Constituinte de 1933-1934 (ANC), havia apenas um consenso: a ruptura com o regime anterior; e, por conseguinte, a busca da solução para seus antigos problemas. Entre os principais figuravam a Administração Pública ineficiente e a questão federalista. Direta ou indiretamente, o Senado estava relacionado com ambos; não por acaso, suas funções e seu destino estiveram entre os temas principais nas discussões da ANC.

Num cenário de efervescência política que emergia da Revolução de 1930, seguida da chamada “revolução constitucionalista” de 1932, havia um claro embate entre os estados que tradicionalmente se beneficiaram da “política do café com leite”, e do regime descentralizado da Primeira República (1889-1930), e os representantes do novo regime, bem como dos membros dos estados que padeceram na ausência de um governo central forte que equilibrasse a balança em nível nacional. Esse contexto resultou na tentativa de deslocar o Senado – de forma singular na história constitucional brasileira –, do seu papel

³ MATOS, Nelson Juliano Cardoso; MOURA JÚNIOR, Carlos Alberto da Silva. O Senado na Constituição de 1934: uma análise do surgimento do instituto da coordenação dos Poderes. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 61, n. 241, p. 95-114, jan./mar. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p95

⁴ Matos, N. J. C., & Moura, C. A. da S., Jr. (2024). O Senado na Constituição de 1934: uma análise do surgimento do instituto da coordenação dos Poderes. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, 61(241), 95-114. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p95

tradicional no Poder Legislativo, no qual era visto como uma força conservadora, para o de coordenador dos Poderes.

O objetivo geral do presente trabalho consiste em analisar o processo histórico e político que levou a essa solução, de modo a resolver o seguinte problema de pesquisa: o que fez surgir a alternativa constitucional de conferir ao Senado o papel de coordenar os Poderes? Para chegar a essa resposta, examinaram-se as seguintes questões: qual era a solução inicial apresentada pela Comissão do Itamaraty, como essa proposta inicial evoluiu ao longo dos debates da ANC, quem foi o autor intelectual dessa transfiguração do papel do Senado, que fonte teórica subsidiou a escolha e como interferiu na formatação do instituto o debate político daquele contexto.

Para isso, partiu-se da análise do *Anteprojeto do Itamaraty*, que sinalizou a supressão do Senado e o resgate de conselhos técnicos previstos no período imperial. Em seguida, examina-se a forma como a discussão federalista fez retornar a figura do Senado sob outra denominação e com alterações nas atribuições. Por fim, demonstra-se que, para que o texto pudesse avançar, optou-se por uma alternativa conciliadora com esteio na proposta de Juarez Távora, que, bebendo na fonte de Alberto Torres, apresentou o conceito de *coordenação dos Poderes*.

A metodologia utilizada no presente trabalho é predominantemente de uma pesquisa bibliográfica de revisão de literatura e, principalmente, documental, baseada nas atas da Comissão do Itamaraty, bem como nos anais da ANC e em obras da época que analisaram as mudanças institucionais que ocorriam.

A presente pesquisa mostra-se fundamental, seja para resgatar o histórico do Senado, de modo a compreender sua evolução do ponto de vista estrutural e político, seja para ressaltar um período de pouca criatividade para enfrentar velhos problemas nacionais.

2 O *Anteprojeto do Itamaraty* e a supressão do Senado

2.1 A atmosfera política que recobria a ANC

Após a Revolução de 1930, Getúlio Vargas prolongou-se no poder (num governo inicialmente provisório), o que gerou descontentamento dos que exigiam a imediata reconstitucionalização do País e resultou em São Paulo na “revolução constitucionalista” de 1932. Pressionado, Vargas definiu em 14/5/1932 a realização das eleições à ANC e, no mesmo decreto, criou a comissão constitucional para a elaboração do Anteprojeto de Constituição a ser enviado para a discussão no plenário. Todavia, a ANC só foi instalada três anos após a mudança de regime, em 15/11/1933.

Esse atraso demonstra bem a tensão que predominava no cenário político, sintetizada nas palavras de Otávio Mangabeira (*apud* Bonavides; Andrade, 1989, p. 280): “Só o Brasil deu ao continente o espetáculo de necessitar de mais de três anos para que pudesse reunir

a sua Constituinte. Só o Brasil passou pelo desgosto de ver derramado o sangue dos seus filhos pela causa da volta do país ao primado da lei”.

O panorama não mudou com o início dos trabalhos da ANC, que laborou sob a coação do governo central desde sua instituição até a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil em 16 de julho de 1934. Teve ainda que conviver com uma ameaça indubitavelmente maior, a de sua dissolução. O Governo Provisório adotou inúmeras medidas para influir ao máximo na ANC, como a de ter partido dele o regimento da ANC e a criação de uma comissão para elaborar o anteprojeto com membros nomeados pelo Poder central, bem como a de ter dado a todos os ministros do governo provisório o direito de participar da ANC. Preparada “em plena treva”, nas palavras de Mangabeira, a ANC não conseguiu evitar que esse contexto sombrio estendesse seus efeitos ao processo de elaboração do texto constitucional.

Não bastassem as ameaças exteriores, a ANC ainda se deparava com dificuldades internas. O movimento revolucionário de 1930 tinha composição heterogênea; nele estavam representadas oligarquias dissidentes (Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Paraíba), oposições estaduais, facções liberais de classe média e reformistas radicais de tendência nacionalista (Saes, 2011). Esclarece Poletti (2012, p. 18) que havia uma variação grande de tendências,

em cujo leito desaguavam correntes partidas de pontos opostos, em cujo bojo se abrigavam os interesses mais antagônicos, em cujas fileiras se atropelavam ideias mais adversas numa escala cromática, que se distendia do vermelho das reivindicações marxistas ao negro da reação clerical.

Seria, portanto, uma tarefa árdua conciliar os mais variados interesses, e muitas vezes contrapostos, para a formulação do texto constitucional. É nesse sentido o posicionamento de Marinho (1987, p. 19): “A Constituição não poderia exprimir, em consequência, unidade perfeita, nem travamento inabalável, ou avanço pleno na renovação de idéias e instituições. Circunstâncias e riscos aconselhavam coerência sem irredutibilidade e transformações cautelosas”. De acordo com Machado (1937, p. 129-130),

[n]ão é de espantar que, trabalhada por idéias e paixões antagônicas, ameaçada abertamente de dissolução por um golpe militar, urgida pela opinião que anceava pelo retorno imediato ao regime da lei, a constituinte haja realizado uma obra muito distante da perfeição. Assombro é que, em circunstancias tão desfavoráveis, tenha conseguido levá-la a termo; e que não sejam mais numerosas e mais graves as imperfeições que apresenta, de ordem técnica e de ordem política. A maioria dessas imperfeições veio da necessidade, em que se viram os elementos moderados, de transigir em certos pontos, para evitar maiores malefícios.

Tal contexto não deixaria de repercutir na promoção do Senado ao posto de “Poder Coordenador”. Como enfatiza Machado (1937, p. 128), “[foi] nessa atmosfera de confusão e balbúrdia que se organizou o ante-projeto do Itamarati”.

2.2 O desafio da questão federalista

O federalismo no Brasil surgiu com a primeira Constituição republicana em 1891. Como quase tudo naquele texto, teve grande contribuição de Rui Barbosa, que buscou no modelo norte-americano as bases do federalismo nacional. Embora se inspirasse na configuração da Constituição dos EUA, não foi uma simples cópia daquele sistema, pois ocorreram debates prévios (Souza, 2005, p. 107) motivados pelo desejo das antigas províncias que vislumbravam na forma federalista a solução para instrumentalizar a autonomia tão almejada. Com efeito, a Constituição de 1891 deu especial importância a dois pontos: a autonomia econômica e financeira dos estados e a perpetuidade e indissolubilidade da União. Dessa forma, nenhum dos dois princípios poderia ser suprimido, nem mesmo por emenda constitucional (Bastos, 1999, p. 108).

Conforme o desejo das elites locais, os estados nasciam com uma grande margem de competências, seja pela cláusula que lhes facultava regerem-se por Constituições e leis próprias, seja pela disposição que lhes atribuía qualquer poder ou direito que não estivesse expressa ou implicitamente vedado pela Constituição. Por outro lado, ela conferia ao poder central o poder de intervir nos negócios particulares dos estados, suplantando sua autonomia, sempre que fosse necessário para afastar ameaça estrangeira ou de um estado em outro, manter a forma republicana e federativa, restabelecer a ordem e a tranquilidade nos estados à requisição dos respectivos governos e assegurar a execução das leis e das sentenças federais (Bastos, 1999, p. 108).

A despeito de a sobrevivência do instituto da intervenção federal manter viva a possibilidade de interferência da União nos estados, o certo é que eles passaram – alguns muito mais que outros – a ter autonomia suficiente para influenciar, de forma muito mais ativa, nos rumos políticos e econômicos do País. Na Primeira República, o federalismo configurou-se por uma acomodação dos estados aos interesses regionais, não se ajustando, desse modo, à realidade nacional. Assim, os estados pobres tornaram-se reféns de uma política dos governadores das principais oligarquias do País à época, as de Minas Gerais e São Paulo.

A República Velha ficou marcada pela concentração de recursos em poucos estados e pela descentralização que gerou a formação de estados “ultrafederados” ante a possibilidade de atuação destes de forma independente da União. O processo de dominação de alguns poucos estados sobre os demais não era uma descentralização de fato, política e administrativa, mas uma centralização oligárquica (Cabral, 2011, p. 15), visto que apenas os grandes estados, por meio de suas oligarquias locais, desfrutavam de verdadeira autonomia, a ponto de não raras vezes ofuscar o poder do governo central. Aos poucos, foi-se formando um consenso sobre as incongruências do antigo modelo; porém, era grande a

divergência quanto a sua causa, o que ensejou uma grande discussão na ANC entre 1933 e 1934, na qual irromperam desde as propostas mais radicais de mudança até as mais conservadoras tentativas de manutenção do *status quo*.

O descontentamento com o predomínio das oligarquias locais e com a política dos governadores levou ao movimento de 1930, e os anos que se seguiram foram de efervescência política. Os membros das antigas oligarquias pressionavam o governo central pela imediata reconstitucionalização; e, mesmo dentro da própria Aliança Liberal, que se sagrara vitoriosa, havia grande divergência com relação aos rumos do Governo Provisório. Os membros das oligarquias dissidentes desejavam a imediata redemocratização, ao passo que os tenentes acreditavam que não se haviam derrubado por completo os pilares do regime anterior e, por isso, defendiam o prolongamento do Governo Provisório (Pandolfi, 2003, p. 2).

Logo se formaram dois grupos bem definidos com posições opostas em relação ao modelo federalista que deveria ser adotado. De um lado, os tenentes – inspirados no pensamento de autores como Oliveira Vianna e Alberto Torres (que propunham um governo forte e partidário), juntamente com os estados do Norte e Nordeste (que tinham sido desfavorecidos pelo federalismo da Primeira República) – defendiam um Estado mais intervencionista e centralizador; de outro lado, os estados mais fortes (oligarquias regionais) buscavam limitar os poderes da União e conquistar mais autonomia (Pandolfi, 2003, p. 2).

Apesar das divergências ideológicas, o foco principal da Revolução de 1930 não era outro senão a ruptura com o antigo modelo; para isso, era necessário desarticular as oligarquias locais. O poder central, então, nomeou interventores, que, embora fossem naturais dos estados, não tinham fortes raízes partidárias (Cabral, 2010, p. 123). Esse mecanismo de descentralização burocrática afastava os “políticos profissionais” do poder e mitigava a influência dos estados. A burocratização do aparato administrativo foi utilizada para possibilitar o controle do Poder central sobre as esferas estratégicas da economia. Entre os mecanismos utilizados pelo governo provisório podem-se citar: a) a regulação do trabalho e do capital por meio da sindicalização; b) a criação da Justiça do Trabalho como órgão administrativo ligado ao Poder Executivo; e c) a criação do Departamento de Administração do Serviço Público (Cabral, 2010, p. 123).

Pressionado pelos revoltosos de 1932, Getúlio Vargas teve que proceder ao retorno do País ao constitucionalismo. Assim, para a sobrevivência dos ideais que o levaram ao poder, era necessário institucionalizar as mudanças efetivadas durante o Governo Provisório. Com esse fim, constituiu uma comissão responsável por elaborar um anteprojeto de Constituição, que mais tarde viria a ser conhecido como *Anteprojeto do Itamaraty*.

Em sua elaboração três pontos seriam cruciais para adotar a nova forma de federalismo: a autonomia dos estados, a manutenção (ou não) do bicameralismo e a atribuição de competências tributárias aos entes federados (Cabral, 2010, p. 124). Problema antigo a ser enfrentado pela Comissão Constitucional – mais precisamente pela Subcomissão do Itamaraty encarregada do anteprojeto e, posteriormente, pela ANC – foi a questão

federalista. Desde sua adoção, a forma que a federação deveria ter foi tema recorrente em debates (Poletti, 2012, p. 19).

Ao enfrentar o problema da forma federalista anterior, os integrantes da Comissão do Itamaraty demonstraram clara preocupação com a forma como alguns poucos estados conseguiam tomar as rédeas da vida política e econômica do Brasil à revelia do restante do País. Durante a quarta sessão da Subcomissão Constitucional, Oswaldo Aranha (*apud* Azevedo, 2004, p. 518) assim se posicionou sobre o tema:

A verdade é que, no equilíbrio da influencia dos Estados, na vida legislativa e politica do paiz, reside o grande segredo da Federação Brasileira; pois, todos os males constatados na nossa organização advieram em grande parte de não ser nunca o Brasil governado pelos representantes dos Estados pequenos.

Um dos defensores de um poder central mais forte em detrimento da autonomia dos estados, Oliveira Vianna destacava-se pelo posicionamento mais radical. Para ele, o federalismo representaria apenas uma forma especial de descentralização; desse modo, negava quaisquer direitos privativos dos estados em face da União e reconhecia-lhes tão somente o que a União lhes concedia para o fim da gestão local. E concluía que nenhum estado poderia invocar sua autonomia para obstar que a União pudesse realizar dentro do seu território um interesse de caráter nacional, pois, em síntese, “não há direitos contra a nação” (Azevedo, 2004, p. 34-35).

Na Primeira República havia uma federação que não se adequava à realidade do País, fazendo com que os estados mais pobres se tornassem reféns de uma política de governadores a privilegiar determinadas oligarquias locais. Havia uma forma de descentralização dos estados membros que, entretanto, na prática configurava não propriamente uma descentralização político-administrativa, mas uma centralização oligárquica em que eram hegemônicos Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo (Cabral, 2011, p. 15).

Havia consenso quanto às incongruências do sistema federativo do regime anterior; por outro lado, divergia-se muito quanto à causa. Alguns acusavam as ingerências do Executivo nos demais Poderes, outros defendiam o sistema parlamentar de governo como mais adequado às características nacionais, e também havia os que defendiam que o problema da experiência federalista estava na separação de Poderes (Pandolfi, 2003, p. 2).

Sem causar nenhuma estranheza, o Senado, como órgão de representação dos estados, figurou obrigatoriamente nos debates que trataram da questão federalista, não só nas sessões que deram origem ao *Anteprojeto do Itamaraty* como obviamente em todas as discussões que sucederam até a promulgação da Constituição de 1934. A questão federalista tornar-se-ia um dos principais fatores para a configuração do Senado como “Poder Coordenador”.

2.3 Supressão do Senado e a criação do Conselho Supremo

O advento da Revolução de 1930 exigia a reconfiguração da estrutura do Estado, e a ruptura com o regime anterior repercutiria no *Anteprojeto* em vários de seus dispositivos, entre os quais se destacam a supressão do Senado e a criação de um órgão técnico denominado *Conselho Nacional*, *Conselho de Estado*, entre outras propostas de designação, até se chamar *Conselho Supremo*.

Seguindo a tendência de reestruturação, uma inovação quase unânime era a adoção do modelo legislativo unicameral. O Senado era visto como um dos símbolos do regime precedente, motivo por que raras eram as bancadas que não propunham a extinção da Câmara Alta. Entre as principais acusações estavam a subserviência ao chefe do Executivo e as fraudes no processo eleitoral (Machado, 1937, p. 130-131).

O único empecilho à supressão da Câmara Alta era o efeito disso no processo legislativo e na federação. O temor com os rumos da federação é bem evidente nas palavras de Prudente de Moraes (*apud* Azevedo, 2004, p. 66) durante a quinta sessão da Subcomissão Constitucional em 28/11/1932: “O que seria de receber, com a eliminação do Senado, dada a representação proporcional na assembléa unica, era o perigo de os grandes Estados, em menor numero, se juntarem para contrariar legítimos interesses ou aspirações dos pequenos Estados que são em maior numero”.

Tal obstáculo sucumbiria diante da inserção no *Anteprojeto* de um Conselho de ordem técnica que, no entender da comissão constitucional, supriria com vantagens as lacunas deixadas pela extinção do Senado. Carlos Maximiliano (*apud* Azevedo, 2004, p. 67) foi o responsável por apontar as vantagens da substituição para o processo legislativo:

Era essa a unica utilidade, realmente grande do Senado. Ella fundamentava a conhecida opinião de Washington, na sua celebre discussão com Jefferson, patidario da camara unica de que o Senado seria o pires para resfriar as paixões da chicara. Entretanto, creado o Conselho Nacional, essa desejavel mediação se dará por meio dele, ao organizar os projectos e ao aprovar discussões preliminares, sómente depois do que irão os projectos à Assembléa; [...]. De maneira que, no momento actual, preferiria não suprimir o Senado, mas substitui-lo pelo Conselho Nacional. Naturalmente não lhe daria as mesmas funções; em todo o caso seria sempre um elemento de colaboração, e de organização muito mais efficiente, porque essencialmente technico e composto de homens superiores e competentes.

No ambiente político prevalecia o entendimento de que um dos maiores problemas do Brasil estava na Administração Pública. Por essa razão, tendia-se à racionalização administrativa, fenômeno que se daria pela inserção de um órgão técnico na cúpula administrativa do País. Essa nova figura teria sido inspirada num projeto de 1910 (de um deputado por São Paulo, Arnolpho Azevedo), o qual criava um órgão técnico – denominado *Conselho Federal* –,

a fim de deliberar mediante consulta aos Poderes Públicos sobre assuntos políticos e administrativos. Com as sugestões de Prudente de Moraes na tramitação do anteprojeto, esse Conselho recebeu características semelhantes às do antigo Conselho de Estado do Império conforme se verifica na ata da 42ª sessão da Subcomissão (*apud* Azevedo, 2004, p. 843):

o dr. Prudente de Moraes indicava a natureza desse órgão político, que se pretende criar. Seria um órgão técnico-consultivo e deliberativo, com funções políticas, administrativas e contenciosas⁵, auxiliando a administração com seu saber e experiência por meio de pareceres e consultas e deliberações sobre assumptos, cuja competência lhe seria fixada na Constituição. [...] Dessa parte em diante, as sugestões do sr. Prudente de Moraes obedeciam á organização do antigo Conselho de Estado, creado, como se sabe, pelo primeiro imperador, um anno antes da independencia.

Em que pese o fato de o novo órgão não ter surgido com a finalidade primeira de servir de sucedâneo ao Senado, foi por meio dele que o *Anteprojeto* preencheu o vazio deixado na organização federativa após a extinção da Câmara Alta. A ideia era simples: cada estado passaria a ter um representante no Conselho Supremo (Azevedo, 2004, p. 845). Assim se daria a sua composição:

Art. 67. Fica instituído, na Capital da União, o Conselho Supremo, composto de 35 Conselheiros efetivos, e mais tantos extraordinários quantos forem os cidadãos sobreviventes, depois de haverem exercido por mais de três anos a presidência da República. [...]

§ 3º Os Conselheiros efetivos serão escolhidos:

- a) vinte e um sendo um por Estado e um pelo Distrito Federal, mediante eleição pela Assembléia Legislativa local;
- b) três, por eleição de segundo grau, pelos delegados das Universidades da República, oficiais ou reconhecidas pela União;
- c) cinco, representantes dos interesses sociais de ordem administrativa, moral e econômica, por eleição em segundo grau, - designando a lei as entidades a quem incumbe tal representação e o modo da escolha;
- d) seis nomeados pelo Presidente da República em lista de 20 nomes, organizada por uma comissão composta de sete Deputados, eleitos pela Assembléia Nacional, por voto secreto, e sete Ministros, do Supremo Tribunal, eleitos por êste, pela mesma forma.

A solução adicionava no Conselho Supremo uma função estranha a ele, retirando a pureza de um órgão que deveria ser eminentemente técnico; ademais, não solucionava a

⁵ A função contenciosa seria posteriormente retirada do Conselho Supremo, exercida a partir de então exclusivamente pelo Judiciário.

questão federalista. Por conseguinte, não escapou ileso às críticas; com isso, estava dado o primeiro passo na construção do “Poder Coordenador”. Embora a proposta do *Anteprojeto* ainda fosse tímida, dentro da comissão constitucional ficava clara a intenção de um organismo de coordenação. O que se evidencia na declaração de Castro Nunes (*apud* Azevedo, 2004, p. 845), para quem a ausência de um aparelho de coordenação na vida do antigo regime “foi uma das lacunas mais sensíveis”.

Elaborada num contexto peculiar, a Constituição de 1934 teve a mesma proximidade com o sentimento popular que a de 1988; porém, sobressai em originalidade, dando origem a institutos que sobrevivem até hoje e a tantos outros que poderiam ser discutidos atualmente. Poletti (2012, p. 13) distingue esse momento da história constitucional do País do cenário que precedeu a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB):

A grande diferença, porém, reside que em 1930 estávamos prontos para o debate, enquanto agora a discussão sobre a Constituinte sobrepou em muito a temática da própria Constituição. Tanto a Comissão que elaborou o anteprojeto como a Constituinte promulgadora do novo texto constitucional refletem o alto nível das ideias em jogo. Nível não somente intelectual e cultural, como também patriótico. Os temas abordados indicavam fórmulas novas e colocações não ortodoxas. Naquele momento não se poderia dizer, como nos últimos anos, que nossos constitucionalistas estão abraçados com cadáveres de ideias mortas. Em relação a essas novidades da Lei Maior, originária da nossa terceira Constituinte, considerando que elas ainda estão em pauta, é que se pode afirmar, ainda uma vez, a oportunidade do estudo da Constituição de 1934. Afonso Arinos referindo-se aos trabalhos da Comissão, chega a afirmar que “muito do bom e muito do mau da organização política brasileira, desde então até a lei vigente, tem a sua origem nos debates daquela Comissão”.

Assim, percebe-se que a ousadia da Comissão do Itamaraty para mudar – enfrentando forças conservadoras que jamais cogitariam de excluir o Senado da configuração constitucional brasileira – foi fundamental para que nos debates que sucederam surgisse uma alternativa, que acabou conduzindo a Câmara Alta a exercer funções diversas das que tradicionalmente lhe são atribuídas.

3 O substitutivo da Comissão dos 26

3.1 O Conselho Nacional

A Subcomissão Constitucional do Itamaraty já havia enfrentado as principais questões que rodeavam a feitura do texto constitucional. O Governo Provisório não promoveu modificação alguma no *Anteprojeto* e enviou-o de imediato para a análise da ANC (Bonavides; Andrade, 1989, p. 288). Esta, por sua vez, após a primeira discussão apresentou 1.239

emendas ao texto. Foi, então, criada uma comissão encarregada de compilar esse mar de emendas e conciliá-las com os ideais predominantes na ANC para dar forma a um substitutivo. Foi a chamada *Comissão dos 26*, formada por um integrante de cada estado (totalizando 20), mais um pelo Distrito Federal, um pelo território do Acre e quatro representantes de classes profissionais.

Entre as inovações do substitutivo estava a extinção do Conselho Supremo tal como existia, o que se dava principalmente – como se depreende da exposição de Cunha Melo nas discussões da ANC (Annaes da Assembléa Nacional Constituinte, 1936a, v. 10, p. 416-420) – pelo fato de que o Conselho Supremo, por um lado, não resolvia a questão federalista e, por outro, ainda a agravava, pois, com a forma disposta para sua composição, os estados menores ficariam quase sempre sem membros natos no seu quadro. Ademais, as atribuições especializadas seriam mais bem exercidas e de forma menos dispendiosa por conselhos técnicos. O substitutivo propôs a criação de um órgão exclusivamente técnico, o Conselho Nacional, e um ente de representação das unidades federadas, a Câmara dos Estados.

Nos primeiros debates na ANC, a Comissão dos 26 seguiu a tendência de racionalizar a Administração: criou o Conselho Nacional, cuja natureza seria essencialmente técnica, para aperfeiçoar os trabalhos do Executivo e do Legislativo e velar pelo Judiciário. Dispunha o art. 67 da Proposta de Emenda nº 443:

Art. 67. O Conselho Nacional é o supremo auxiliar técnico dos poderes políticos. A êle incumbe velar por uma observancia integral do Direito, progresso e racionalização dos trabalhos legislativos e executivos, moralidade, continuidade e responsabilidade na administração (Annaes da Assembléa Nacional Constituinte, 1935, v. 4, p. 430).

Contornando as críticas feitas ao Conselho Supremo, mantinha-se um órgão técnico na cúpula da Administração, mas retirava-se-lhe o cunho político. Para isso, excluía-se a representação dos estados e a investidura tornaria a ocorrer, por inspiração do que ocorria no Supremo Tribunal Federal (STF), com a indicação dos “mais capazes”, por meio da escolha do presidente que submeteria os nomes à ANC. Tal método era adotado devido à concepção predominante de que seria uma utopia acreditar que o sufrágio universal poderia selecionar a “competência”, a “retidão” e a “independência de caráter”.

O substitutivo dispunha também sobre a descentralização dos Conselhos técnicos, com o fim de auxiliar as principais áreas do governo – conforme as palavras do constituinte Antônio Rodrigues, “um ou mais para cada ministério, de acôrdo com o que dispõe o artigo 83 e seus parágrafos” (Annaes da Assembléa Nacional Constituinte, 1936c, v. 13, p. 22). O Conselho Nacional poderia atuar *ex officio*, e não se previa qualquer responsabilidade para os atos dos seus membros. Essa extravagância da estrutura, juntamente com o retorno de um órgão de representação dos estados, fez diminuir o prestígio do Conselho Nacional na ANC, o que posteriormente inviabilizaria sua sobrevivência.

3.2 A Câmara dos Estados

Em face do conflito de ideologias que clamavam de uma parte pelo fim do Senado e de outra por sua manutenção integral, o substitutivo trouxe uma solução conciliadora e equidistante dos extremos que ao mesmo tempo buscava reconfigurar a estrutura política sem, contudo, desfigurar o equilíbrio federativo (Machado, 1937, p. 143). Essa tentativa desembocou na criação da Câmara dos Estados.

O órgão mantinha as mesmas atribuições administrativas do Senado e tinha a prerrogativa de revisão das leis que tivessem matéria de interesse dos estados. Dessa forma, verifica-se a intenção de atender a uma das críticas mais recorrentes durante a ANC: a de que a entidade representativa das unidades federadas não deveria intervir no processo legislativo indiscriminadamente, mas apenas quando a matéria fosse afeta aos interesses regionais. Deixava, portanto, aos representantes os assuntos que interessassem ao País.

A princípio, a tentativa quase diplomática de criação da Câmara dos Estados teve o apoio da maior parte das bancadas na ANC; entretanto, não tardou que se levantassem vozes para criticá-la e tentar modificar aquela forma enfraquecida e deformada do antigo Senado. Dentre elas, a mais relevante para os rumos da ANC foi a de Juarez Távora (Annaes da Assembléa Nacional Constituinte, 1936b, v. 11, p. 489). A respeito, assim se referia o então ministro da Agricultura:

Particularmente, no tocante ao Poder Legislativo, Senhor Presidente, sou forçado a confessar que a nossa evolução foi para peor, representando, pois, uma involução. Mantivemos a Camara dos Deputados, apenas mudando-lhe o nome para Camara dos Representantes. E mantivemos o Senado da República, transformado em Camara dos Estados, com dois ao invés de três representantes. Diriam os idealistas de 1891 que o Senado era a cúpula, a garantia do sistema federativo, porque êle garantia o equilíbrio das diferentes unidades federadas, no concerto da administração federal, e consagraram, em seu idealismo, que era justo e bom permitir á minoria eleger um terço dessa representação, dando, assim, três senadores aos Estados. Hoje, Sr. Presidente, o Substitutivo cortou um dos três.

Se o *Anteprojeto do Itamaraty* havia sido tímido com relação a um organismo de coordenação dos Poderes, o substitutivo foi quase omissivo. Contudo, as objeções do ministro Juarez Távora e sua proposta ulterior foram determinantes para que figurasse no texto final da Constituição um órgão de controle e equilíbrio entre os Poderes.

4 O nascimento do “Poder Coordenador”

4.1 A origem histórica em Alberto Torres

Alberto Torres (1865-1917) foi uma das grandes personalidades da Primeira República; intelectual de vida política curta, chegou a governar o Rio de Janeiro e a ser ministro do STF (Torres, 1982, p. 24). Sua experiência como ministro do STF e o consequente contato mais próximo com as questões constitucionais fez com que se tornasse um dos principais críticos da Constituição de 1891:

Ao passar, em 31 de dezembro de 1900, o governo da terra fluminense a meu Sucessor, o General Quintino Bocayuva, já não podia ser tão firme – desiludida como fora, pelos fatos – a minha confiança no regime político que havíamos adotado; e quando no decurso de alguns anos de magistratura vim a fazer trato mais íntimo com a Constituição da República, fixou-se em meu espírito a convicção da sua absoluta impraticabilidade (Torres, 1982, p. 8-9).

Em 1914 publicou *A organização nacional*, obra em que materializa suas críticas ao regime e propõe uma revisão constitucional, intenção que fica bem clara no prefácio do livro: “O intuito deste trabalho era indubitavelmente claro: [...] manifestar a convicção, já de antes firmada em meu espírito, da necessidade da revisão constitucional” (Torres, 1982, p. 33).

Porém, Torres (1982) não se limitou à crítica pela crítica: no apêndice da obra propõe uma nova Constituição, resultado de inúmeras alterações no texto da Constituição de 1891. Segundo ele, tais mudanças adequariam o texto constitucional à realidade brasileira; dentre elas, a que mais interessa a este trabalho: a criação do “Poder Coordenador”. Iglésias (1982, p. 29), ao prefaciá-la terceira edição da obra, assim se posiciona sobre a criação:

de organização muito complexa, com um Conselho Nacional de estranha composição, um procurador da União em cada Província, um delegado federal em cada Município, um representante e um preposto da União em cada distrito e quarteirão (art. 57). A existência de um quarto poder não é novidade no Brasil, no Império havia o Poder Moderador. As duas entidades diferem muito, no entanto, embora tenham um fim comum, qual seja sobrepor-se aos demais poderes, como conciliação.

O autor defendia o centralismo político, pois não lhe agradava o regionalismo que lhe parecia predominante no Brasil e que tornava “o país uma constelação de poderes de republiquetas” (Torres, 1982, p. 25). Era também um crítico ferrenho de adaptações de institutos estrangeiros para regular os rumos do País. Desse modo, em *A organização nacional*, Torres (1982) dedicou-se a corrigir os vícios do regime democrático e federalista, adaptando-os à realidade, pois, como afirmava, só assim a nova Constituição teria aplicabilidade. O “Poder

Coordenador” complementar e coroaria suas disposições fortalecendo a ação governamental. Esse quarto Poder seria

um órgão, cuja função será concatenar todos os aparelhos do sistema político, como mandatário de toda Nação – da Nação de hoje, como da de amanhã – perante seus delegados. Não é uma criação arbitrária: é o complemento do regime democrático e federativo, sugerido pela observação de nossa vida e pela experiência das nossas instituições (Torres, 1982, p. 252).

Apesar da audaciosa criação, o ex-ministro do STF não se dedicou à aplicação de suas teses. Aposentou-se ainda cedo e, fora do jogo político, faleceria pouco tempo depois; deixara, porém, um grande legado. Suas ideias tiveram grande repercussão entre os que também criticavam o antigo regime – e, especificamente, no grupo de intelectuais que contribuíram para a institucionalização de uma política nacional tradicionalmente denominada *populista* pela historiografia (Pinto, 2009).

A obra de Alberto Torres também angariou grande prestígio entre os tenentes que simpatizavam com algumas ideias do autor, tais como a limitação da autonomia dos estados e a crítica à adoção de modelos políticos importados. Essa influência do pensamento de Torres entre os tenentes e intelectuais ressoaria nos corredores da ANC. Seu nome foi citado incontáveis vezes nas discussões do plenário. Em 10/11/1932, fundou-se a Sociedade dos Amigos de Alberto Torres no Rio de Janeiro. Entre seus integrantes estava um dos líderes do movimento tenentista, o então ministro da Agricultura Juarez Távora.

4.2 O principal idealizador: Juarez Távora

O movimento político do tenentismo foi um dos principais suportes do governo Vargas. E um dos principais expoentes desse movimento e ao mesmo tempo o principal líder da vertente do tenentismo nacionalista era Juarez Távora (1898-1975), que comandara as forças revolucionárias do Norte e do Nordeste na ascensão de Vargas ao poder (Saes, 2011). Távora era seguidor do pensamento nacionalista, centralizador e antioligárquico de Alberto Torres. Ao mesmo tempo representava o tenentismo e os pequenos estados, dois grupos que defendiam um governo centralizador. Desse modo, motivos não lhe faltavam para defender o centralismo político, e essa influência fez-se notar nos debates da ANC.

A solução da Comissão dos 26 não lhe havia agradado; por essa razão, em dois festejados discursos no plenário da ANC pôs-se a defender, após duras críticas ao formato que o substitutivo havia dado ao Legislativo, a criação do que denominou *Conselho Federal* (Annaes da Assembléa Nacional Constituinte, 1936b, v. 11, p. 487-491, 1936c, v. 13, p. 28-42). Esse conselho era um órgão de coordenação que surgiria da fusão da Câmara dos Estados com o Conselho Nacional – o que, na sua óptica, resolveria de uma só vez tanto o problema administrativo quanto o federalista. Do ponto de vista político, seria dotado das mesmas

atribuições da Câmara dos Estados. E, do ponto de vista administrativo, teria a tarefa de coordenar e disciplinar a atividade administrativa. Ele seria

órgão de supervisão, constituído por um representante de cada unidade federada, escolhido entre os cidadãos com tirocínio administrativo, reconhecida cultura e conhecimento exato dos problemas fundamentais do País – investido de atribuições cumulativamente executivas, legislativas e até judiciárias, delegadas pela soberania do Povo em pé de igualdade com o Presidente da República e os membros da Assembléa Nacional [...]. Sr. Presidente, o Conselho Federal, cuja criação proponho, não é poder executivo, não é poder legislativo, não é poder judiciário. É poder de super-visão, uma verdadeira cúpula do regime, podendo ter, cumulativamente, atribuições legislativas, executivas e até judiciárias, para o fim de coordenar, de controlar os demais poderes (Annaes da Assembléa Nacional Constituinte, 1936b, v. 11, p. 488-491).

Távora reportou-se primeiramente ao que muitos consideravam ser a razão de ambos os problemas: a separação dos Poderes. Assim como a Constituição de 1891, o substitutivo também consagrava o princípio da separação harmônica dos Poderes. A questão, segundo o ministro da agricultura, era que tal harmonia na prática não ocorreria por si só “em virtude da exclusiva sugestão de auto-equilíbrio funcional” (Annaes da Assembléa Nacional Constituinte, 1936b, v. 11, p. 487). Ou seja, a simples disposição de um equilíbrio meramente teórico não impediria o atrito entre os Poderes. Seria necessário para isso que se criasse um mecanismo para efetivar a aplicação prática. De acordo com ele, tal mecanismo seria o *Conselho Federal*.

Composto de um membro por estado, esse órgão configuraria uma soma ou ao menos uma média das opiniões nele representadas igualmente pelos estados, “constituindo-se numa salvaguarda real do equilíbrio federativo” (Annaes da Assembléa Nacional Constituinte, 1936b, v. 11, p. 488). Teria ainda o mandato correspondente a três governanças para que, atravessando vários governos, pudesse sobrepor-se a vaidades e garantir a continuidade dos programas governamentais em desfavor da tendência pela ruptura de planejamento, tão comum na política nacional. Zelaria também pelos escassos recursos do Tesouro.

Por fim, estabeleceu que o Conselho Federal funcionasse juntamente com órgãos especializados – os conselhos técnicos –, que lhe serviriam de órgãos consultivos, o que os tornava uma espécie de “freio às tendências exclusivamente políticas do Conselho Federal” (Annaes da Assembléa Nacional Constituinte, 1936b, v. 11, p. 487). Desse modo, respondia a uma questão que, levantada desde a criação do Poder Moderador no Império, ecoa na atualidade com relação à atuação do STF: quem controla o “Poder Controlador”?

O ministro da Agricultura não havia criado um Poder quase sem limites como se fez no Império: tratara de criar limites para ele. Os conselhos técnicos teriam o poder de, por unanimidade, vetar as decisões do Conselho Federal que julgassem tecnicamente desfavoráveis. Em que pese o brilhantismo da criação, o sistema de limitação do “Poder

Coordenador” não pôde sequer ser colocado à prova, pois a suntuosidade do instituto perdeu-se na transposição da ideia para o texto constitucional.

5 O instituto na nova Constituição

5.1 O texto definitivo

A princípio, o Conselho Federal foi recebido com ressalvas; porém, durante o debate no plenário, respondendo a vários apartes, como os de Levi Carneiro e Odilon Braga, a criação foi ganhando apoio na ANC entre as mais diversas bancadas. Fizeram-se algumas modificações até o texto final, entre elas a que ocorreu na última sessão de discussão de emendas de redação, que restabelecia a denominação *Senado*.

O novo Senado era composto de dois representantes de cada Estado e do Distrito Federal, eleitos mediante sufrágio universal, com mandato de oito anos, renovando-se pela metade a cada eleição da Câmara dos Deputados. Cabia ao Senado promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição e colaborar na feitura das leis.

Foi adotada também uma forma de Poder Legislativo misto. A esse respeito dispunha o art. 22 da Constituição que o “Poder Legislativo é exercido pela Câmara dos Deputados com a colaboração do Senado Federal” (Brasil, [1946]). Logo, não era nem unicameral, nem bicameral. Para corresponder ao novo formato, a Câmara Alta foi deslocada para um título à parte na Constituição, denominado *Coordenadores dos Poderes* (Castro, 1936, p. 310), no qual se encontravam também o Ministério Público, o Tribunal de Contas e os conselhos técnicos. Dentre eles, só o Senado detinha de fato atribuições de coordenação. Relativamente a essa competência, cabia-lhe suspender a execução de leis ou atos considerados inconstitucionais pelo Poder Judiciário⁶ e cancelar dispositivos de regulamentos executivos que lhe parecessem contrários às leis regulamentadas. Odilon Braga (*apud* Castro, 1936, p. 309-310) dá o seguinte diagnóstico de suas atribuições:

Embora sem declaração expressa, concretiza o ideal, sempre por mim fixado, da constituição de um *quarto poder*, de um poder de controle que, em certo momento, chamei de coordenador, relembro órgão semelhante ideado por Alberto Torres, e que mais tarde, com uma composição *sui generis*, quis chamar inspectivo. E o senado que não aparecia no Anteprojeto, que fora rudemente combatido, acabou figurando

⁶ Essa medida supria uma das questões do problema federativo. Ao adotar o modelo norte-americano de controle difuso de constitucionalidade, o Brasil deixou aberta uma lacuna, pois aqui, diferentemente do modelo copiado, não existia o princípio do *stare decisis*, que atribuía força vinculante às decisões dos tribunais. Desse modo, foi necessário criar um mecanismo que obrigasse os estados a seguirem a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores, preenchendo o vazio deixado pela adoção de um mecanismo estranho à nossa cultura jurídica do País.

na Constituição, senão como ramo do Poder Legislativo, sem dúvida em posição mais avantajada, porque colabora com aquele poder, refreia o Executivo e reforça o Judiciário.

Desse modo, o instituto passou a ter uma configuração sem paralelo na história constitucional brasileira. No entanto, a forma remendada por meio da qual surgiu não ficou imune às críticas, seja dos mais técnicos, seja dos mais conservadores, de modo que o dispositivo já nascia enfrentando grandes resistências.

5.2 Natureza do instituto e críticas

Em discursos pronunciados no Senado em agosto de 1936, Alcântara Machado explanou sobre a natureza jurídica do novo Senado e expôs as conclusões obtidas após a experiência prática da Constituição de 1934. Ele colocava em xeque a posição do Senado Federal como Poder à parte, um quarto Poder na configuração do Estado. Aduziu que essa possibilidade esbarrava no próprio texto da Constituição, cujo art. 3º enumerava tão somente três Poderes e não deixava margem alguma a qualquer outro (Machado, 1937, p. 145-147).

Mesmo que não houvesse descrição taxativa no próprio texto constitucional, seria necessário um grande esforço para chamar de *Poder Coordenador* um órgão que tinha apenas as mencionadas duas atribuições de coordenação: suspender leis declaradas inconstitucionais pelo Judiciário e cancelar dispositivos de regulamentos executivos que lhe parecessem contrários às leis. Por conseguinte, não sendo um quarto Poder, em verdade o que representaria? A resposta foi dada nos seguintes termos: “A verdade é que se trata de uma criação singular, única, ímpar, que de boa fé ninguém poderá enquadrar no conceito do poder coordenador, tal qual foi definido por Alberto Torres, que o imaginou” (Castro, 1936, p. 147). Conforme o argumento do senador, não tendo natureza de um quarto e novo Poder, o Senado previsto no texto da Constituição comporia um dos três já existentes. Obviamente, seria o Legislativo, o que desfaria a ideia de uma pretensa grande inovação.

Não há dúvidas de que a descrição do instituto no discurso pomposo de Juarez Távora muito destoa do organismo que foi inserido no texto constitucional. Para um órgão que efetuaria atribuições tão relevantes para a nação, faltaram os correspondentes instrumentos práticos que, limitados a apenas duas funções de coordenação, nem de longe se assemelha ao Conselho Federal imaginado por Juarez Távora, e muito menos à estrutura faraônica do “Poder Coordenador” idealizado por Alberto Torres. Muito criticada foi também a forma mista do processo legislativo adotado por atribuir a um ente estranho ao Poder Legislativo a prerrogativa de influir diretamente, e em pé de igualdade com a Câmara dos Deputados, na feitura de determinadas leis.

6 Conclusão

O *Anteprojeto do Itamaraty* continha os dispositivos mais ousados e inovadores na urdidura da Constituição de 1934. Porém, justamente os seus pontos de ruptura mais bruscos não sobreviveriam à sabatina das discussões do plenário e dariam lugar a posições mais moderadas. Tanto pelas divergências ideológicas presentes na ANC quanto pelo contexto nebuloso de efervescência política e ameaças de dissolução, os constituintes foram obrigados a adotar postura moderada, o que fez o texto final perder bastante do seu caráter inovador, presente nas discussões pré-constitucionais – o que não diminui a grandeza da virada constitucional da década de 1930.

Desse modo, em que pese o contexto conturbado em que foi elaborada, a Constituição de 1934 representa um momento frutífero de discussões que influenciaram imensamente os institutos atuais, deixando um legado significativo. Percebe-se que a criação do “Poder Coordenador” de certa forma foi menos uma proposta técnica estudada em todos os seus detalhes que uma alternativa conciliadora entre ideais contrapostos na ANC – um meio termo na tessitura de acordos e desavenças políticas ao longo da tramitação do texto constitucional. Uma ideia cuja inspiração veio do passado e desabrochou no plenário, imponente e audaciosa; entretanto, em meio à abdicação de ambos os lados, foi deformada e tornou-se impotente e ineficaz.

Entre as principais razões que levaram à criação desse instituto estavam: a) a questão federalista, que no âmbito da representação política tomou o Senado ora como mártir, ora como o messias salvador; b) o velho problema da Administração, que englobaria a má utilização da máquina pública e a tensão entre os três Poderes, em virtude da preponderância do Executivo, ensejando a criação de um órgão técnico e de coordenação; e c) a atmosfera nebulosa que recobria a ANC e tornava-a alvo de frequentes coações, o que levou à adoção de medidas de conciliação para que se pudesse encerrar a missão constitucional.

A Câmara Alta chegou a ser suprimida no anteprojeto da Constituição e reapareceu no substitutivo elaborado pela Comissão dos 26 com atribuições mais modestas sob a denominação *Câmara dos Estados*. Havia uma tendência à racionalização da Administração Pública com a inserção de um conselho técnico nos moldes do Conselho de Estado do período imperial, cuja intenção era aperfeiçoar as atividades do Estado mediante a contribuição dos órgãos especializados incluídos desde o *Anteprojeto do Itamaraty* até a redação final da Constituição, cedendo, nesta última etapa, as suas atribuições para o Senado que ressurgia da fusão entre a Câmara dos Estados (órgão político) e o Conselho Nacional (órgão técnico), recebendo a alcunha *Poder Coordenador*.

A concessão desse *status* ao Senado tornou-se uma fórmula conciliadora entre os interesses opostos dentro da ANC. Tido como um dos símbolos da Primeira República e dos problemas a ela inerentes, muitos buscaram a extinção da Câmara Alta, ao passo que outros queriam sua permanência nos moldes do regime precedente. Para não desagradar a gregos e a troianos, manteve-se o órgão, mas transfigurou-se-lhe o formato. O objetivo

de injetar um órgão eminentemente técnico da cúpula administrativa acabou sacrificado pelo esforço de garantir a permanência do Senado.

Elaborada no contexto turbulento e tenso que acompanhou toda a feitura da nova Constituição, a alternativa moderada entre as vertentes extremistas esfriou os ânimos e possibilitou a conclusão dos trabalhos. Todavia, não foram poucos os críticos à solução alcançada. Desde a tramitação até os anos subsequentes à promulgação do texto constitucional muitas vezes se levantaram para reprovar tanto a forma anômala como esse “Poder Coordenador” participava ativamente em determinadas questões do Legislativo, mesmo teoricamente não fazendo parte dele, quanto o rótulo de *coordenador* com tão pequenas atribuições práticas de coordenação.

As críticas à criação do “Poder Coordenador” ocorreram mais pela forma como ele foi criado – à custa da deformação do Poder Legislativo – que propriamente pela criação em si. O contexto da ANC fez com que o instituto imaginado por Alberto Torres fosse desfigurado; no projeto de Constituição elaborado por ele, o Poder Legislativo mantinha seu formato bicameral, e o “Poder Coordenador” não surgia como sucedâneo de nenhuma das Casas, muito menos tinha por atribuição representar os estados.

Fica claro, pois, que a atmosfera política após a Revolução de 1930 não era a ideal para tornar exequível uma criação tão audaciosa como a de Alberto Torres – o que deu origem a um órgão que de certa forma se mantinha vinculado ao Legislativo. Ademais, mostrava-se bastante limitado com relação às escassas atribuições de coordenação, uma vez que se criara a primeira delas devido à necessidade de o modelo controlar a constitucionalidade; e a segunda era de duvidosa eficácia numa conjuntura em que governava com mãos de ferro o então presidente da República.

Referências

ANNAES DA ASSEMBLÉA NACIONAL CONSTITUINTE: organizados pela Redação dos Annaes e Documentos Parlamentares. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, v. 4, 1935. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/8227>. Acesso em: 5 dez. 2023.

_____. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, v. 10, 1936a. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/8026>. Acesso em: 5 dez. 2023.

_____. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, v. 11, 1936b. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/8167>. Acesso em: 5 dez. 2023.

_____. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, v. 13, 1936c. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/8113>. Acesso em: 5 dez. 2023.

AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Elaborando a Constituição nacional*: (atas da subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933). Brasília, DF: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. (Coleção História Constitucional Brasileira).

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília, DF: Paz e Terra, 1989.

BRASIL. [Constituição (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1946]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 5 dez. 2023.

CABRAL, Rafael Lamera. A contribuição da Assembleia Nacional Constituinte de 1933 para o Brasil: da Revolução de 1930 à Constituição de 1934. *Cadernos Cedec*, São Paulo, n. 101, p. 1-31, out. 2011.

_____. *Constituição e sociedade: uma análise sobre a (re)formulação da arquitetura do Estado-Nação na Assembleia Nacional Constituinte de 1933*. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/handle/ufscar/982>. Acesso em: 5 dez. 2023.

CASTRO, Araújo. *A nova Constituição brasileira*. 2. ed. rev. e augm. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

IGLÉSIAS, Francisco. Prefácio à 3ª edição. In: TORRES, Alberto. *A organização nacional: primeira parte: a Constituição*. 4. ed. Brasília, DF: Ed. UnB; São Paulo: Ed. Nacional, 1982. p. 11-31. (Coleção Temas Brasileiros, 39).

MACHADO, Alcantara. O Senado na Constituição de 1934: (discursos pronunciados no Senado Federal a 27 e 28 de agosto de 1936). *Revista da Faculdade de Direito [da] Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 33, n. 1, p. 127-153, 1937. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65793>. Acesso em: 5 dez. 2023.

MARINHO, Josaphat. A Constituição de 1934. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 24, n. 94, p. 17-28, abr./jun. 1987. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181752>. Acesso em: 5 dez. 2023.

PANDOLFI, Dulce Chaves. Os anos 30: as incertezas do regime. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 22., 2003, João Pessoa. [Anais]. João Pessoa: ANPUH, 2003. p. 1-7. Disponível em: https://anpuh.org.br/uploads/anais-simposios/pdf/2019-01/1548177544_f2e92f509ac7b6d2afca12c9afb2e651.pdf. Acesso em: 5 dez. 2023.

PINTO, Jorge Eschriqui Vieira. O resgate do pensamento de Alberto Torres para a compreensão historiográfica da política nacional do pós-Revolução de 1930. In: SEMANA DE GEOGRAFIA E HISTÓRIA, 13., 2009, Ribeirão Preto. [Anais]. Ribeirão Preto: Centro Universitário Barão de Mauá, 2009. Disponível em: <http://www.baraodemaua.edu.br/comunicacao/publicacoes/pdf/00026REGGATE.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2023.

POLETTI, Ronaldo. 1934. 3. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. (Constituições Brasileiras, v. 3). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/137602>. Acesso em: 5 dez. 2023.

SAES, Guillaume Azevedo Marques de. Juarez Távora e o projeto econômico do grupo tenentista no poder (1930-1934). *História e-História*, [s. l.], v. 1, p. 1-24, 2011.

SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 24, p. 105-121, jun. 2005. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782005000100008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/w75TqBF3yvjv4JHqyV65vcjb/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 5 dez. 2023.

TORRES, Alberto. *A organização nacional*. 4. ed. Brasília, DF: Ed. UnB; São Paulo: Ed. Nacional, 1982. (Coleção Temas Brasileiros, 39).

Licenciamento

Trabalho sob licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



Artigos do fluxo regular de submissão

A Revista de Informação Legislativa tem o propósito de contribuir para a análise de temas em debate no Congresso Nacional, no mundo acadêmico, na sociedade brasileira. Os artigos a seguir são inéditos, recebidos pelo fluxo regular de submissão da *RIL* e circunscritos às áreas do Direito, da Ciência Política ou das Relações Internacionais.

O *private enforcement* como paradigma de controle social da concorrência: sua potencialidade no ordenamento jurídico brasileiro após a Lei nº 14.470/2022

Private enforcement as paradigm of competition social control: its capabilities to the Brazilian legislation post Law n. 14.470/2022

Bruno Leonardo Câmara Carrá¹

Lívia Oliveira Lemos²

Resumo

Este artigo objetiva fazer inicialmente uma exposição do estado da arte do *private enforcement* no Direito Antitruste, sob a perspectiva da responsabilidade civil, para depois discutir a respeito da interface dos controles estatal e social da concorrência. Na seção seguinte, examina-se a experiência dos EUA, reconhecida como a mais consistente e duradoura nesse âmbito. A despeito das eventuais lacunas, considera-se que o modelo norte-americano de jurisdição da litigância concorrencial pode ser um parâmetro para uma mudança cultural na prática jurídica e empresarial brasileira de controle estatal e social da concorrência. A temática ingressou na agenda jurídica devido à mudança introduzida no sistema de defesa da concorrência pela Lei nº 14.470/2022. Essa inovação tem potencial para converter-se no ponto de inflexão dessa subárea, dado que a prática jurídica brasileira quase não tem familiaridade institucional com o *private enforcement*. Por fim, enfatizam-se os obstáculos à aplicação do modelo estadunidense, como a cultura do próprio Judiciário e a do empresariado em geral – sem conhecimento ou acesso equânime aos meios de composição judicial –, dentre outras dificuldades de ordem normativa e administrativa inerentes ao sistema processual do País.

¹ Bruno Leonardo Câmara Carrá é doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor em Direito Civil pela Universidade de Bolonha, Bolonha, Itália; professor dos programas de graduação e pós-graduação *stricto sensu* do Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil; juiz federal no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Recife, PE, Brasil. E-mail: brunolccarra@gmail.com

² Lívia Oliveira Lemos é mestra em Direito Privado pelo Centro Universitário 7 de Setembro (Uni7), Fortaleza, CE, Brasil; bacharela em Direito pelo Uni7, Fortaleza, CE, Brasil; bacharela em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; assessora no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Recife, PE, Brasil. E-mail: livialemos@hotmail.com

Palavras-chave: Direito Antitruste; livre concorrência; controle social da concorrência; responsabilidade civil.

Abstract

This article aims to initially present the state of the art of private enforcement in Antitrust Law, from the perspective of civil liability, and then discuss the interface of state and social competition controls. Next, the US experience is examined, recognized as the most consistent and lasting in this field. Despite possible gaps, it is considered that the North American model of competition litigation jurisdiction can be a parameter for a cultural change in Brazilian legal and business practice of state and social control of competition. The topic entered the legal agenda due to the change introduced by Law n. 14,470/2022 in the competition defense system. This innovation has the potential to become the inflection point in this subarea, given that Brazilian legal practice has almost no institutional familiarity with private enforcement. Finally, obstacles to the application of the North American model are emphasized, such as the culture of the Judiciary itself and the culture of the business community in general – without knowledge or equal access to the means of judicial composition –, among other normative and administrative difficulties inherent to the Brazilian's procedural system.

Keywords: Antitrust Law; free competition; private enforcement; civil liability.

Recebido em 15/8/23

Aprovado em 7/2/24

Como citar este artigo: ABNT³ e APA⁴

1 Introdução

Um Direito essencialmente capitalista. Na realidade, um direito que nasce em refluxo ao que talvez tenha sido o momento mais disruptivo do sistema capitalista, mas ainda assim

³ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; LEMOS, Livia Oliveira. O *private enforcement* como paradigma de controle social da concorrência: sua potencialidade no ordenamento jurídico brasileiro após a Lei nº 14.470/2022. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 61, n. 241, p. 117-138, jan./mar. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p117

⁴ Carrá, B. L. C., & Lemos, L. O. (2024). O *private enforcement* como paradigma de controle social da concorrência: sua potencialidade no ordenamento jurídico brasileiro após a Lei nº 14.470/2022. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, 61(241), 117-138. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p117

dele tributário. Talvez, desse modo, seja possível rapidamente pontuar, numa perspectiva sobretudo valorativa, o que é o Direito Antitruste.

As primeiras normas antitruste nasceram nos EUA com base numa tríade institucional constituída pela edição do *Sherman Antitrust Act* em 1890 e do *Clayton Antitrust Act* em 1914 e pela criação da Federal Trade Commission (FTC ou simplesmente *Comission*), também em 1914. O objetivo dessas leis estava inequivocamente imbuído do mesmo espírito de outras tantas invenções jurídicas do final do século XIX: defender o capitalismo de si próprio.

O estabelecimento ainda rudimentar de uma legislação trabalhista e, em especial, a criação de um sistema de previdência social na Prússia de Otto von Bismarck são os exemplos mais comumente citados dessa nova ordem de coisas, que será definitivamente fincada ao longo do século XX. Nesse cenário, as leis antitruste – bem como a progressista legislação social que começava a efetivar-se – representavam um movimento de retenção, mas também de redefinição das linhas estruturantes do capitalismo. Em ambos os casos, teve início a atividade intervencionista do Estado na economia; e ela depois teria nas ideias de John Maynard Keynes seu mais primoroso arranjo teórico. Buscou-se corrigir as profundas desigualdades geradas com a fase industrial do capitalismo, que produziu os primeiros magnatas da era contemporânea e, com eles, a extrema concentração de renda.

Distintamente das leis trabalhistas, as normas antitruste visaram à proteção dos capitalistas e não à dos trabalhadores sem condições de seguir produzindo. Em razão disso, divisam-se diferenças estruturais entre elas. As primeiras constituem o que muitos denominam *Direito social*. E as segundas, embora se fundem em mecanismos de controle da autonomia da vontade e de intervenção estatal na atividade empresária, aspiram a desconcentrar a economia em favor da diversificação do mercado para assegurar a participação de outros empreendedores em segmentos econômico-financeiros concentrados ou com tendência de concentração. Por outras palavras, ocuparam-se os Estados ocidentais capitalistas em delinear políticas de controle da formação de oligopólios ou monopólios com natural tendência ao abuso do poder econômico. O viés mesclado do Direito Antitruste, que amalgama componentes tanto do Direito Privado quanto do Público, acompanha-o desde a origem, e aumentou progressivamente no século XX.

Não é necessário estudo algum mais amplo para, por exemplo, demonstrar como em diversos segmentos econômicos cresceu a influência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) nos últimos vinte anos. Criado pela Lei nº 4.137/1962 como simples órgão do Ministério da Justiça, o Cade foi convertido em autarquia federal pela Lei nº 8.884/1994, a fim de dispor de autonomia administrativa e, dessa forma, estar teoricamente menos sujeito a ingerências de caráter político. Por fim, com a Lei nº 12.529/2011 (*Lei de defesa da concorrência*), adquiriu relevo maior com a responsabilidade de “instruir os processos administrativos de apuração de infrações à ordem econômica, assim como os processos de análise de atos de concentração” (Histórico [...], [201-]).

No entanto, essa ampliação da atuação do Cade no cenário econômico não lhe é privativa, pois não se deve desconsiderar a atuação do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e

Tecnologia (Inmetro), que tem na “prevenção de práticas enganosas de comércio” uma de suas finalidades previstas em norma (entre outras, no art. 1º, IV, d, do Anexo da Portaria nº 2, de 4/1/2017) (Brasil, 2017) Assim, o Inmetro também desempenha função relevante para o desenvolvimento de um ambiente econômico de salutar concorrência.

É inquestionável o papel da vigilância sobre a adoção de procedimentos básicos de segurança na produção e na comercialização para compor um ecossistema confiável tanto para empreendedores quanto para consumidores. Contudo, além dos órgãos administrativos mencionados, cuja missão é garantir a manutenção de um mercado competitivo, os próprios particulares podem atuar na preservação da concorrência, mediante a autorregulação do mercado.

Essa participação da esfera privada ocorre por meio do que nos EUA se chama *private enforcement*; e o instituto a desempenhar um papel prioritário é a antiga e maleável responsabilidade civil. Todavia, no Brasil e em vários países europeus, historicamente a efetivação de medidas antitruste tem ficado mais a cargo de instituições públicas, embora uma alteração no sistema de defesa da concorrência levada a cabo pela Lei nº 14.470/2022 possa representar um divisor de águas num ordenamento jurídico ainda pouco familiarizado com seu uso.

O presente artigo expõe o estado da arte do *private enforcement* no Direito Antitruste, enfocando os resultados sobretudo na experiência estadunidense, que de longe é a mais versada no seu emprego. Com isso, busca-se mensurar-lhes as potencialidades para sua futura e mais ampla aplicação no País, e iniciar um giro copernicano. Além desta introdução e da conclusão, o trabalho tem seu desenvolvimento dividido em outras quatro seções. Na seção 2, ele delimita conceitualmente a expressão nominal *private enforcement* sob o prisma da responsabilidade civil. Na seguinte, aborda a relação quase simbiótica entre o uso das normas antitruste para fins de reparação civil entre particulares e a atuação dos tribunais administrativos voltados a impedir a concorrência desleal, com descrição de suas implicações positivas. Na seção 4, o trabalho procede a uma sumária apresentação crítica do Direito Antitruste no ordenamento norte-americano. E, na última, analisa as principais alterações decorrentes da Lei nº 14.470/2022.

2 O *private enforcement* e o Direito Antitruste sob a perspectiva da responsabilidade civil

O Direito Antitruste direciona seu interesse aos mercados mais propícios à concretização de atos anticoncorrenciais (Hovenkamp, 2022, p. 167). A ideia é impor limites à atuação empresarial para coibir tais práticas. O *enforcement* concorrencial segue esta premissa: afastar, por meio de normas, condutas que causem efeitos negativos à livre concorrência.

Também podem ser indicados três objetivos específicos do *enforcement* concorrencial. O primeiro é restabelecer o equilíbrio da concorrência, para que as atividades empresariais

voltem a competir livremente no mercado. O segundo é compensar, por meio de indenizações, os prejudicados pela ilicitude concorrencial. O terceiro objetivo é prevenir a concretização do ato anticoncorrencial mediante a ameaça de uma ação eficaz e punitiva contra os infratores, tanto os de fato quanto os potenciais (Fernandes, 2012, p. 4-6). Dentre os três objetivos prepondera o primeiro sobre o segundo, sendo o terceiro nitidamente consecutivo à atuação da autoridade antitruste, tanto preventivamente, com o uso de mecanismos jurídicos capazes de atuar *ex ante* para impedir a prática desleal, quanto pelo efeito dissuasório que as punições possam gerar no meio empresarial.

Com efeito, no Brasil a proteção antitruste comumente é associada à atuação de instâncias administrativas do Cade, pois em geral se relaciona a defesa da concorrência à atuação da autoridade estatal criada para essa finalidade. Frequentemente, a doutrina norte-americana menciona que a aplicação da legislação antitruste envolve três estágios fundamentais: primeiro, a autoridade administrativa toma conhecimento do possível ato anticoncorrencial; depois, por assumir que é plausível a violação da concorrência, inicia o processo investigatório; por fim, impõe uma penalidade quando constata a efetiva ilicitude concorrencial.

Os particulares também podem desempenhar papel significativo na concreção de um adequado ambiente concorrencial. A isso, a prática jurídica estrangeira convencionou denominar *private enforcement*, que se caracteriza precisamente pelo aforamento de litígios individuais perante o Poder Judiciário com o objetivo de reparar os prejuízos decorrentes da violação da lei antitruste (Hüschelrath; Peyer, 2013, p. 6). No fundo, trata-se apenas de demandas de responsabilidade civil com o escopo de indenizar os particulares lesados pela conduta anticompetitiva; em outras palavras, é o sistema de responsabilidade civil propriamente dito, resultante de infrações concorrenciais (Salpico, 2021, p. 105).

Na verdade, tanto o *public* quanto o *private enforcement* são faces da mesma moeda, duas abordagens distintas na busca de um ambiente competitivo ideal; complementam-se, como testemunhas de longa data da experiência norte-americana. A grande questão que justamente motiva este estudo é que, apesar de ambos integrarem o *enforcement* da concorrência, diferentemente da prática estadunidense, no Direito da Concorrência brasileiro o *private enforcement* nunca alcançou proeminência; não vingou o controle puramente privado, uma espécie de autorregulação contra práticas antieconômicas, de modo que a rigor a tutela estatal se tornou a única referência em termos administrativos e judiciais.

Estudos sobre o Direito Antitruste dos EUA revelam que, desde sua origem, os atos que ensejam um ambiente competitivo deletério podem ser sindicados tanto por autoridades públicas como pelos particulares por eles afetados. Na realidade, seu diploma instituidor, o *Sherman Antitrust Act*, põe em evidência muito mais a litigância privada que a administrativa, ao passo que a atuação do Estado – como agente regulador e, sobretudo, como polícia administrativa para conter abusos econômicos – somente em 1914 se consubstanciou,

de forma sistemática e organizada, por meio da FTC, seguida da *Antitrust Division* do Departamento de Justiça⁵.

Enviesaram-se, pois, esses dois mundos: um, constituído pelos órgãos administrativos antitruste e com atuação mais *macro*, que visa impedir e punir a prática de condutas deletérias para a economia do país ou que afetem de forma expressiva seus setores produtivos, comerciais e de consumo; e outro, com função *micro*, que consiste na atuação dos afetados pelos atos anticompetitivos ao lhes permitir demandar judicialmente a indenização.

Com isso, pretende o *public enforcement* reprimir a conduta concorrencial nociva, considerando seu impacto não apenas sobre um, mas sobre todos os *players*, restabelecendo o equilíbrio do mercado. Ou seja: tenciona cessar os atos anticompetitivos e desencorajar a prática de futuros ilícitos concorrenciais. Seu objetivo precípua é proteger o interesse público, que integra a defesa da concorrência (Fernandes, 2012, p. 2), o que é possível observar no efeito dissuasório das sanções aplicadas pela autoridade antitruste (OECD, 2015), que tem poderes e procedimentos especiais para investigar e, diante de material probatório que ateste a ilicitude, sancionar as infrações concorrenciais (Hüschelrath; Peyer, 2013, p. 2). São alguns desses instrumentos: a imposição de multas, a chancela administrativa prévia para a realização de determinados atos empresariais e a abertura de procedimentos de natureza criminal.

Desse modo, o *public enforcement* compõe um sistema de prevenção de ilícitos concorrenciais e reforça a aplicação da legislação antitruste para coibir práticas anticompetitivas. Num raciocínio conciso: o ilícito continuará a ser perpetrado enquanto existir vantagem para o infrator. Ao elevar os custos devidos às penas e adotar outras medidas contra os infratores, esvaziar-se-iam as possíveis vantagens decorrentes do abuso do poder econômico, o que naturalmente serviria para desestimulá-los (Salpico, 2021, p. 107-108).

Todavia, é necessário um esclarecimento para que se possam compreender as distinções entre *public* e *private enforcement*, em especial diante de uma perspectiva que leva em consideração o contexto norte-americano que lhe serve de base. Em sua conformação originária, não havia qualquer contencioso de natureza administrativa como hoje existe para fins de *public enforcement*. As disposições do *Sherman Antitrust Act* conferiam poderes ao advogado-geral e aos advogados nas cortes distritais para atuarem como legitimados

⁵ O *Sherman Antitrust Act*, de 1890, estipulava a atuação do advogado-geral (*solicitor general*), bem como dos demais advogados dos EUA, com o propósito de implantar seus aspectos de Direito Público (*public enforcement*), como consta da Seção 4 de seu texto. Foi somente durante a presidência de Theodore Roosevelt (1901-1909) que o então advogado-geral Philander Knox obteve do Congresso em 1903 o primeiro cargo de natureza administrativa propriamente dito para cuidar do *enforcement* do Direito Antitruste (History [...], 2018).

ativos nos processos judiciais perante as cortes federais encarregadas de julgar disputas envolvendo atos anticompetitivos⁶.

Em virtude disso, observa-se uma intensa participação dos tribunais federais (US Courts of Appeals) e da Suprema Corte nessa primeira fase de consolidação do Direito Antitruste. Contudo, hoje desse papel se incumbem autoridades administrativas específicas, com especial destaque para a FTC. A mudança teve seu ponto de partida em 1914 com a lei federal que a criou e, mais que isso, empoderou-a com a capacidade de realizar procedimentos investigatórios e expedir ordens para prevenir práticas anticompetitivas, cuja exigibilidade, porém, deveria ser obtida por meio de determinação judicial em caso de descumprimento (United States, [2023b], § 44-45).

Atualmente, a FTC possui natureza típica de agência reguladora, com poderes regulamentares e de polícia (*law enforcement and rulemaking authority*). Age sob as mais diversas formas e visa ao nivelamento dos interesses de produtores, de distribuidores e de consumidores, bem como à configuração de um ambiente competitivo que promova o crescimento do livre mercado. Com o tempo, vários setores da economia foram incorporados entre suas atribuições, em especial nas áreas de fusão de empresas e de acordos no setor farmacêutico, nas quais atua conjuntamente com o Departamento de Justiça (A brief [...], 2021).

Países da Europa e de outros continentes incorporaram a seus ordenamentos jurídicos órgãos semelhantes com poderes e procedimentos especiais para investigar e sancionar as infrações concorrenciais. Além de gozarem de amplo poder regulamentar e de polícia, atuam por meio de contencioso administrativo (Hüschelrath; Peyer, 2013, p. 2). Contudo, o *public enforcement* não objetiva reparar individualmente os prejudicados pelas práticas restritivas da concorrência. Na verdade, seu fim é proteger a sociedade dos atos anticoncorrenciais, em vez de compensar especificamente a situação de dado indivíduo ou empresa lesados.

Exatamente nesse ponto ganha terreno o *private enforcement*, representado pelas ações indenizatórias (Girão, 2019, p. 39-41). Trata-se essencialmente de demandas de caráter reparatório dos danos gerados pelo ato anticoncorrencial (International Competition Network, 2007, p. 33). Consabidamente, um dos princípios basilares do Direito Privado é o de que ninguém pode lesar a outrem (*neminem laedere*). De uma conduta competitivamente deletéria nasce a obrigação de indenizar pelo dano causado. Especialmente no Brasil e noutros países que adotam o sistema francês de cláusula geral, torna-se ainda mais fácil deduzir esse raciocínio; paralelamente à atuação das autoridades públicas, autorizam-se os particulares a também postulare a *sanção* (no sentido amplo do termo) privada por tais atos.

⁶ A leitura da Seção 4^a do *Sherman Act* deixa claro que sua aplicação era restrita ao âmbito jurisdicional, não havendo qualquer atribuição - pelo advogado-geral e pelos demais advogados dos EUA - de contencioso administrativo com poderes regulamentar e de polícia próprios: "Os vários juízos federais dos Estados Unidos são investidos com jurisdição para prevenir e reprimir violações das seções 1 a 7 deste título; e será dever dos vários advogados dos EUA, nos seus respectivos juízos, sob a direção do advogado-geral, instituir procedimentos por equidade para prevenir e reprimir essas violações. Tais procedimentos podem ser realizados mediante petição em que se descreva o caso e se postule que essa violação seja evitada ou de algum modo proibida" (United States, [2023a], § 4^a, tradução nossa).

Como demanda típica de responsabilidade civil do Direito Antitruste, o particular precisa demonstrar a existência de um dano específico para ser ressarcido. Desse modo, a fim de se concretizar o *private enforcement*, é necessário preencher todos os requisitos inerentes às indenizações civis, notadamente o *dano antijurídico*, como consagra a sistematização formulada pela doutrina italiana na segunda metade do século XX⁷. Em suma: o *public enforcement* relaciona-se com a existência de um ato ilícito, ao passo que o *private enforcement* visa reparar aos lesados os danos causados por atos de concorrência desleal.

Como em qualquer ação indenizatória, também é imprescindível que o demandante demonstre que a ilicitude concorrencial lhe causou efetivo prejuízo (Pfeiffer, 2010, p. 251). Por isso, os conteúdos de ambos os *enforcements* não se confundem; sem incorrer em *bis in idem*, é possível cumular as penalidades decorrentes de *public* e de *private enforcements*. Para a aplicação da penalidade administrativa, à autoridade encarregada basta reconhecer a ilicitude concorrencial, e o infrator será punido por atentar contra o mercado e por violar o equilíbrio concorrencial.

Entretanto, além da sanção administrativa pecuniária, é possível que o consumidor, um concorrente rival ou a própria Administração⁸, prejudicados pela ilicitude concorrencial, demandem judicialmente o infrator para que os indenize pelos danos gerados. Diferentemente da lógica do *public enforcement*, a versão privada da efetivação das normas antitruste baseia-se na obtenção de “significativas indenizações em nome das vítimas de suas violações”, como explicam Lande e Davis (2010, p. 31, tradução nossa), dois reconhecidos especialistas na matéria.

Sobretudo a prática estadunidense apresenta um número impressionante de litígios ao longo de mais de cem anos de experiência com o *private enforcement*, revelando o alto potencial do instituto para reparar – e dessa maneira sancionar – empresas envolvidas em práticas concorrenciais ilegais e geradoras de prejuízos em razão de *dumping*, de cartelização e de monopólio. Mais recentemente, a utilização de ações coletivas (*class actions*) por consumidores vitimados pelo tabelamento vedado de preços ou pela distribuição de cotas de produção e de mercado tem-se revelado um instrumento econômico de máxima utilidade, alcançando 27 bilhões de dólares entre 2009 e 2020 (Davis; Kohles, 2021).

Conquanto se trate de instituto quase desconhecido no País, a utilização de demandas indenizatórias encontra plena aceitação no sistema brasileiro de defesa da concorrência. O art. 47 da *Lei de defesa da concorrência* (Brasil, [2022a]) dispõe sobre a dualidade complementar do *public* e do *private enforcements*. Nos termos do art. 36, as condutas tipificadas como infrações contra a ordem econômica podem ser alvos de demandas indenizatórias

⁷ Por todos, ver De Cupis (1970, p. 6-7), o qual destacava que, como categoria jurídica, o dano conteria dois elementos estruturais: o *material* (ou substancial) e o *formal*. Obviamente, material é o fato físico representativo do prejuízo, ao passo que formal é a qualificação jurídica atribuída ao prejuízo como passível de merecer a proteção do ordenamento jurídico em sua dimensão civil. Também denominada *injustiça do dano*, a antijuridicidade ingressa no contexto formal da definição e compreende a agressão ao Direito vigente, a qual, a depender da situação, exigirá ou não a presença do elemento subjetivo (a culpa).

⁸ Nos EUA é bem comum o *public litigation*: o ente público litiga com um particular como se particular também fosse.

com esteio nos institutos jurídicos da responsabilidade civil. Dessa forma, o ordenamento jurídico apresenta dispositivos que *mutatis mutandis* se equiparam aos controles público e privado judiciais e extrajudiciais, com a previsão de tipicidade de conduta e a correlata ação civil *ex delicto*. Contudo, a inovação normativa apresenta a possibilidade de reparação na *Lei de defesa da concorrência*; em outros termos, especializou-se a reparação no sistema brasileiro de defesa da concorrência.

Antes de avançar e tratar mais profundamente do que já se pode chamar *dano concorrencial*, convém melhor aclarar as relações entre o *public* e o *private enforcements*, que são complementares não contraditórios e podem ser utilizados em conjunto para aplicar sanções eficazes.

3 A interface do controle estatal com o controle social da concorrência

A existência de dois sistemas sancionadores no âmbito do Direito da Concorrência traz à baila a discussão sobre a legitimidade das demandas privadas; se é indubitável que ao Estado cabe a tarefa de impedir comportamentos anticoncorrenciais, fica a dúvida sobre se as demandas civis seriam um “bom caminho” para igualmente atingir esse objetivo. Mesmo nos EUA, a relação revela-se de “amor e ódio”; Glover (2012, p. 1.210) comenta não terem os norte-americanos grande apreço por essa forma de litigância, pois resultaria em mais vantagens para os advogados que a patrocinam do que em benefícios sociais propriamente ditos.

Malgrado as distorções episódicas do sistema, há consenso entre os especialistas de que o *private enforcement* não é antagonista nem coadjuvante do *public enforcement*, senão que verdadeiro “parceiro” na implantação de um sistema ótimo de sanções, em que não tenham qualquer lucro com seus atos os violadores das regras da livre e justa concorrência. Lande e Davis (2010, p. 6) chegam a afirmar que, se o *private enforcement* tem suas fragilidades e inflexões, a atuação da autoridade administrativa também os enfrenta. Por exemplo: a depender dos ganhos envolvidos, os violadores poderiam perfeitamente submeter-se ao risco de serem presos ou de pagarem multa administrativa.

Essa complementaridade tem origem no fato – não tão perceptível de imediato – de que o *private enforcement* se institui num paradigma *ex post*, como qualquer demanda de responsabilidade civil, ao passo que no *public enforcement* a lógica é *ex ante*; e nisso consiste tanto o motivo das limitações de um e de outro quanto a inevitabilidade da convivência entre ambos. O privado tem função eminentemente compensatória dos danos, mas permite fluidez para que alguém seja condenado; ao contrário, o público é menos dinâmico, mas aporta sanções mais pesadas.

Por isso Wils (2003), entre outros, defende a denominada *separate-tasks approach*, em que o *public* e o *private enforcements* detêm cada qual funções específicas para representar o interesse público. Deve-se ter o cuidado, entretanto, com o falacioso raciocínio de que,

por representar o interesse público, o *public enforcement* seria axiologicamente superior ao *private enforcement*, já que àquele é possível atribuir, além da função compensatória dos danos, a função dissuasória sobre as práticas anticoncorrenciais, justamente por ter aptidão para agravar as consequências financeiras da condenação (Nazzini; Nikpay, 2008, p. 111). Aliás, essa é a lógica da prática norte-americana de *treble damages*, que parecem ter sido acolhidos – apenas em certa medida – pelo legislador brasileiro nas alterações promovidas pela Lei nº 14.470/2022 no sistema de defesa da concorrência.

No desempenho do *public enforcement*, a atividade da autoridade antitruste é complementada pelo *private enforcement*. Combinado com uma atuação pública eficaz, ele pode servir para elevar o efeito dissuasor do Direito Antitruste e, conseqüentemente, evitar atos anticompetitivos (*deterrence*). O usual é considerar que não o façam de maneira imediata, senão que a reboque da ação levada a efeito pelas autoridades públicas; ainda assim, podem desempenhar papel bem valioso no Direito Antitruste. Em decorrência das dificuldades procedimentais – sobretudo quanto à instrução probatória inerente a esse tipo de demandas –, a primeira consideração que se costuma fazer é que, ao menos pragmaticamente, o *private enforcement* depende das conclusões a que chegue a autoridade administrativa encarregada de combater a concorrência desleal.

Entretanto, nada impede – seria, antes, desejável – que os particulares se antecipem à atuação dos órgãos administrativos. Há riscos na empreitada – como o pagamento de custas e demais efeitos da sucumbência caso não logrem sucesso na demanda –, mas eles podem ser confrontados com os benefícios diretos proporcionados ao fim do litígio. De fato, os objetivos da autoridade pública e do particular derivam de perspectivas distintas, embora se encontrem no meio do caminho: para ela, inicialmente a questão é considerada no plano *macro*; para ele, no plano *micro*.

Em sua atuação, a autoridade administrativa considera a contenção da conduta indevida segundo o Direito Antitruste, em vista de razões econômicas, ou mesmo políticas, para a sociedade. Por isso, atua munida de instrumentos típicos do Direito Administrativo – com as multas e os comandos de interdição em sentido genérico entre os principais. Caso siga diretamente nesse caminho, o particular tem o propósito inicial de compensar-se dos prejuízos sofridos em razão de uma ilicitude concorrencial.

Após as conclusões tomadas no contencioso realizado perante tais órgãos, o particular poderá também utilizá-las em seus litígios. Contudo, esse trinco não existe apenas num dos lados da porta: as demandas dos particulares também podem motivar a atuação dos conselhos de combate à concorrência desleal. Desse modo, o *private enforcement* não deve ser considerado secundário para a atuação dos órgãos administrativos antitruste, mas visto sob uma perspectiva mutualista a gerar resultados vantajosos tanto para o indivíduo quanto para a sociedade.

Como a autoridade antitruste dispõe de recursos limitados, ponderam-se os casos a serem privilegiados com a destinação de tempo e de capital. Ou seja, a autoridade antitruste pode decidir por postergar os casos que tenham proporção reduzida nessa ponderação

(International Competition Network, 2007, p. 33). Independentemente da magnitude do caso, com o *private enforcement* o particular não precisa aguardar a atuação do Estado, pois ele próprio pode ajuizar uma ação indenizatória autônoma para ser ressarcido do prejuízo. O *private enforcement* também contribui para o fornecimento de indicadores relativos à aplicação da legislação antitruste. Mais ainda: considerando a atuação dos tribunais, a autoridade antitruste pode ser alertada sobre a frequência de ilícitos concorrenciais em determinadas áreas e segmentos, o que colabora para a seleção dos casos que demandem maior fiscalização (International Competition Network, 2007, p. 33).

Em última análise, o *private enforcement* fomenta a cultura da liberdade de concorrência (International Competition Network, 2007, p. 33-34), pois as ações indenizatórias ajudam a incutir nos atores do mercado a noção de que as regras antitruste devem ser respeitadas e de que eventuais violações podem ser reprimidas tanto pela atuação pública quanto pela iniciativa eminentemente privada. Além disso, os próprios consumidores prejudicados tomam conhecimento de uma medida específica a ser utilizada na defesa de seus interesses.

Em resumo, as ações indenizatórias movidas por particulares contra eventuais práticas anticompetitivas favorecem o ambiente concorrencial desejável; assim, auxiliam a própria autoridade pública antitruste, visto que, espontaneamente iniciadas pelos cidadãos lesados, permitem que a Administração identifique melhor esses ilícitos, além de se poupar do desembolso de consideráveis somas de recursos para o seu combate. A conjunção de sanções patrimoniais – indenizações e multas – atua de forma dissuasória e em tese impede que os ofensores obtenham qualquer benefício econômico com seus atos (Caselta, 2015, p. 56).

4 A experiência estadunidense como referência do controle social da concorrência

Os EUA são de longe o país com a mais forte tradição no âmbito do Direito Antitruste, bem como no uso do *private enforcement*, majoritariamente por meio de ações aforadas por particulares (Caselta, 2015, p. 59). Ou seja, privilegia-se a aplicação privada do Direito Antitruste.

O *Clayton Act* em 1914 já estabelecia as bases disso: seu § 4º dispõe que qualquer prejudicado por ilícitos concorrenciais pode ajuizar ação indenizatória e deve recuperar o triplo (*treble*)⁹ dos danos sofridos e as custas processuais, o que inclui os honorários advocatícios¹⁰.

⁹ Hovenkamp (2011) defende que a referência aos *treble damages* não é novidade: em 1623 o *English statute of monopolies* já determinava que o prejudicado podia recuperar em três vezes o valor dos danos que suportara. Nas palavras do autor, “poucas regras legais estão mais firmemente enraizadas na história que os *treble damages* para vítimas de infrações concorrenciais” (Hovenkamp, 2011, p. 21, tradução nossa).

¹⁰ O texto original do § 4º do *Clayton Act* estabelecia: “any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee” (United States, 2020, p. 3-4).

O *Clayton Act* não comporta sanção de ordem criminal, mas tão somente civil; nesse aspecto, difere do *Sherman Act*, que criminaliza a monopolização de comércio interestadual.

É possível identificar de imediato uma diferença entre o sistema estadunidense e o da União Europeia: nesta o instrumento regulador dispõe que o *quantum* indenizatório deve corresponder estritamente aos danos sofridos, ao passo que os EUA autorizam aos tribunais *triplicar* o valor dos danos a serem fixados como montante indenizatório, o que origina os *treble damages*, para cuja adoção em ações indenizatórias no âmbito do Direito Antitruste há diversas justificativas. A mais antiga é a de que o infrator deve ser adequadamente punido pelo ato anticoncorrencial e, por esse motivo, a imposição de danos simples não seria uma punição efetiva (Hovenkamp, 2011, p. 21).

Tal fundamento, que apresenta elevada carga moral, foi gradualmente substituído por um argumento baseado na dissuasão geral. Como nem todas as infrações concorrenciais são detectadas, caso fosse adotada a reparação com danos simples, ao fim e ao cabo a conduta anticompetitiva tornar-se-ia vantajosa (Hovenkamp, 2011, p. 21). Adota-se o raciocínio de que é possível o infrator não sofrer punição; a intenção é evitar que, na hipótese de ele ser descoberto, a penalidade não seja diminuta e tenha caráter educativo.

Desse modo, a finalidade dos *treble damages* é desestimular a prática de violações de concorrência: a um só tempo priva os infratores dos lucros provenientes do ato ilícito e compensa as vítimas pelos prejuízos sofridos (McCarthy; Maltas; Bay; Ruiz-Calzado, 2007, p. 38). Martins (2017, p. 81) defende que os *treble damages* são os responsáveis por estabelecer nos EUA a cultura de *private enforcement*. Na Seção 4 do *Clayton Act* consta a premissa de que, independentemente da infração concorrenciais praticada, o valor do dano será multiplicado por três:

Sec. 4. (a) Exceto com relação ao provido na subseção (b), qualquer pessoa que for prejudicada em seu empreendimento ou patrimônio por causa de qualquer prática proibida na legislação antitruste pode processar em qualquer corte judicial dos EUA na jurisdição em que o réu reside ou se encontra, ou tem representante legal, desconsiderada a quantia da controvérsia, e *será compensado em três vezes o prejuízo por ele suportado*, e o custo do processo, inclusive os honorários advocatícios (United States, 2020, p. 3-4, grifo nosso, tradução nossa).

De certa maneira, essa uniformização do multiplicador desconsidera as particularidades que podem resultar de cada ato anticompetitivo, pois não diferencia a gravidade da conduta nem seus efeitos. De acordo com Hovenkamp (2011), é possível pensar em diferentes multiplicadores de dano a depender da ilicitude concorrenciais praticada. O autor separa os ilícitos em *clandestinos* e em *públicos*. As condutas de fixação de preços, violação de patentes, preços predatórios e outras práticas de exclusão classificam-se como *clandestinas*; e as fusões, *joint ventures* e outras restrições verticais qualificam-se como *públicas* (Hovenkamp, 2011, p. 23). No caso das violações clandestinas, considerada tanto

a gravidade das condutas quanto o sigilo de que muitas vezes se revestem, o mais indicado seria adotar os *treble damages*; em contrapartida, na hipótese de violações públicas (mais facilmente detectadas), seriam recomendáveis os danos simples (Hovenkamp, 2011, p. 23).

Em 2004 entrou em vigor o *Antitrust criminal penalty enhancement and reform Act* (Acpera), cujo objetivo é fornecer incentivos aos cartelizados a delatarem as práticas anticoncorrenciais e cooperarem com a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça. O Acpera prevê que os infratores beneficiários de acordo de leniência têm responsabilidade limitada apenas aos danos a que efetivamente deram causa, ou seja, arcam tão somente com danos simples, e eliminam-se os *treble damages* nesse caso específico¹¹. Assim, se o infrator celebra acordo de leniência e posteriormente o particular o processa pelo comportamento anticoncorrencial, pleiteando a compensação pelos prejuízos sofridos, o tribunal determinará que o infrator arque apenas com os danos simples em razão de sua conduta lesiva. Para a exclusão dos *treble damages*, deve-se evidenciar que o infrator de fato cooperou com as investigações da autoridade concorrencial, fornecendo-lhe documentos e informações relevantes.

Outra determinação significativa para o *private enforcement* está na Seção 5 do *Clayton Act*: num processo de apuração de ilícitos concorrenciais, a decisão que conclui que o réu realmente violou o regramento antitruste será evidência *prima facie* contra o infrator em eventuais ações indenizatórias (United States, 2020). O § 5º do *Clayton Act* tem o fim de isentar as vítimas de algumas dificuldades e despesas para provar tanto a violação das normas concorrenciais quanto os danos dela decorrentes. Nesse cenário, as vítimas podem simplesmente apresentar como prova *prima facie* a decisão de um processo bem-sucedido contra o infrator (Section [...], 1955, p. 514). Caselta (2015) sustenta que a justificativa desse dispositivo é que, caso se exigisse uma prova muito robusta para a demonstração e a quantificação dos danos, estar-se-ia autorizando que os infratores se beneficiassem da natureza sigilosa da conduta anticompetitiva. Por isso, o Direito Antitruste estadunidense admite nas ações indenizatórias a utilização de estimativas razoáveis, desde que tais inferências não resultem em danos puramente especulativos (Caselta, 2015, p. 70).

Examinadas suas disposições, constata-se que o *Clayton Act*: a) incentiva a aplicação privada do Direito Antitruste justamente porque estabelece os *treble damages*; b) possibilita que as decisões proferidas contra o réu sejam utilizadas nas ações indenizatórias; c) define com clareza o prazo prescricional; e d) permite a recuperação das custas processuais, o que inclui os honorários advocatícios (Jones, 2016, p. 6). Nos EUA, o *private enforcement* prevalece sobre o *public enforcement*, pois os litígios são majoritariamente privados (Jones, 2016, p. 4). Com efeito, as ações indenizatórias são de extrema importância, porque estimulam a função democratizante do Direito Antitruste, além de concomitantemente desencorajarem as violações concorrenciais e garantirem que as vítimas sejam compensadas pelos danos.

¹¹ A princípio, o Acpera era um regramento temporário, com data específica para perder a vigência. Porém, ao revogar sua cláusula de caducidade por meio de uma lei sancionada em 2020, o então presidente Donald Trump reautorizou o Acpera (Department [...], 2020).

Em relação ao programa de controle estatal sobre as grandes corporações do mundo digital, os EUA não têm tido uma atuação anticoncorrencial equiparável à da União Europeia, que editou o *Digital markets Act* com o propósito de exercer maior regulação sobre os serviços das *big techs*. No sítio eletrônico da Comissão Europeia, relacionam-se os principais benefícios pretendidos com essa norma, os quais visam proteger tanto o ambiente negocial quanto os consumidores:

Usuários negociais que dependam de controladores de acesso para oferecer seus serviços no mercado comum *terão um ambiente de negócios mais justo*; [...] Inovadores e startups de tecnologia *terão novas oportunidades de competir e inovar* no ambiente de plataforma on-line *sem ter de cumprir com termos abusivos e condições que limitem o seu desenvolvimento*; [...] Consumidores *terão mais e melhores serviços* para escolher, *mais oportunidades de permuta* de provedor se assim o desejarem, *acesso direto aos serviços e preços mais justos*; [...] Controladores de acesso *manterão todas as oportunidades de inovar e de oferecer novos serviços*. *Não se lhes permitirá valer-se de práticas abusivas* em relação a usuários de empreendimentos e consumidores *que dependam deles para ganhar vantagem indevida* (The Digital [...], [201-], grifos nossos, tradução nossa).

Em contraste, apesar da longa tradição de controle jurisdicional – e, em alguma medida, de controle autorregulatório de práticas anticoncorrenciais –, ainda não há nos EUA uma norma similar nesse segmento relevante da economia atual. À guisa de ilustração, considere-se o caso da redução das taxas cobradas pela Apple de empreendedores de pequeno porte, considerada mera artimanha para contornar a regulamentação estatal:

A Apple anunciou um grande desconto para alguns dos desenvolvedores de pequeno porte nessa quarta, mostrando-se disposta a cortar taxas de acesso em 50% para empresas que tenham menos de um milhão de dólares de receita. Porém, críticos da Apple dizem que esse movimento não implicará grande melhora para a competição e para a inovação na App Store. A Apple recolhe um pagamento de 30% ao processar taxas de receita digital faturadas na App Store. Cortará 15% para pequenos desenvolvedores. Críticos, incluso muitos desenvolvedores, consideram essa taxa exorbitante em comparação com os 2% cobrados por processadores de pagamento concorrentes. Os próprios aplicativos e serviços da Apple ficam isentos dessa taxa e desfrutam de outros benefícios de propaganda. O corte da taxa visa a um projeto mais amplo promovido por desenvolvedores e por operadores do Direito de investigar a Apple por práticas alegadamente anticompetitivas (Albergotti, 2020, tradução nossa).

Assim, a despeito de serem uma referência em matéria de Direito Concorrencial, no segmento das *big techs* os EUA ainda parecem distantes tanto da regulação estatal quanto do desenvolvimento pelos próprios empreendedores de instrumentos de controle social mais eficazes.

5 As alterações da Lei nº 14.470/2022 e o (novo) sistema de defesa da concorrência

A *Lei de defesa da concorrência* (Brasil, [2022a]) é a base normativa da aplicação privada do Direito Antitruste, pois estabelece a possibilidade de os prejudicados por um ato anticoncorrencial movimentarem o Poder Judiciário em busca de indenização por perdas e danos (art. 47 da Lei nº 12.529/2011). Tal dispositivo foi objeto de alterações pela Lei nº 14.470/2022, cujo intuito é conferir maior concretude ao *private enforcement*, um quase desconhecido no ordenamento jurídico do País.

A principal mudança foi incluir a previsão de ressarcimento *em dobro* para determinadas condutas anticompetitivas (Brasil, 2022b, art. 1^a). Não há como negar a semelhança da regra – que institui um multiplicador sobre o valor do dano – com os *treble damages* utilizados nos EUA. Contudo, diferentemente desse modelo, que triplica o valor do ressarcimento, o Direito brasileiro preferiu manter o padrão de duplicar o valor da indenização, tomando como base os danos efetivamente apurados. Martins (2017) entende que os *treble damages* são os responsáveis por estabelecer a cultura do *private enforcement* no Direito Antitruste dos EUA e que a intenção do legislador brasileiro foi exatamente a mesma. O aumento do valor da indenização torna possível considerar, numa análise de custo-benefício, ser mais vantajoso aforar uma ação judicial do que meramente assimilar o dano.

A análise do Projeto de Lei nº 11.275/2018, que deu origem à Lei nº 14.470/2022, permite verificar que a justificativa para a indenização em dobro é a que a regra não seria inédita no Brasil, se se considerarem especialmente dois dispositivos (Brasil, 2018): o primeiro é o art. 940 da Lei nº 10.406/2002 (*Código civil* ou CC), o qual dispõe que aquele que demanda dívida já paga deve ressarcir o suposto devedor com o dobro do que foi cobrado (Brasil, [2023a]); o segundo é o art. 42, parágrafo único, da Lei nº 8.078/1990 (*Código de defesa do consumidor*), o qual estabelece que o consumidor cobrado em quantia indevida tem o direito à repetição do indébito no dobro do que pagou, acrescido de juros e de correção monetária (Brasil, [2021]).

Desse modo, evidencia-se na alteração legal que a intenção do legislador foi dar uma resposta efetiva ao agente que causou o dano anticompetitivo, pois não raro o prejudicado opta por suportar a ofensa e os seus efeitos sobre a atividade desenvolvida, devido tanto à complexidade da ação indenizatória quanto à dificuldade de se descobrir que de fato houve um dano. Assim, além da função puramente reparatória, é flagrante a finalidade preventiva da regra que instituiu o multiplicador sobre o valor do dano: por meio de uma sanção rigorosa em termos pecuniários, pretende-se evitar que sejam praticadas condutas semelhantes ou que causem efeitos similares. Como se busca agir sobre a “doença” antes mesmo do seu surgimento, o acréscimo econômico no valor da indenização confere à reparação uma natureza punitivo-pedagógica.

Essa regra é congruente com a noção de *dano punitivo*, pois busca compensar a ofensa causada pelo ato anticoncorrencial e punir o responsável pelo dano, seja ao dissuadi-lo de praticar condutas semelhantes, seja ao servir de exemplo à sociedade, para que outros não

se sintam encorajados a praticar atos danosos (Araújo Filho, 2014, p. 333). Não se está simplesmente desconsiderando a existência do dano, por se valer do *private enforcement* para aproximar-se de uma responsabilidade civil sem dano¹², o que não se admite; na realidade, a ideia tem outro fundamento, visto que o dano efetivamente ocorreu, mas não na exata extensão da indenização. Por isso, deixa-se de lado o texto literal do art. 944 do CC (Brasil, [2023a]), o qual dispõe que a indenização é medida – integralmente – pelo dano, para fixar valor indenizatório superior a ele, o que se justifica pelo caráter pedagógico de que se reveste o *enforcement* privado.

A legislação antitruste preocupou-se em manter atrativos os principais componentes do *public enforcement*, notadamente o acordo de leniência e o termo de compromisso; conforme o § 2º do art. 47 da Lei nº 12.529/2011 (Brasil, [2022a]), os signatários desses acordos são responsáveis tão somente pelos danos – simples – que causarem aos prejudicados. A lei objetivou dar concretude ao *private enforcement*, mas manteve a noção da necessária complementaridade com o *public enforcement*. Importa, pois, estimular o ajuizamento das ações indenizatórias, mas sem impactar a eficácia do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação, institutos que têm sido utilizados com sucesso pelo Cade em defesa da concorrência¹³.

Outra mudança relevante promovida pela Lei nº 14.470/2022 diz respeito ao prazo prescricional para o ajuizamento das ações indenizatórias. Anteriormente, a legislação antitruste somente abordava a prescrição das ações punitivas da Administração Pública federal no exercício do *public enforcement*; ou seja, limitava-se a estabelecer o prazo para a apuração de eventuais infrações contra a ordem econômica. Por outro lado, nada mencionava sobre o prazo aplicável às ações indenizatórias. Diante do silêncio legislativo, havia controvérsia sobre qual seria de fato o prazo prescricional aplicável àquelas ações; alguns defendiam a aplicação obrigatória da regra geral da reparação civil do art. 206, § 3º, do CC (prazo trienal) (Caselta, 2015, p. 160). Tal ideia, inclusive, chegou a ser encampada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial (REsp) nº 1.971.316/SP, julgado em 25/10/2022 – portanto, poucos dias antes da entrada em vigor da Lei nº 14.470/2022 em 16/11/2022¹⁴.

Somente com a promulgação dessa lei adveio o prazo prescricional para o ajuizamento das ações indenizatórias: ela acrescentou o art. 46-A, § 1º, à Lei nº 12.529/2011, o qual estabelece que “prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados pelas infrações à ordem econômica previstas no art. 36 desta Lei, iniciando-se sua contagem a partir da ciência inequívoca do ilícito” (Brasil, [2022a]). Desse modo, essa norma específica sobre o tema deve ser aplicada aos casos levados à apreciação do Poder Judiciário, não havendo mais espaço para a aplicação supletiva do CC.

¹² Sobre o tema, ver Carrá (2015).

¹³ Segundo o Cade, assinaram-se 109 acordos de leniência entre 2003 e 2023 (Estatísticas [...], 2023).

¹⁴ O STJ firmou que, “[v]erificada a inexistência de decisão do CADE sobre a formação de cartel, o prazo prescricional é o estabelecido no art. 206, § 3º, V, do CC/2002 – três anos –, e o termo inicial de sua contagem é a data da ciência do fato danoso – no caso dos autos, o momento da celebração dos contratos” (Brasil, 2022c, p. 2).

Além disso, a legislação antitruste privilegiou o viés subjetivo do princípio da *actio nata*, que exige o efetivo conhecimento do titular do direito para o início da contagem do prazo prescricional, de modo que a inércia somente é verificada a partir do momento em que o lesado toma conhecimento do dano, da sua extensão e da sua autoria, mas nada faz para assegurar civilmente a responsabilização. O *dies a quo* do prazo prescricional não representou grande inovação à aplicação processual do Direito Antitruste. Mesmo antes da Lei nº 14.470/2022, tal raciocínio já fora utilizado pelo STJ no mencionado REsp nº 1.971.316/SP, no qual entendeu que “considerar o momento da lesão como termo inicial da prescrição tende a ser extremamente injusto” (Brasil, 2022c, p. 2), porquanto eventual inação do lesado pode ter decorrido da falta de conhecimento do dano.

Outro exemplo é o caso *Granel Química Ltda vs. Air Liquide Brasil Ltda*. Na origem, a Granel Química ajuizou ação indenizatória com a alegação de que a Air Liquide lhe causara inúmeros prejuízos em razão da prática abusiva e ilegal de ajustes contratuais em percentuais muito superiores aos inicialmente acordados. Diante disso, a autora não conseguira encontrar novo fornecedor, pois estava diante de um cartel que combinava os preços dos produtos. O juízo condenou a ré ao pagamento de indenização no valor de R\$ 654.785,18. Irresignada, ela apelou. Um dos argumentos deduzidos em recurso foi justamente a ocorrência da prescrição; porém, a 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu que não ocorrera prescrição e que o termo inicial do prazo prescricional correspondia à data em que a autora tomara conhecimento da violação da lei antitruste (São Paulo, 2017).

Assim, desde antes da alteração legislativa, o Poder Judiciário já reproduzia adequadamente o viés subjetivo do princípio da *actio nata*. Obviamente, não é razoável esperar que o lesado movimente o aparato judiciário se não tem ciência alguma de ter sofrido danos anticoncorrenciais. O § 2º do art. 46-A estabelece: “considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilícito por ocasião da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade” (Brasil, [2022a]). Entende-se que a justificativa para essa determinação é o fato de que os ilícitos concorrenciais, sobretudo os cartéis, são acobertados pelo silêncio cúmplice dos responsáveis, de modo que normalmente as vítimas só descobrem a ocorrência de dano após a divulgação das apurações e as sanções dos órgãos de controle estatal de práticas anticoncorrenciais.

Como integrante da Administração Pública, a autoridade antitruste conta com ferramentas que tornam fácil identificar a infração, o que não ocorre com o particular se age de forma autônoma. Dessa maneira, embora as alterações legislativas tenham impactado especialmente a concretização do *private enforcement*, o texto legal também ressaltou a relação complementar entre os *enforcements*, pois um pode fomentar a aplicabilidade do outro, sobretudo se considerada a pouca tradição brasileira em termos de litigância privada. Mesmo que como manifestação concreta de um dano se pudesse cogitar de que o Direito brasileiro hipoteticamente já autorizava demandas de responsabilização civil com base em condutas concorrencialmente lesivas, isso nunca foi de fato uma realidade no País. Quase não há

registros jurisprudenciais em relação ao tema, inclusive durante a vigência das sucessivas leis antitruste¹⁵.

Com a alteração da Lei nº 12.529/2011 pela Lei nº 14.470/2022, pretendeu-se realizar uma guinada nesse cenário, seja por aportar esclarecimentos conceituais para destacar a diferença entre o *private* e o *public enforcements*, seja por implantar inovações que em tese são capazes de promover uma mudança cultural a favor da litigância privada na defesa da concorrência.

A despeito disso, o tema ainda carece de maiores debates, já que pode esbarrar em entraves relacionados à própria estrutura do Poder Judiciário. A esse respeito, Cappelletti e Garth (1988) sustentam que há óbices ao efetivo acesso à justiça, entre os quais estão as custas judiciais. Na maioria dos países, a solução dos litígios é dispendiosa, principalmente quando se considera a natural incerteza no processo judicial: em regra, não se sabe de imediato qual parte logrará êxito (Cappelletti; Garth, 1988, p. 15-17).

No caso das ações indenizatórias por danos concorrenciais, tal entrave revela-se mais enfaticamente, pois demandas que envolvem quantias vultosas podem acarretar desestímulo se se pondera o risco da sucumbência. Conquanto seja possível no Brasil conceder o benefício da justiça gratuita, deve-se considerar que ele é deferido com especial parcimônia às pessoas jurídicas e é necessária a comprovação específica da hipossuficiência¹⁶. Além disso, mesmo que se conceda a justiça gratuita, ela não pode isentar as despesas processuais, mas tão somente suspender a sua exigibilidade, de modo que o sucumbente pode vir a ser demandado caso se constatem condições de arcar com os ônus financeiros.

Em síntese: apesar de a Lei nº 14.470/2022 representar significativo avanço para o *enforcement* privado e, por conseguinte, para o sistema de defesa da concorrência, ainda existem obstáculos inerentes ao Poder Judiciário que também impactam a cultura das ações privadas (plano *micro*). Assim, apenas com o tempo se poderá confirmar se se realizou o desejo do legislador de garantir maior efetividade à aplicação privada do Direito Antitruste.

6 Conclusão

Este trabalho funda-se no pressuposto de que o Direito Antitruste funciona como limitação à atuação empresarial, dado que os agentes do mercado devem preservar o equilíbrio da concorrência. Além do *public enforcement*, atribui-se ao *private enforcement* a função de mecanismo de fomento à defesa da concorrência. E o ideal seria que ambos os *enforcements*

¹⁵ Para este estudo, realizou-se pesquisa jurisprudencial no âmbito do STJ, dos tribunais de Justiça e dos tribunais regionais federais, utilizando como critérios os termos: *ações indenizatórias e concorrenciais* e *cartel e danos materiais*. No total, obtiveram-se 34 resultados. Referiam-se especificamente à ação indenizatória do Direito Antitruste apenas 17 julgados, os quais foram classificados em grupos: 3 casos resultaram na improcedência do pedido por ausência de comprovação do dano, 6 abordaram unicamente matéria de prescrição, 6 efetivamente concluíram pela existência de dano material e/ou moral coletivo, 1 tratava da utilização de documentos da leniência como meio de prova na ação indenizatória e 1 não teve reconhecida a competência.

¹⁶ Enunciado da Súmula nº 481 do STJ: “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais” (Brasil, 2023b, p. 1.624).

caminhassem juntos e atuassem de forma complementar, de forma a garantir a máxima efetividade na proteção da concorrência. Contudo, no Brasil ainda persiste o *enforcement* público, consubstanciado principalmente na atuação do Cade, como componente central de preservação da livre concorrência.

Com a Lei nº 14.470/2022, o ordenamento jurídico progrediu ao conferir maior concretude ao *private enforcement*. Essa norma contém duas inovações principais com o intuito de garantir maior previsibilidade e, até mesmo, atratividade ao instituto. A primeira, com clara inspiração nos *treble damages* estadunidenses, diz respeito ao efeito multiplicador sobre o valor dos danos anticompetitivos; a segunda é a fixação do prazo prescricional para o ajuizamento das ações indenizatórias, o que possibilita sanar (ou pelo menos reduzir substancialmente) as indefinições em torno do tema, bem como garantir maior segurança à utilização do instrumento.

Destinadas a assegurar maior efetividade ao *private enforcement*, as mudanças legislativas refletem também o cuidado em manter igualmente atrativo o *enforcement* público, considerando que ambos, embora com enfoques distintos, são duas faces da mesma moeda, e que apenas com uma atuação conjunta será possível maximizar os efeitos da proteção ao livre mercado.

Há um empecilho, porém, que deve ser objeto de maiores debates: os valores relativos às despesas judiciais, já que numa análise de custo-benefício o particular pode optar por não se submeter ao risco da sucumbência. Os custos de uma demanda judicial podem, de fato, embarçar o controle social da concorrência desleal. Se houver interesse em que essa espécie de controle prospere, será necessário desenvolver instrumentos de fundos privados para o enfrentamento paritário de empresas de grande porte, dotadas de capacidade econômica para suportar um processo judicial.

Com efeito, uma das características da concorrência predatória é precisamente a disparidade de armas, em especial no campo jurídico, por razões eminentemente econômicas. Como os processos judiciais são custosos, sem assistência jurídica ajustada à complexidade das demandas desse âmbito do Direito, os dispositivos de defesa da concorrência terão caráter meramente declaratório, sem efetividade para aprimorar o sistema de controle privado da concorrência por meio da adoção da reparação civil.

A despeito dessa insuficiência, os dispositivos da Lei nº 14.470/2022 são um passo relevante no Direito Antitruste brasileiro. A ela deve ser tributada a promoção do *enforcement* privado, ao positivar regras que proveem de maior previsibilidade e segurança o desempenho dos atores privados nesse campo.

Referências

A BRIEF overview of the Federal Trade Commission's investigative, law enforcement, and rulemaking authority. [Washington, DC]: Federal Trade Commission, May 2021. Disponível em: <https://www.ftc.gov/about-ftc/mission/enforcement-authority>. Acesso em: 8 fev. 2024.

ALBERGOTTI, Reed. Apple cuts some App Store fees, but critics call it a ploy to avoid regulation. *The Washington Post*, Washington, DC, Nov. 18, 2020. Technology. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/technology/2020/11/18/apple-app-store-small-business/>. Acesso em: 8 fev. 2024.

ARAÚJO FILHO, Raul. *Punitive damages e sua aplicabilidade no Brasil*. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Doutrina*: edição comemorativa – 25 anos. Brasília, DF: STJ, abr. 2014. p. 327-345. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/70/3811>. Acesso em: 8 fev. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 11.275, de 2018*. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), para prever novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190209>. Acesso em: 8 fev. 2024.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 8 fev. 2024.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2023a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 8 fev. 2024.

_____. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 8 fev. 2024.

_____. *Lei nº 14.470, de 16 de novembro de 2022*. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), para prever novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica. Brasília, DF: Presidência da República, 2022b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14470.htm. Acesso em: 8 fev. 2024.

_____. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. *Portaria nº 2, de 4 de janeiro de 2017*. Aprova o Regimento Interno do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – Inmetro. [Brasília, DF]: Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/inmetro/pt-br/acao-a-informacao/institucional/regimento-interno.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Inteiro teor das Súmulas*. Brasília, DF: STJ, Secretaria de Jurisprudência, 15 dez. 2023b. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/tematica/download/SU/Sumulas/SumulasSTJ.pdf. Acesso em: 8 fev. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 1.971.316/SP*. Recurso especial. Processo civil. Concorrência e livre iniciativa. Condutas anticompetitivas. Infração contra a ordem econômica. Lei n. 12.529/2011. Ação de indenização por danos morais e materiais. Responsabilidade extracontratual. Não reconhecimento do cartel pelo Cade [...]. Recorrente: Antonio Claudemir Teles. Recorrida: Sucocitrico Cutrale Ltda. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 25 de outubro de 2022c. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103482753&dt_publicacao=14/12/2022. Acesso em: 8 fev. 2024.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano*: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015.

CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-09112015-114806/pt-br.php>. Acesso em: 8 fev. 2024.

DAVIS, Joshua P.; KOHLES, Rose. *2020 Antitrust Annual Report*: class action filings in Federal Court. San Francisco, CA: University of San Francisco Law School; Columbus, OH: The Huntington National Bank, Aug. 2021. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3898782>. Acesso em: 8 fev. 2024.

DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1970. v. 2.

DEPARTMENT of Justice applauds President Trump's authorization of the Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Permanent Extension Act. *Office of Public Affairs – Press release*, Washington, DC, Oct. 1, 2020. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/department-justice-applauds-president-trump-s-authorization-antitrust-criminal-penalty>. Acesso em: 8 fev. 2024.

ESTATÍSTICAS do Programa de Leniência do Cade. [Brasília, DF]: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 4 out. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia/estatisticas>. Acesso em: 8 fev. 2024.

FERNANDES, Pedro Rosa. *Enforcement da concorrência: enforcement privado na União Europeia*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito e Gestão) – Faculdade de Direito, Universidade Católica de Lisboa, Lisboa, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/10320>. Acesso em: 8 fev. 2024.

GIRÃO, Laura Isabel Oliveira Morais de Sousa. *O regime da clemência no direito da concorrência*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito e Prática Jurídica) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/44600>. Acesso em: 8 fev. 2024.

GLOVER, J. Maria. The structural role of private enforcement mechanisms in public law. *William and Mary Law Review*, [s. l.], v. 53, n. 4, p. 1.137-1.217, 2012. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2890&context=facpub>. Acesso em: 8 fev. 2024.

HISTÓRICO do Cade. [Brasília, DF]: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, [201-]. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/historico-do-cade>. Acesso em: 8 fev. 2024.

HISTORY of the Antitrust Division. Washington, DC: U.S. Department of Justice, Antitrust Division, Dec. 13, 2018. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/history-antitrust-division>. Acesso em: 8 fev. 2024.

HOVENKAMP, Herbert. A primer on antitrust damages. *University of Iowa: legal studies research paper*, [s. l.], p. 1-59, Feb. 2011. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1685919>. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1685919. Acesso em: 8 fev. 2024.

_____. The invention of antitrust. *Southern California Law Review*, [s. l.], v. 96, n. 1, p. 129-206, 2022. Disponível em: <https://southerncalifornialawreview.com/2023/04/12/the-invention-of-antitrust/>. Acesso em: 8 fev. 2024.

HÜSCHEL RATH, Kai; PEYER, Sebastian. Public and private enforcement of competition law: a differentiated approach. *ZEW: discussion paper*, [s. l.], n. 29, p. 1-27, Apr. 2013. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2278839>. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2278839. Acesso em: 8 fev. 2024.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Interaction of public and private enforcement in cartel cases. In: ICN ANNUAL CONFERENCE, 2007, Moscow. [Proceedings]. [S. l.]: ICN, 2007. p. 1-64. Disponível em: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/03/ICN-2007-Interaction-of-Public-and-Private-Enforcement-in-Cartel-Cases.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2024.

JONES, Alison. Private enforcement of EU competition law: a comparison with, and lessons from, the US. *TLI: think! paper*, London, n. 10, 2016. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2715796>. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2715796. Acesso em: 8 fev. 2024.

LANDE, Robert H.; DAVIS, Joshua P. Comparative deterrence from private enforcement and criminal enforcement of the U.S. antitrust laws. *University of San Francisco: law research paper*, San Francisco, CA, n. 17, p. 1-59, 2010. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1565693>. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1565693. Acesso em: 8 fev. 2024.

MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. *Obstáculos às ações privadas de reparação de danos decorrentes de cartéis*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18247>. Acesso em: 8 fev. 2024.

MCCARTHY, Eric; MALTAS, Allyson; BAY, Matteo; RUIZ-CALZADO, Javier. Litigation culture versus enforcement culture: a comparison of US and EU plaintiff recovery actions in antitrust cases. *The Antitrust Review of the Americas*, [s. l.], p. 38-42, 2007.

NAZZINI, Renato; NIKPAY, Ali. Private actions in EC competition law. *Competition Policy International*, [s. l.], v. 4, n. 2, p. 107-141, Nov. 2008. Disponível em: https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/0d358061e11f2708ad9d62634c6c40ad/Nikpay_webwcover.pdf. Acesso em: 8 fev. 2024.

OECD. Relationship between public and private antitrust enforcement: Brazil. *Working Party on Co-operation and Enforcement*, [Paris], n. 3, p. 1-5, 15 June 2015. Disponível em: [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2015\)23&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2015)23&docLanguage=En). Acesso em: 8 fev. 2024.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26092011-104134/pt-br.php>. Acesso em: 8 fev. 2024.

SALPICO, Nuno Alexandre Pires. A operacionalidade do *private enforcement* do direito da concorrência: dissuasão, ações coletivas e *third-party litigation funding*. *Revista da Concorrência e Regulação*, Lisboa, n. 45, p. 103-141, jan./mar. 2021. Disponível em: <https://www.concorrenca.pt/pt/revista/revista-da-concorrenca-e-regulacao-45>. Acesso em: 8 fev. 2024.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (32. Câmara de Direito Privado). *Apelação nº 0130316-15.2011.8.26.0100*. Ação indenizatória. Compra e venda de nitrogênio líquido e locação de equipamentos. Referência a suposto “cartel” do gás industrial, práticas abusivas de preços e reajustes contratuais indevidos. Causa de pedir fundada em decisão administrativa do Cade, anulada no âmbito da Justiça Federal, pois sustentada em provas ilícitas [...]. Apelante: Air Liquide Brasil Ltda. Apelada: Granel Química Ltda. Relatora: Des. Maria de Lourdes Lopez Gil, 22 de junho de 2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em: 8 fev. 2024.

SECTION 5 of the Clayton Act - consent decrees and the statute of limitations. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 22, n. 2, p. 514-524, 1955. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol22/iss2/14/>. Acesso em: 8 fev. 2024.

THE DIGITAL Markets Act: ensuring fair and open digital markets. [S. l.]: European Commission, [201-]. Disponível em: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en. Acesso em: 8 fev. 2024.

UNITED STATES. *Clayton Act*. [S. l.]: GPO, Apr. 23, 2020. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-3049/pdf/COMPS-3049.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2024.

_____. *15 U.S. Code Chapter 1 - Monopolies and Combinations in Restraint of Trade*. [Ithaca, NY]: Cornell Law School, Legal Information Institute, [2023a]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-1>. Acesso em: 8 fev. 2024.

_____. *15 U.S. Code Subchapter I - Federal Trade Commission*. [Ithaca, NY]: Cornell Law School, Legal Information Institute, [2023b]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-2/subchapter-1>. Acesso em: 8 fev. 2024.

WILS, Wouter P. J. Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe? *World Competition*, [s. l.], v. 26, n. 3, p. 473-488, Sept. 2003. DOI: <http://dx.doi.org/10.54648/WOCO2003023>.

Licenciamento

Trabalho sob licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

O silêncio não cura: discurso de ódio, liberdade de expressão e Psicanálise

Silence does not heal: hate speech, free speech and Psychoanalysis

Marcelo Campos Galuppo¹

Resumo

O objetivo do artigo é demonstrar por que há razões estratégicas para se permitir a manifestação de discursos que contenham palavras capazes de machucar o ouvinte. Para isso, inicia-se por uma redefinição do *discurso de ódio* em sua conexão com o conceito de *autonomia*; e, passando pela análise da etiologia psíquica da violência social, utiliza-se da obra de Sigmund Freud para justificar uma ampla liberdade de expressão.

Palavras-chave: discurso de ódio; liberdade de expressão; Psicanálise; liberalismo.

Abstract

This paper aims to show why there are strategic reasons to allow a great measure of hateful speeches. Departing from the redefinition of *hate speech* (and taking into account its connection with the concept of *autonomy*) and from the analysis of the etiological psychical causes of social violence, we use Sigmund Freud's ideas to justify a broad measure of freedom of speech.

Keywords: hate speech; free speech; Psychoanalysis; liberalism.

Recebido em 12/7/23

Aprovado em 30/11/23

¹ Marcelo Campos Galuppo é doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; professor dos programas de graduação e pós-graduação em Direito da UFMG e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. E-mail: marcelogaluppo@uol.com.br

O homem que primeiro lançou uma palavra ofensiva a seu inimigo em vez de uma flecha foi o fundador da civilização (Freud, [1893], tradução nossa).⁴

1 Introdução

O artigo pretende demonstrar que, de um ponto de vista estritamente psicanalítico, o processo de expressar-se na arena pública é essencial para que o sujeito se autoconheça, e pode ser um mecanismo eficaz para vencer o narcisismo, que, aliado ao fenômeno das massas, pode dar origem a discursos de ódio e a discursos ofensivos. Isso pode ser uma boa razão para se autorizar a maior amplitude possível de discursos, desde que não induzam imediatamente à violência contra determinados grupos. Nesse ponto, convergem as teorias liberais do Direito e a teoria psicanalítica – e, como esta, exigem a distinção entre discursos ofensivos (e palavras que machucam) e discursos de ódio em sentido estrito, isto é, os que intencionalmente visam a induzir, de maneira imediata, à violência física contra determinados grupos sociais. Ao lançar mão do instrumental da Psicanálise freudiana, sobretudo no modo como é reinterpretado por Jill Gentile, e do liberalismo de John Stuart Mill, este artigo pretende partir da relação entre violência e sociedade e do narcisismo como origem do ódio social para repensar a amplitude dos discursos permissíveis numa sociedade democrática.

2 Violência e discurso de ódio

A violência parece ser ubíqua na natureza e, em especial, na vida humana. Seja por causa das agressões a que o ego está sujeito pelo meio, seja por sua própria pulsão de destruição, a vida psíquica e a existência física encontram-se sempre em risco, ameaçadas constantemente por um princípio desestruturador. De violações sexuais e da integridade corporal, de abusos de autoridade, passando pela agressão de patógenos, pela fome e por cataclismos e desastres naturais, a fragilidade de tudo quanto é vivo torna-se um problema para o ser humano na medida em que ele se conscientiza de sua finitude e limitação.

² GALUPPO, Marcelo Campos. O silêncio não cura: discurso de ódio, liberdade de expressão e Psicanálise. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 241, p. 139-155, jan./mar. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p139

³ Galuppo, M. C. (2024). O silêncio não cura: discurso de ódio, liberdade de expressão e Psicanálise. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(241), 139-155. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p139

⁴ A palestra de Freud não deve ser confundida com o artigo de mesmo nome, publicado no mesmo ano por Breuer e Freud (2016). Para consultar a palestra do autor publicada no Brasil, ver Freud (2023, p. 45).

Dois dentre os mecanismos para lutar contra essa iminente aniquilação foram, de um lado, a organização do aparelho psíquico sob a forma do *ego* e, de outro, a organização da própria sociedade sob a forma de *civilização*. Somente assim foi possível ao ser humano lutar contra o poder da natureza, dos outros e, em certo sentido, das próprias pulsões, ainda que a custo de neuroses que se constroem com base nas limitações impostas por aquelas organizações (Freud, 2010d, p. 45).

Paradoxalmente⁵, a mesma civilização que permitiu que a violência fosse contida permitiu também que ela fosse reintroduzida na vida social sob a forma do Estado. Contudo, essa violência não é mais a violência da natureza, sem lei, equalizadora de todos em seu poder de destruir⁶. Após a intervenção do processo civilizador (pela organização da linguagem e pelo duplo processo de repressão/sublimação⁷), recorreu-se a uma nova violência, duplamente submetida à lei, seja porque o modo como ela se insinua supõe a regulação do que é o *normal*, seja porque o que a caracteriza agora não é mais o acaso da natureza, a ausência da lei, o contingente, mas a *violação* da lei. Se na natureza não há critério que defina previamente quem deve morrer ou ter sua liberdade restringida, no Estado a lei estabelece as hipóteses em que (e o modo como) isso pode ocorrer, regulando sua própria aplicação e, portanto, os meios pelos quais a violência reentra no social. Em outras palavras, se na natureza a violência se identifica como pura força física, entendida como o poder de um organismo de destruir outro, na sociedade a violência é antes a *violação* da lei, a quebra do contrato, a subversão dos pressupostos sob os quais a vida social é regulada de modo simbólico. Se a violência pressupõe sempre a coerção e a desigualdade de forças, seu traço específico na sociedade é a ruptura da lei, e não sua ausência (Costa, 1984, p. 92). Esse tipo de violência – por exemplo, do sistema judiciário e do sistema policial – é “um tipo de negociação que, através do emprego da força e da agressividade, visa encontrar soluções para conflitos que não se deixam resolver pelo diálogo e pela cooperação” (Costa, 1984, p. 47).

Em seu modo de ser, a violência natural, contra a qual se insurge a violência do Estado, também se manifesta na vida social de várias maneiras – reaparecendo, apesar do esforço da violência do Estado tentar contê-la –, que vão do homicídio às desigualdades estruturais intransponíveis que negam direitos a determinados grupos na sociedade, podendo ser física, psicológica e simbólica. A violência *física* age sobre o corpo das pessoas imediatamente (sem

5 Os paradoxos da relação entre vida psíquica e vida social são estudados por Freud em *O mal-estar na civilização*, entre outras obras (Freud, 2010d).

6 O poder de empregar a violência iguala a todos na natureza, como observava Rousseau (2017, p. 102), cuja teoria, em muitos aspectos, já antecipava a antropologia pressuposta pela Psicanálise freudiana.

7 A repressão é a “operação psíquica tendente a fazer desaparecer da consciência um conteúdo desagradável ou inoportuno” e a sublimação é “o processo postulado por Freud para explicar atividades humanas sem qualquer relação aparente com a sexualidade, mas que encontrariam seu elemento propulsor na força da pulsão sexual [como, por exemplo] [...] a atividade artística e a investigação científica” (Laplanche; Pontalis, 1983, p. 594, 638). Ambos são mecanismos pelos quais as pulsões, que podem ser violentas por sua própria natureza, são socialmente controladas – por exemplo, pelo estabelecimento de limites à sua atuação social, mediante regras de etiqueta, regras jurídico-policiais ou por meio da obra de arte, a qual representa de forma socialmente aceitável algo que é socialmente inaceitável, ou seja, algumas formas de violência. Esses processos são analisados por Freud em obras que estruturam sua antropologia (ou sua psicologia social), como *Totem e tabu* (Freud, 2012).

a mediação da palavra), como no estupro e na lesão corporal; a violência *psicológica* atua sobre o aparelho psíquico e inibe o funcionamento adequado de seu processo autoprotetivo; e a violência *simbólica* impõe enunciados sobre o real e leva alguém a “adotar como referencial exclusivo de sua orientação no mundo a interpretação fornecida pelo detentor do saber” (Costa, 1984, p. 75), de modo a submeter quem a sofre ao controle ilegítimo, muitas vezes imperceptível, por alguém. Poder-se-ia questionar sobre outras formas de violência, como a econômico-social, que relega seres humanos à condição de quase humanos, ou a violência sexual, em que alguém se torna apenas meio para a satisfação da libido de outrem. No entanto, a divisão da violência em física, psicológica e simbólica tem como critério o *modo* como ela atua sobre o indivíduo, ao passo que a violência econômico-social (assim como a sexual, e outros tipos de violência) tem como critério o *bem* (ou *direito*) sobre o qual ela recai. Tal é o caso, por exemplo, da *violência sexual*, que se pode exercer de modo físico, psicológico ou simbólico. Para o fim de discutir sobre a liberdade de expressão e o discurso de ódio é a primeira classificação que interessa de modo direto, porque tem a ver com o *modo* como se exerce a violência, e não com seu conteúdo.

A violência, como infração da lei, assume muitas formas, e uma delas se efetiva por meio da expressão de ideias, mais especificamente mediante aquilo que se convencionou chamar *discurso de ódio*, definível como um discurso repugnante ou ofensivo cujo objetivo é induzir alguém a agir fisicamente de maneira antijurídica contra um terceiro, pelo simples motivo de ele pertencer a um grupo minoritário. A definição proposta, que afasta do discurso de ódio a ofensa e as palavras que machucam (ainda que estas possam causar o sofrimento de alguém), decorre, de um lado, da análise da definição de *dano* apresentada por John Stuart Mill em seu livro *Sobre a liberdade* e, de outro, da análise dos fundamentos apresentados no célebre caso *Brandenburg v. Ohio*, decidido pela Suprema Corte dos EUA em 1969. Em *Sobre a liberdade*, Mill (2000) refere-se ao emprego de força para constranger alguém a agir contra sua vontade – ou ao emprego de um mecanismo que impeça a resistência de sua vontade – como o único tipo de comportamento que pode ser limitado legitimamente pelo Estado. No caso *Brandenburg v. Ohio*, Clarence Brandenburg foi condenado no estado de Ohio por ter convocado uma reunião da Ku Klux Klan por meio de cartazes em que se utilizavam palavras injuriosas, e tais atos eram proibidos pelas leis do estado. A Suprema Corte anulou a decisão estadual porque ela não conseguiu estabelecer a distinção entre a mera defesa de um ponto de vista (que seria protegida pela liberdade de expressão, ainda que ofensiva) e o incitamento a uma ação antijurídica iminente (que configuraria um discurso de ódio não protegido pela 1ª Emenda à Constituição dos EUA). Esse caso fixa como critério para a restrição a um discurso de ódio o chamado *teste de Brandenburg*, segundo o qual um discurso só deve ser impedido se preencher três condições: ele deve ter a *intenção*

de incitar alguém a produzir, de maneira iminente, um ato que viole um direito de outrem, com alta *probabilidade*⁸ de produzir o resultado intencionado.

Nesse sentido estrito, em lugar algum do mundo o discurso de ódio é permitido (Waldron, 2012, p. 8, 29, 236) como discurso cujo objetivo seja induzir imediatamente alguém a agir fisicamente de maneira antijurídica contra um terceiro, pertencente a determinada minoria, pelo simples motivo de pertencer a esse grupo, porque isso reintroduziria a violência natural, afastada pelo processo civilizatório, utilizando “o direito que lhe foi concedido para destruir a ordem que funda essa concessão” (Costa, 1984, p. 37).

De acordo com Brugger (2007, p. 118), a questão que divide judiciários, legislativos e juristas de diferentes países é: *que tipo de discurso ofensivo ou repugnante faz parte da classe específica, mais restrita, de discursos de ódio – sendo, portanto, proibido –, e que tipo de discurso, ainda que ofensivo, se exclui dessa classe?* Trata-se, pois, de uma questão sobre a extensão semântica do conceito, o qual não seria ambíguo, mas vago⁹. Para responder à indagação a respeito de que tipos de discursos devem ser denotativamente incluídos na classe dos discursos de ódio, é necessária uma teoria que permita compreender o que legitima um indivíduo a agir contra outros e que ao mesmo tempo possa fixar limites para essa ação. Boas candidatas para essa função são as teorias liberais da democracia.

Teorias liberais da democracia¹⁰ costumam estabelecer que a autonomia individual e a agência humana (ou seja, a capacidade da vontade de um indivíduo de determinar causalmente sua ação) são ao mesmo tempo o fundamento e o mecanismo que explicam a sociedade como ente artificial cooperativo, mesmo que limitador da ação individual. Para tais teorias, a ação dos indivíduos (entre as quais a liberdade de expressar-se) só pode ser limitada na medida em que viole a integridade (e, portanto, a capacidade de autodeterminar-se) de outro indivíduo. John Stuart Mill chamou a esse princípio limitativo da ação humana de *harm principle* (princípio do dano):

A autoproteção constitui a única finalidade pela qual se garante à humanidade, individual ou coletivamente, interferir na liberdade de ação de qualquer um. O único propósito de se exercer legitimamente o poder sobre qualquer membro de uma comunidade

⁸ O que torna os discursos de ódio dependentes do contexto, ao contrário dos discursos ofensivos (que contenham apenas palavras que machucam), que pretendem violar os limites entre contextos diferentes.

⁹ Um termo é ambíguo se contém significados múltiplos, como a palavra *banco*, que pode referir-se a uma peça de mobiliário, a uma massa de areia, a uma instituição financeira. Um termo é vago se apresenta casos limítrofes, como a palavra *citrico*, que engloba laranjas, tangerinas, limões ou toranjas, e *manga*, que engloba manga Haden, manga Palmer ou manga Espada. Sobre a diferença entre *vagueza* e *ambiguidade*, ver Poscher (2016).

¹⁰ O termo *liberal* aqui não implica alinhamento ideológico à direita ou à esquerda do espectro político, nem sequer, em sentido estrito, determinada concepção sobre a relação entre mercado e Estado. A questão de fundo, que autoriza o emprego do termo *liberal*, tem a ver com as diversas concepções sobre a relação entre o Estado e o indivíduo, atribuindo a ela uma função redistributiva ou não. Teóricos do chamado *liberalismo igualitário*, como Rawls (1997), costumam conceber políticas públicas inclusivas e redistributivas como legítimas, ao passo que teóricos do chamado *libertarianismo*, como Nozick (2011), costumam concebê-las como danosas para a própria concepção liberal de sociedade. Neste artigo, o termo *liberalismo* liga-se às concepções políticas (e talvez morais) para as quais a autonomia dos indivíduos é considerada o fundamento – e o limite – legitimador de determinado modelo de integração dos planos individuais de ação.

civilizada, contra sua vontade, é evitar dano aos demais. Seu próprio bem, físico ou moral, não é garantia suficiente [para agir contra sua vontade] [...]. A única parte da conduta de cada um pela qual é responsável perante a sociedade é a que diz respeito aos outros. Na parte que diz respeito apenas a si mesmo, sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu corpo e mente, o indivíduo é soberano (Mill, 2000, p. 17-18).

A questão controversa com relação ao *harm principle* é que tipo de violência é vedada por ele. Alguns autores liberais, como Waldron (2012), afirmam que ele deve ser entendido de modo amplo para abarcar não só a violência física mas também a psicológica e até a simbólica. Há, no entanto, boas razões para se limitar o conceito à *violência física*, a única que se produz imediatamente sobre o indivíduo, ou seja, independentemente de si próprio. Os conceitos de *violência psicológica* e de *violência simbólica* podem ser incertos demais para permitir sua limitação jurídica. Dizer *incerto* aqui significa que a irresistibilidade da violência pode ser avaliada de modo distinto por sujeitos distintos. É uma questão disputada se, ao insultar-me, alguém impede que minha autonomia se exerça de modo livre. No entanto, o exercício da violência física para impedir-me de agir (ou constranger-me a agir contra minha vontade) não é disputado no mesmo sentido: se alguém me mantém preso, desfere um golpe físico contra mim ou me violenta é algo que qualquer sujeito concordaria em reconhecer, mesmo que a violência física seja incapaz de produzir efeitos – por exemplo, se alguém visivelmente mais fraco que eu ameaçar-me fisicamente, ainda assim um terceiro poderia reconhecer sua ocorrência. Em outros termos, há uma *objetividade* na violência física que a violência simbólica e (certamente) a violência psicológica não compartilham. Por *objetividade* quer-se dizer que um evento se pode mensurar por mais de um ser (por exemplo, por termômetros distintos) e produzir a mesma avaliação (igualmente medirem, por exemplo, minha temperatura como sendo 39°). Dizer que a violência física pode ser avaliada objetivamente significa que, por exemplo, dois médicos distintos podem avaliar de modo idêntico a lesão produzida em alguém.

Por outro lado, no caso do discurso, a violência psicológica pode ser inseparável de qualquer discurso que me desagrade. Por exemplo: quando sou o proprietário de uma lanchonete numa praça e outro comerciante instala um negócio concorrente na mesma região, tenho motivos reais para temer pela segurança (pelo lucro) que meu negócio me proporcionava, e isso pode causar-me sofrimento¹¹. Esse argumento está contido, de certa forma, na obra de Mill (2000, p. 144), para quem,

ao perseguir um objetivo legítimo, um indivíduo necessária e [...] legitimamente provoca a dor ou a perda a outros, ou impede [a percepção de] um bem que estes poderiam

¹¹ Do mesmo modo, a violência simbólica também não pode ser totalmente eliminada de qualquer discurso: quando me utilizo do discurso para convencer alguém, minha própria estrutura psíquica impede-me de limitar-me a argumentos puramente racionais. Isso significa, como diz Butler (2021), que, como sujeito do discurso, não tenho controle absoluto sobre ele, não sou soberano em relação a ele, assim como quem o ouve também não pode desfazer-se facilmente de todos os elementos não racionais que tentam controlar o modo como ele é interpretado.

razoavelmente esperar. [...] A sociedade não reconhece aos competidores frustrados nenhum direito legal ou moral a ficar imune a esse tipo de sofrimento, e somente se sente chamada a interferir quando os meios empregados para alcançar o êxito são contrários ao que o interesse geral permitir, a saber: a fraude, a traição¹² e a força.

O termo *fisicamente*, por conseguinte, importa para definir discurso de ódio porque, quando se pretende proibi-lo, o que se quer proibir são atos que induzam imediatamente à violência sobre o corpo e os bens de determinadas pessoas que pertencem a um grupo social. Por exemplo: com relação à homofobia ou ao racismo, o que se quer impedir é que pessoas tornadas vulneráveis por sua orientação sexual ou por sua cor corram qualquer risco em sua integridade física e patrimonial que possa ser ligado causalmente ao proferimento do discurso de ódio.

Não é desses discursos de ódio (em sentido estrito) que trata o presente artigo, mas daqueles discursos que se identificam com palavras que machucam (Butler, 2021, p. 85), mesmo que possam prejudicar a autoimagem e o valor que certo grupo cria de si próprio (Waldron, 2012), mas que não tenham alta probabilidade de induzir imediatamente à violência física contra ele. A questão aqui gira em torno de discursos que sejam ofensivos – “palavras que machucam”, como diz Butler (2021) –, mas que não preencham os requisitos do teste de Brandenburg para limitá-los. Nas próximas seções, demonstrar-se-á por que, de um ponto de vista da Psicanálise, pode ser útil permitir a mais ampla expressão de ideias em sociedades complexas, a despeito de serem ofensivas. Se esse pressuposto estiver correto, somente discursos que induzam imediatamente à violência física devem ser proibidos numa sociedade democrática; e pode ser nocivo, tanto para quem é odiado quanto para quem odeia, proibir discursos que, conquanto ofensivos, não tenham esse potencial. Contudo, só podemos entender isso compreendendo as raízes do próprio ódio social.

3 Narcisismo e violência

Do ponto de vista da metapsicologia freudiana¹³, é provável que o discurso ofensivo tenha origem num processo narcísico. Originalmente, o narcisismo caracteriza uma fase do desenvolvimento psíquico da criança (que Freud chamou de *narcisismo primário*) em

¹² A fraude e a traição não são violências apenas psicológicas, nem sequer simbólicas, embora possam dar causa a elas, porque impedem o funcionamento adequado da cognição e porque se concretizam em eventos do mundo fenomênico físico (por exemplo: ocultando ou alterando um documento, que tem uma existência física), objetivo, observável por qualquer um.

¹³ Em obras como *Totem e tabu*, *Psicologia das massas e análise do eu* e *O mal-estar na civilização*, Freud (2010d, 2011, 2012) pressupôs em larga escala que as categorias de sua metapsicologia poderiam ser empregadas para se compreender o funcionamento da sociedade, ou seja, para se construir uma psicologia social; ou, ainda, como pensa Paul-Laurent Assoun, uma antropologia psicanalítica (Lindenmeyer, 2018). Em outros termos, Freud pressupôs que a formação da sociedade tem algum tipo de paralelismo com a constituição do sujeito individual. A demonstração da correção desse pressuposto demandaria uma análise mais aprofundada e extensa que permitam os limites deste artigo; e é pressuposta neste artigo porque parece ser suficientemente aceita pela teoria psicanalítica e pela Antropologia – por exemplo, Fernandes (1988, p. 7).

que o ego busca em si próprio o objeto de seu amor e, mais precisamente, em seu próprio corpo, a satisfação de seus desejos e a fonte de seu prazer (Freud, 2010c, p. 15). Esse comportamento, normalmente superado pelo amadurecimento do aparelho psíquico (quando o objeto do desejo passa a ser outro), pode retornar em casos em que o objeto de amor não responde aos seus investimentos do modo como ele esperava. A essa nova forma do narcisismo, Freud (2010c, p. 16-17) chamou de *narcisismo secundário*, “edificado sobre um narcisismo primário que foi obscurecido por influências várias” e que se manifesta, muitas vezes, como *megalomania*: “uma superestimação do poder de seus desejos e atos psíquicos, a ‘onipotência dos pensamentos’, uma crença na força mágica das palavras”. É desse tipo de narcisismo, o secundário, que se trata, quando falamos dele como origem de discursos ofensivos (ou mesmo de discursos de ódio).

Segundo Freud (2010c), quando o investimento libidinal num objeto externo fracassa, esse investimento tende a retornar sobre o ego, que se torna a única fonte de prazer e de satisfação para o indivíduo. Quando não percebo determinada resposta ao desejo que sinto pelo outro, transformo a mim mesmo, de maneira substitutiva, em objeto de meu desejo. Em alguns sujeitos, essa regressão a um estado infantil tende a assumir um caráter permanente, e o sujeito passa a lutar contra aquilo que pode retirá-lo da situação de autossatisfação em que se encontra. O impulso de autoconservação desse sujeito é avesso à mudança, na medida em que da mudança pode provir a dor, o sofrimento. O ego narcísico tenta evitar a mudança, porque dela pode provir o desprazer desestruturador do equilíbrio psíquico (Freud, 2010c): sair do narcisismo pode significar voltar à antiga dor. E o fator de mudança é aquilo que é diferente, o outro, que precisa agora ser combatido e, se possível, eliminado. O sujeito narcísico só pode amar a quem é igual a si mesmo, só pode amar “a) o que [ele mesmo] é ([só pode amar] a si [mesmo]), b) o que [ele mesmo] foi, c) o que [ele mesmo] gostaria de ser” (Freud, 2010c, p. 36¹⁴). As antipatias e aversões revelam, pois, um mecanismo narcísico, em que “podemos reconhecer a expressão de um amor a si próprio, um narcisismo que se empenha na afirmação de si” (Freud, 2011, p. 57).

Esse mecanismo do narcisismo, gerador do ódio ao que é diferente, ódio ao outro, pode ser potencializado quando o indivíduo encontra o respaldo de uma massa; e por isso pode ser interessante responder à pergunta sobre por que determinados grupos, como os neonazistas¹⁵, se dedicam de maneira tão sistemática ao discurso ofensivo e, no limite, ao discurso de ódio. Isso ocorre por causa da identificação e da sugestão que estão na origem das massas sociais, estudada por Freud (2011) em *Psicologia das massas e análise do eu*. Freud (2011, p. 76) entende que “uma massa [...] é uma quantidade de indivíduos que puseram

¹⁴ Freud (2010c) identifica um quarto objeto que Narciso pode amar, mas que só se aplica à mulher, ou, mais precisamente, às mães: “a pessoa que foi parte dela mesma”. Aparentemente esse caso não interessa para a questão do discurso de ódio e do discurso ofensivo.

¹⁵ Grupos neonazistas protagonizaram em 1977 uma marcha na cidade de Skokie (no estado de Illinois), amparados por uma decisão da Suprema Corte (*National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 1977). Dentre os argumentos usados pela Corte estava o de que os mesmos argumentos usados para proibi-la poderiam ter sido utilizados para proibir as marchas de direitos civis capitaneadas por Martin Luther King, Jr.

um único objeto [o líder] no lugar de seu ideal do Eu [ou seja, de seu Superego] e, em consequência, identificaram-se uns com os outros em seu Eu”. Ou, como ele afirma em *A dissecação da personalidade psíquica*, “uma junção de indivíduos que introduziram a mesma pessoa em seu Super-eu e, com base nesse elemento em comum, identificaram-se uns com os outros em seu Eu” (Freud, 2010a, p. 206).

Essa massa, por seu alto vínculo afetivo e pela alta inibição de sua inteligência, que decorre da substituição da pulsão reprimida, mas civilizadora, pelo desejo de satisfação pulsional imediato (Freud, 2011, p. 40), e não protelado (Freud, 2010b, p. 117), é muito perigosa, como Freud (2011, p. 26) reconhece:

[A massa] produz no indivíduo uma impressão de poder ilimitado e perigo indomável. Por um momento ela se colocou no lugar de toda a sociedade humana, a portadora da autoridade, cujos castigos a pessoa teme, e em nome da qual se impuseram tantas inibições. É claramente perigoso estar em oposição à massa; sente-se mais segurança ao seguir o exemplo que aparece ao redor, até mesmo “uivando com os lobos” eventualmente.

Forma-se uma massa por um duplo processo de sugestão pelo líder ou por uma ideia condutora (e de amor a esse sujeito) e de identificação entre os indivíduos que a compõem. No entanto, o que unifica a massa (o investimento libidinal em relação ao outro, ao líder, à ideia) pode ser também negativo: “o ódio a uma pessoa ou instituição determinada poderia ter efeito unificador e provocar ligações afetivas semelhantes à dependência positiva” (Freud, 2011, p. 55). O ódio ao diferente é o que constitui uma massa, como a dos neonazistas. Para esses grupos, seu discurso ofensivo de oposição (por exemplo, o suprematismo branco) passa a ser instrumento de formação de sua identidade psíquica. Tanto na teoria liberal quanto na Psicanálise há razões suficientes para se proibir o discurso de ódio de tais grupos quando pode induzir imediatamente à violência física sobre aqueles que odeiam.

De acordo com a Psicanálise, há um contrato implícito que se estabelece entre o analista e o analisando que permite a este dizer tudo (por meio da livre associação), mas que não lhe permite agredir o analista ou a um terceiro – razão por que Gentile (2016) lembra que o contrato se suspende quando fica evidente para o analista que, por sua manifestação, o paciente está em vias de agredir fisicamente a alguém. É sempre a iminência de desencadear a violência física que pode restringir o discurso. A interrupção deve ser imediata, na primeira manifestação violenta, porque a violência, por sua força atávica, tende a sair de controle, não só do analista, mas também do analisando (Gentile, 2016). Trata-se de uma ideia correlata à de limitação do discurso de ódio pelo *harm principle* da teoria de Mill (2000).

Disso se poderia inferir também que haja motivos para silenciar compulsoriamente membros desses grupos em suas manifestações ofensivas, mesmo quando não tenham o potencial de induzir imediatamente à ação. Entretanto, parecem existir razões bastantes para se recomendar a escuta atenta de tais discursos, isto é, para se permitirem tais

manifestações, ainda que submetidas a alguma forma de controle. Há razões para também se afirmar que silenciar tais discursos não é a melhor forma de responder à pulsão (intensificada pela massa) de destruição do que lhe é (à primeira vista) desigual; e para se afirmar que a “cura” de tais grupos depende de se permitir que eles falem, mesmo que de modo controlado.

4 O silêncio não cura: ouvindo os discursos ofensivos e as palavras que machucam

Um argumento comum para limitar o discurso – e, em especial, o discurso ofensivo – é que, como ele tem o potencial de propagar-se, silenciar tais discursos poderia afinal minimizar o ódio que alguém ou um grupo sente por outro. O pressuposto para silenciá-lo é que aquilo que não é falado é esquecido, de modo que silenciar tais discursos poderia produzir certa paz na sociedade e evitar a eclosão de uma guerra ou de um massacre – “proibam-no de falar; quem sabe ele esquece...” A experiência, porém, mostra o contrário¹⁶. Há fortes indícios de que leis que visavam conter o discurso de ódio na Alemanha antes do nazismo, ou em Ruanda antes do massacre dos *tutsis* pelos *hutus*, tiveram pouco efeito (Baker, 2009, p. 147). A ineficiência de tais leis decorre do fato de que, em estágios iniciais de violência verbal, sua proibição ou não será efetiva contra os casos mais graves, sendo incapaz de detectá-los, ou não cobrirá todos os casos de violência. Em estágios mais avançados de violência, ou a aplicação da lei será impossível, ou será contraproducente – criando mártires, por exemplo (Baker, 2009, p. 149)¹⁷. Na verdade, duas razões indicam que proibir tais discursos pode gerar o oposto do que se pretende¹⁸. Em primeiro lugar, a proibição de certos discursos pode aumentar (ou criar) o senso de opressão de indivíduos ou grupos racistas e, assim, aumentar sua raiva e sua crença de que devem agir para reverter uma ação interpretada como injusta (Baker, 2009, p. 152). Em segundo lugar, quando não podemos reconhecer os odiosos, porque foram silenciados, não podemos identificar de onde vem o risco de nova agressão; e, assim, ela se torna latente, silenciosa, mas onipresente: o lobo pode estar ao seu lado, escondido sob a pele de cordeiro que a lei lhe impôs. E, se posso impedir o outro de expressar-se porque suas palavras ofendem, com mais razão deveria impedi-lo de votar, pois sempre há o risco de ele se tornar maioria; fazê-lo, no entanto, seria uma

¹⁶ Há indícios de que a censura de discursos ofensivos nas redes sociais pode alterar sua linguagem, mas não seu conteúdo. Sobre isso, ver Bedi (2021).

¹⁷ Existe também o risco de a limitação da liberdade de expressão produzir o que se chamou de *chilling effect*, ou seja, levar outras pessoas a restringirem sua própria manifestação com medo de serem cerceadas ou mesmo punidas, o que poderia impedir a expressão de ideias úteis para a formação do consenso, mas que se situassem no limite entre argumentos ortodoxos e heterodoxos.

¹⁸ É significativa a pesquisa realizada por Spanje e Vreese (2015). Eles demonstraram que a condenação do político de extrema direita Geert Wilders pela justiça holandesa em 2009, sob a alegação de proferir discurso de ódio durante as eleições daquele ano, contribuiu para a eleição de seu partido, o ultradireitista VVD. No mesmo sentido, ver Askola (2015).

contradição, porque só posso saber de sua existência deixando-o votar e manifestar-se, e ninguém parece estar pronto a aceitar tal ideia.

Na verdade, a Psicanálise indica que o comportamento violento ocorre quando não há maneiras de se realizar o discurso simbólico (Gentile, 2016, p. 122), o único apto a levar o sujeito a reencontrar-se consigo mesmo por meio do encontro com o outro (Gentile, 2016, p. 25).

Se o objetivo das leis contra a manifestação de ódio social é fazer os que odeiam se esquecerem de seu ódio, é preciso lembrar que, do ponto de vista do aparelho psíquico, o esquecimento é absolutamente impossível – e é ele, o esquecimento (e não a mentira e a falsidade) a antítese da verdade (Gentile, 2016, p. 201). A ideia comum sobre um suposto efeito benéfico do esquecimento é a “imagem da erosão: a usura do tempo, ao se exercer sobre as experiências, acabaria por limar as arestas [...] das lembranças correspondentes a estas experiências” (Mezan, 1988, p. 73). Contudo, a psique não é uma cidade em que os vestígios da cidade anterior são demolidos, implodidos, eliminados, para que novas estruturas se construam por cima. Nada é esquecido na cidade da psique, regida por um princípio que Freud (2010d, p. 20) chamou de *conservação do psíquico*.

A consciência pode esquecer-se; o inconsciente nunca o faz. Podemos não estar conscientes das pulsões que nos movem, mas elas estão ali, determinando nossas ações. A Psicanálise acredita que a grande maioria de nossas inclinações para a ação são inconscientes (Freud, 2014a, p. 29), e se escondem em nosso cotidiano por processos de sublimação, idealização e repressão. Por isso, “aquilo que foi excluído não desaparece por ter sido excluído [...]. Retorna sob a forma de repetição” (Mezan, 1988, p. 77), sob a forma do sintoma, uma “gratificação substitutiva” de algo que foi reprimido, mas que causa sofrimento¹⁹ “ao criar [para o indivíduo] dificuldades com o ambiente e a sociedade” (Freud, 2010d, p. 70).

A terapia psicanalítica, ou melhor, o *trabalho psicanalítico* “consiste em recuperar algo reprimido, trazê-lo à consciência para esvaziá-lo de sua carga traumática” (Mezan, 1988, p. 70). Por isso o silêncio tem efeitos tão nocivos, não permitindo que o indivíduo se debruce “sobre seu passado para exorcizá-lo, para expulsá-lo de si, torná-lo outro que si” (Mezan, 1988, p. 70). Como afirma o filósofo Comte-Sponville (2011, p. 490), “trata-se de restituir ao indivíduo sua história, para libertá-lo dela, pelo menos em parte, ou em todo caso para que ele deixe de ser um prisioneiro cego”. Sem falar, o inconsciente, que determina causalmente nosso comportamento (Brenner, 1987, p. 18), não pode tornar-se conhecido, permanecendo uma fonte misteriosa de atos falhos (muito bem sucedidos), sonhos e outros sintomas psíquicos, entre os quais se situa a violência. Aquilo que não foi objeto do discurso, inexoravelmente se manifestará como violência, sintoma do narcisismo. Por outro lado,

¹⁹ Todo sintoma tem essa dupla natureza: ele é uma tentativa de controlar a realidade, mas é também motivo de sofrimento para o neurótico. Por exemplo, no caso do comportamento obsessivo, a ordem que é imposta às coisas (roupas dispostas em padrão arco-íris no armário, objetos dispostos sobre a escrivaninha milimetricamente à mesma distância uns dos outros etc.) é uma tentativa de pôr ordem na realidade que parece caótica, mas acarreta também sofrimento para o neurótico, ou porque ele se sabe neurótico, ou porque encontra um elemento que não se encaixa na ordem criada pela psique do neurótico (num arco-íris de roupas, onde colocar a camisa preta?).

uma vez reconhecida, a pulsão deixa de ser mero gerador de sintoma, e pode deixar de ser violência, porque “a elaboração psíquica ajuda extraordinariamente no desvio interno de excitações que não são capazes de uma direta descarga externa, ou para as quais isso não seria desejável no momento” (Freud, 2010c, p. 30).

Costa (1988, p. 123) afirma que “a linguagem, quando não pode ser investida libidinalmente, produz distúrbios psicopatológicos”. Negado o direito de falar, como posso compreender a real causa de minha ação? Quando não expressamos abertamente nossas crenças, os desconfortos e os ódios tendem a retornar indiretamente sob a forma da violência física.

O que não é dito vira sintoma, e a pulsão recalçada permanece, emergindo a qualquer momento como violência, sintoma da repressão do desejo, que, desconhecido, mostra sua cara como agressão: “A violência, e não o desejo, é o gozo do perverso” (Kehl, 2016), que não conhece a si próprio, mas sobretudo que não conhece o princípio da realidade (que lhe impõe um limite), que não conhece a lei. No silêncio, o narcisista nunca poderá tornar-se consciente de sua pulsão²⁰, que permanecerá aparecendo sob a forma do sintoma, “indício e substituto de uma satisfação instintual que não aconteceu, [...] consequência do processo de repressão” (Freud, 2014b, p. 19), por meio da qual “o Eu obtém que a ideia portadora do impulso desagradável seja mantida fora da consciência” (Freud, 2014b, p. 20). O sintoma (a violência), uma defesa psíquica do sujeito contra a lembrança que o incomoda (Gentile, 2016, p. 185), é o indício de que algo que poderia ser (enamorar-se, voltar a amar o outro, recobrar a unidade do próprio ser) não aconteceu, talvez por causa do medo infantil, ainda que real, de que o outro nos rejeite novamente.

Como diz Schwartz (1986, p. 1.229, tradução nossa), “uma função crucial do discurso é [...] fornecer um resultado mais seguro do que a violência física para nossa agressividade, tanto para nós quanto para o outro”. Em vez de estimular-nos à ação (por exemplo, à violência), o discurso pode substituí-la. É o que pensa a psicanalista norte-americana Gentile (2016, p. 205, tradução nossa), para quem “a psicanálise também nos lembra de que o que não é nomeado permanece na região do inconsciente, no reino do trauma – de seu silêncio, de seu terror e de sua culpa. Enquanto permanece não simbolizado, o trauma produz repetição sob a forma de sintomas somáticos”²¹.

O silêncio, portanto, é uma *troca* nociva para todos. Se, em vez de convenceremos o sujeito que profere o discurso ofensivo, simplesmente o calamos, estamos impedindo que ele se submeta à cura que se faz pela palavra.

Não é propriamente o ato de falar, mas de resignificar o que se fala que cura – como pressupõe Butler (2021), que lança mão de conceitos psicanalíticos, reinterpretando-os na moldura de seu próprio pensamento. Não obstante, tal resignificação (individual ou

²⁰ É provável que ele também não se torne consciente de seu desejo enquanto tiver sua individualidade dissolvida na massa, e o esforço de uma política libertadora da violência não deve estar em proibir o discurso, mas descolá-lo da massa.

²¹ No original: “Psychoanalysis also reminds us that what is unnamed lies in the unconscious regions, in the realm of trauma – its silence, its terror, and its guilt. As it remains unsymbolized, trauma produces repetition in the form of (somatic) symptoms”.

social) não seria possível sem falar, ato que permite a livre associação, processo que articula os sentidos do mundo psíquico. Em última análise, a resignificação só será possível dialeticamente, se o sujeito que fala se encontrar com um ouvinte que também fala, ou seja, no discurso e no debate.

Aqueles que foram silenciados não podem trabalhar o luto, compreender que acabou, que sua visão de mundo não nos será imposta pela violência. Somente “o advento da simbolização permite uma terceira opção entre a repressão e a pulsão crua e nua: tornarmos-nos sujeitos à lei”²² (Gentile, 2016, p. 198, tradução nossa). No fundo, é disso que se trata. Permitir o discurso ofensivo, as palavras que machucam é permitir o trabalho do luto do odioso, que ele se liberte de seus fantasmas compreendendo-os – e, portanto, é também permitir que o sujeito (que manifesta suas opiniões como ódio) combata sua própria incapacidade para o luto,

isto é, [a] incapacidade para desprender-se de um passado intensamente investido, através dos procedimentos que todos nós utilizamos nestes casos, e cujo resultado mais evidente é que a figura ou o evento que anteriormente estavam tão carregados de afeto deixam de ter importância para nós, tornando-se relativamente indiferentes (Mezan, 1988, p. 69).

O silêncio não cura²³, porque não é possível esquecer. Argumenta Mezan (1988) que *esquecer* provém de *ex cadere*, “cair para fora de si”. Não nos é possível cair para fora de nós mesmos. Nosso ódio tem que ser sepultado, mas “é reinvestindo-o pelo trabalho do luto, inumando-o através de sua circulação pela psique, e não o colocando a distância por meio de um ‘pseudo-entendimento desapaixonado’ – é só assim que lhe permitimos morrer em paz” (Mezan, 1988, p. 79).

Em seu estudo sobre a livre-associação (método básico da Psicanálise pelo qual o inconsciente se revela ao analista – e ao próprio analisando) e sua conexão com a cura, Gentile (2016, p. 195, tradução nossa) lembra que “o que não é nomeado permanece sendo um fantasma”²⁴. A ideia de *fantasma* é muito mais rica do que parece à primeira vista: fantasmas não podem ser mortos, e assombram as casas que habitamos até que resolvamos, paradoxalmente, vê-los. É quando acendemos as luzes que eles desaparecem juntamente com a escuridão que permite que existam. Se alguma cura pode ser produzida para o ódio que dá origem ao discurso ofensivo, trata-se de uma cura pela palavra, pelo dizer, não pelo

22 No original: “The advent of symbolization grants us a third option between repression and naked, raw drive. We become subjects of the law”.

23 Nos estreitos limites deste artigo, não é possível lidar com outro problema: para me curar (de meu ódio, de minha violência), tenho o direito de tornar doente quem me ouve? Talvez a ideia de preferencialidade da liberdade de expressão sobre outros direitos constitucionais indique que tal risco compensa se puder, de algum modo, livrar-nos de eventos mais violentos – sobre o conceito de preferencialidade da liberdade de expressão, ver Miranda (2021).

24 No original: “What is not named remains a ghost”.

silêncio (Gentile, 2016, p. 181), e por isso apenas discursos que induzem de maneira intencional e imediatamente à violência física contra o outro deveriam ser proibidos. Nesse ponto, como mostra Gentile (2016, p. 111, tradução nossa), Psicanálise e liberalismo²⁵ encontram-se:

O psicanalista D. W. Winnicott e o juiz da Suprema Corte Oliver Wendel Holmes, Jr. chegaram a uma mesma conclusão partindo de duas questões muito distintas: se nossos medos e ódios permanecem sem serem ditos, nós permanecemos sendo seus reféns. Ambos reconheceram que o discurso conecta e traz à consciência os pensamentos, sensações e sentimentos (que, de outro modo, permaneceriam inconscientes), fazendo deles elementos de transformação²⁶.

Por outro lado, o discurso ofensivo, uma vez proferido, pode ser um mecanismo de construção das defesas por aquele que o sofre: palavras que machucam podem ser um instrumento de resistência (Butler, 2021, p. 13), sob a condição de que sejam proferidas – o que permite apropriar-se do discurso ofensivo e reformular-lhe o significado, retirando sua natureza citacional e contextual que o desvirtua. A natureza citacional do discurso de ódio e das palavras que machucam decorre do fato de palavras retiradas de seu contexto original para se nomear o sujeito objeto da ofensa. Pense-se, por exemplo, no uso da palavra *macaco* nas manifestações racistas em estádios de futebol, altamente citacional, porque retira-a de seu contexto original e ressignifica-a para tentar diminuir o valor de alguém. Um exemplo disso pode ser dado pela comunidade LGBT+: a palavra *bicha*, de um significado altamente pejorativo e desumanizador que lhe foi destinado pelos que a proferiam, foi retomada e ressignificada para, afinal, autoidentificar a própria comunidade LGBT+ como libertadora de seus desejos (e, talvez, realizadora dos desejos de quem ofende). Como diz Butler (2021), o destino perlocucionário das palavras (ou seja, os efeitos que pode produzir como *decorrência do discurso*) não pertence exclusivamente a quem as profere, e é possível transformá-lo de maneira performativa para que liberte aqueles que pretendia oprimir. O sujeito que profere o discurso não é *soberano* sobre seu destino (Butler, 2021). E é exatamente o dito (e não o silenciado) que permite a alguém apropriar-se performativamente do discurso ofensivo e violento, das palavras que machucam, uma vez que o sujeito que as profere não pode controlar o destino (o sucesso) de uma elocução.

É evidente que envolve risco permitir a quem me odeia que diga a todos sobre seu ódio, assim como a própria democracia está sempre em risco de ser sitiada por grupos violentos (Galuppo, 2021). Todavia, se não devêssemos confiar nos cidadãos – atribuindo-lhes

²⁵ Representado aqui pelas ideias de Oliver Wendell Holmes, Jr., o primeiro juiz da Suprema Corte norte-americana a defender uma ampla liberdade de expressão, profundamente influenciado pelas ideias do liberalismo de Mill; ver Lewis (2010).

²⁶ No original: “Psychoanalyst D. W. Winnicott and Justice Oliver Wendell Holmes arrived from two different angles at the same conclusion. If our fears and hatred are left unspoken, we remain their hostages. Both men implicitly acknowledge that speech connects and brings to consciousness otherwise disconnected thoughts, feelings, and sentiments, making them available for transformation”.

total autonomia para apresentarem na arena pública do debate todas as suas opiniões, confrontá-las e escolher aquelas que, na esfera pública, permitem a coexistência dos diversos modos de vida –, então seria melhor substituir a democracia pela aristocracia platônica, ou pelo despotismo esclarecido, e a própria violência passaria a ter um poder de veto na civilização. Foi sob esse argumento que se instalou na Alemanha um Estado hitlerista. Sem fé incondicional no ser humano, não há sentido na democracia.

5 Conclusão

Este artigo pretendeu demonstrar como o recurso à Psicanálise e ao liberalismo pode auxiliar na compreensão da origem de discursos odiosos e das palavras que machucam e por que devem ser permitidos, ainda que de forma controlada, se não puderem induzir imediatamente à violência física. A ideia básica é que o imposto ocultamento de tais discursos não é seguro para suas vítimas e, sobretudo, não pode contribuir para superar o ódio dos que o manifestam em relação aos que são diferentes.

Referências

ASKOLA, Heli. Taking the bait?: lessons from a hate speech prosecution. *Canadian Journal of Law and Society*, [s. l.], v. 30, n. 1, p. 51-71, Apr. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1017/cls.2014.15>.

BAKER, C. Edwin. Autonomy and hate speech. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (ed.). *Extreme speech and democracy*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2009. p. 139-157.

BEDI, Suneal. The myth of the chilling effect. *Harvard Journal of Law & Technology*, [s. l.], v. 35, n. 1, p. 267-307, 2021. Disponível em: <https://jolt.law.harvard.edu/assets/articlePDFs/v35/Bedi-The-Myth-of-the-Chilling-Effect.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2023.

BRENNER, Charles. *Noções básicas de psicanálise: introdução a psicologia psicanalítica*. Tradução de Ana Mazur Spira. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Imago; São Paulo: Edusp, 1987.

BREUER, Josef; FREUD, Sigmund. Sobre o mecanismo psíquico dos fenômenos histéricos. In: FREUD, Sigmund. *Estudos sobre a histeria: (1893-1895)*. Em coautoria com Josef Breuer. Tradução de Laura Barreto. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 18-38 (Obras Completas, v. 2).

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio?: algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Tradução de Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira. *Direito Público*, [s. l.], v. 4, n. 15, p. 117-136, jan./mar. 2007. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1418>. Acesso em: 1º dez. 2023.

BUTLER, Judith. *Discurso de ódio: uma política do performativo*. Tradução de Roberta Fabbri Viscardi. São Paulo: Ed. Unesp, 2021.

COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário filosófico*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

COSTA, Jurandir Freire. Narcisismo em tempos sombrios. In: FERNANDES, Heloisa Rodrigues (org.). *Tempo do desejo: sociologia e psicanálise*. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 109-136.

_____. *Violência e psicanálise*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

- FERNANDES, Heloisa Rodrigues. Prefácio. In: _____. (org.). *Tempo do desejo: sociologia e psicanálise*. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- FREUD, Sigmund. A dissecação da personalidade psíquica. In: _____. *O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos: (1930-1936)*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010a. p. 192-223. (Obras Completas, v. 18).
- _____. *Conferências introdutórias à psicanálise: (1916-1917)*. Tradução de Sergio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 2014a. (Obras Completas, v. 13).
- _____. Formulações sobre os dois princípios do funcionamento psíquico (1911). In: _____. *Observações psicanalíticas sobre um caso de paranoia relatado em autobiografia ("o caso Schreber"), artigos sobre técnica e outros textos: (1911-1913)*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010b. p. 108-121. (Obras Completas, v. 10).
- _____. Inibição, sintoma e angústia (1926). In: _____. *Inibição, sintoma e angústia, o futuro de uma ilusão e outros textos: (1926-1929)*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2014b. p. 13-123. (Obras Completas, v. 17).
- _____. Introdução ao narcisismo (1914). In: _____. *Introdução ao narcisismo, ensaios de metapsicologia e outros textos: (1914-1916)*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010c. p. 13-50 (Obras Completas, v. 12).
- _____. O mal-estar na civilização (1930). In: _____. *O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos: (1930-1936)*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010d. p. 13-122. (Obras Completas, v. 18).
- _____. Psicologia das massas e análise do eu (1921). In: _____. *Psicologia das massas e análise do eu e outros textos: (1920-1923)*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 13-113. (Obras Completas, v. 15).
- _____. Sobre o mecanismo psíquico dos fenômenos histéricos (1893). In: _____. *Primeiros escritos psicanalíticos: (1893-1899)*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2023. p. 32-48. (Obras Completas, v. 3).
- _____. Totem e tabu (1912-1913). In: _____. *Totem e tabu, contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos: (1912-1914)*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 13-244. (Obras Completas, v. 11).
- _____. *Über den psychischen Mechanismus hysterischer Phänomene*. [S. l.: s. n., 1893]. Disponível em: <https://www.textlog.de/freud/vorlesungen/ueber-den-psychischen-mechanismus-hysterischer-phaenomene>. Acesso em: 1º dez. 2023.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Liberdade de expressão, isegoria e verdade: a tensão entre democracia e república na política moderna. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 232, p. 195-212, out./dez. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p195. Acesso em: 1º dez. 2023.
- GENTILE, Jill. *Feminine law: Freud, free speech, and the voice of desire*. With Michael Macrone. London: Routledge, 2016.
- KEHL, Maria Rita. O desejo: a depressão e o desejo saciado. In: NOVAES, Adauto (cur.). *Entre dois mundos: 30 anos de experiências do pensamento*. Belo Horizonte: BDMG Cultura, 28 set. 2016. Ciclo de conferência. 1 vídeo (ca. 88 min). Publicado pelo canal Promoção e Difusão Cultural - FBN. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NLOEZSh7c1c&list=PLCzROMAEsC4UOxGhgtUokNW0AXF-NOsMC&index=2&t=2s>. Acesso em: 1º dez. 2023.
- LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, Jean-Bertrand. *Vocabulário da psicanálise*. Tradução de Pedro Tamem. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1983.
- LEWIS, Anthony. *Freedom for the thought that we hate: a biography of the First Amendment*. New York: Basic Books, 2010. (Basic Ideas).

LINDENMEYER, Cristina. A antropologia psicanalítica: uma chave para pensar o contemporâneo. Entrevista com Paul-Laurent Assoun. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*, São Paulo, v. 21, n. 3, p. 431-441, set. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/1415-4714.2018v21n3p431.2>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rlpf/a/3jkrQqqkvdQLPptWks9sTJC/?lang=pt>. Acesso em: 1º dez. 2023.

MEZAN, Renato. Esquecer? Não: in-quecer. In: FERNANDES, Heloisa Rodrigues (org.). *Tempo do desejo: sociologia e psicanálise*. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 65-79.

MILL, John Stuart. Da liberdade. In: _____. *A liberdade: utilitarismo*. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 1-174.

MIRANDA, Ana Elisa Silva. Apontamentos sobre a posição preferencial do direito à liberdade de expressão. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, DF, ano 20, n. 57, p. 44-66, jul./dez. 2021. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-57-julho-dezembro-2021/apontamentos-sobre-a-posicao-preferencial-do-direito-a-liberdade-de-expressao>. Acesso em: 1º dez. 2023.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. (Biblioteca Jurídica WMF).

POSCHER, Ralf. Ambiguidade e vagueza na interpretação jurídica. Tradução de Rafael Giorgio Dalla Barba. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito: RECHTD*, São Leopoldo, v. 8, n. 3, p. 272-285, set./dez. 2016. DOI: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2016.83.02>. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2016.83.02>. Acesso em: 1º dez. 2023.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. (Ensino Superior).

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *A origem da desigualdade entre os homens*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Penguin Classics: Companhia das Letras, 2017. (Grandes Ideias).

SCHWARTZ, Joel. Freud and freedom of speech. *American Political Science Review*, [s. l.], v. 80, n. 4, p. 1.227-1.248, Dec. 1986. DOI: <https://doi.org/10.2307/1960865>. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1960865>. Acesso em: 1º dez. 2023.

SPANJE, Joost van; VREESE, Claes de. The good, the bad and the voter: the impact of hate speech prosecution of a politician on electoral support for his party. *Party Politics*, [s. l.], v. 21, n. 1, p. 115-130, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1177/1354068812472553>.

WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2012. (The Oliver Wendell Holmes Lectures, 2009).

Licenciamento

Trabalho sob licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Uma análise da construção jurisprudencial de conhecimento e aplicação do HC coletivo no STF e no STJ

An analysis of the jurisprudential construction of knowledge and application criteria for collective HC as applied in STF and STJ

Carolina Trevisan de Azevedo¹

Camilo Zufelato²

Resumo

A despeito da ausência de previsão legal, o *habeas corpus* (HC) coletivo tem ganhado espaço na jurisprudência brasileira como instrumento destinado a tutelar ameaças ou violações coletivas ao direito à liberdade. Além de inaugurar o reconhecimento da medida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o HC 143.641 representa um marco devido à complexidade das discussões suscitadas. No entanto, as regras relativas à utilização do HC coletivo ainda são incipientes e carecem de discussões teóricas e investigações práticas. Diante disso, do cenário pandêmico que impactou o uso desse instrumento e com base na análise de acórdãos do STF e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), este estudo busca compreender como têm sido construídos os critérios de conhecimento e aplicação do HC coletivo no período compreendido entre o HC 143.641 e a data em que a crise sanitária da Covid-19 completou dois anos. Observa-se que a utilização do instrumento ainda enfrenta resistências, com critérios de conhecimento e aplicação vagos e aparentemente restritivos.

Palavras-chave: *habeas corpus* coletivo; HC 143.641; Covid-19; Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça.

¹ Carolina Trevisan de Azevedo é mestra pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil; advogada. E-mail: carolina.trevazevedo@gmail.com

² Camilo Zufelato é doutor pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil. E-mail: camilo@usp.br

Abstract

Despite the absence of a legal provision, the Collective HC has been gaining ground in Brazilian jurisprudence as an instrument aimed at protecting the threat or collective violation of the right to freedom. In this sense, HC 143.641 represents a milestone due to the complexity of the discussions brought, in addition to debuting the recognition of the measure by the Supreme Federal Court (STF). However, the rules guiding its practical use are still incipient, lacking theoretical discussions and practical investigations. Based on this and in view of the pandemic scenario that impacted the use of that instrument, this paper aims to understand how the criteria for knowledge and application of the Collective HC have been constructed in the STF and Superior Court of Justice (STJ) in the period following the HC 143.641 until the date the Covid-19 crisis completed two years. It should be observed that the use of that instrument still faces resistance, with criteria of knowledge and application that are vague and apparently restrictive.

Keywords: collective *habeas corpus*; HC 143.641; Covid-19; Supreme Federal Court; Superior Court of Justice.

Recebido em 9/8/23

Aprovado em 27/12/23

Como citar este artigo: ABNT³ e APA⁴

1 Introdução

A possibilidade de um mesmo evento danoso atingir simultaneamente a esfera jurídica de várias pessoas é um dos reflexos da progressiva complexidade das relações sociais, decorrente de processos como a globalização e o desenvolvimento científico e tecnológico. Como consequência, torna-se cada vez mais necessário desenvolver instrumentos jurídicos diferentes dos tradicionais, capazes de responder a contextos de violações coletivas de diferentes direitos. A repressão abusiva a manifestações pacíficas nas ruas, por exemplo, é uma ameaça/violação coletiva do direito à liberdade, que tem caráter primário, uma vez

³ AZEVEDO, Carolina Trevisan de; ZUFELATO, Camilo. Uma análise da construção jurisprudencial de conhecimento e aplicação do HC coletivo no STF e no STJ. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 61, n. 241, p. 157-190, jan./mar. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p157

⁴ Azevedo, C. T. de, & Zufelato, C. (2024). Uma análise da construção jurisprudencial de conhecimento e aplicação do HC coletivo no STF e no STJ. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, 61(241), 157-190. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p157

que é pressuposto para o exercício de outros direitos. No sistema prisional, a superlotação de presídios é também uma ameaça/violação a direitos fundamentais.

Diante de situações como essas, a doutrina e a jurisprudência passaram a discutir a demanda por um instrumento capaz de tutelar coletivamente o direito à liberdade, favorecendo a isonomia no tratamento de situações semelhantes: o *habeas corpus* (HC) coletivo. A polêmica em torno desse instrumento consiste na ausência de uma previsão normativa expressa.

Embora já se discutisse a utilização do HC coletivo antes de 2018, o instrumento adquiriu maior visibilidade e força a partir do HC 143.641, *writ* cujas pacientes são mulheres grávidas e mães de crianças ou pessoas com deficiência, para as quais, em determinadas condições, foi concedido o direito à prisão domiciliar com base no art. 318 do *Código de processo penal* (CPP), direito antes frequentemente negado, em razão das diferentes interpretações desse artigo (Brasil, 2018b).

A notoriedade do processo deve-se não apenas ao fato de ser o primeiro HC coletivo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) mas também à complexidade das discussões desenvolvidas até a decisão, das quais participou ativamente a sociedade civil, com a utilização de instrumentos dialógicos, como o *amicus curiae*. Os processos e as discussões doutrinárias anteriores e posteriores ao HC 143.641 aprofundaram a demanda e o cabimento do HC coletivo no ordenamento jurídico. Contudo, os critérios para o conhecimento e a aplicação desse instrumento ainda são incipientes, carecendo de maiores reflexões, a exemplo dos requisitos para sua utilização, da legitimidade ativa para propô-lo e da extensão de efeitos de suas decisões.

Diante da ausência de previsões normativas específicas, a jurisprudência pode oferecer substrato para discussões que visem ao aprimoramento do HC coletivo, à sua efetividade e contribuição para o acesso à Justiça. Parte-se do pressuposto de que é preciso entender seu estágio atual para evitar controvérsias vazias ou que não se harmonizem com a sedimentação e utilidade da medida.

Para melhor explorar os dados disponíveis na jurisprudência, adotou-se como norte o marco representado pelo HC 143.641, assim como a crise sanitária causada pelo novo coronavírus (Covid-19), contexto em que se desenvolveu esta pesquisa. As características da doença tornaram o cárcere um ambiente propício à sua disseminação e demandaram medidas urgentes de desencarceramento, como as sugeridas pela Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Assim, levantou-se a hipótese de que esse cenário impactaria a utilização do HC coletivo, em vista do seu potencial para atingir um número elevado de pessoas em situação semelhante e favorecer uma resposta judicial célere, isonômica e de grande impacto social.

Com base nessa constatação, definiu-se o objetivo de pesquisa: analisar como têm sido construídos jurisprudencialmente os critérios de conhecimento e aplicação do HC coletivo no STF e no Superior Tribunal de Justiça (STJ) no período que se inicia após a concessão do

HC 143.641 (20/2/2018) e se estende até o final dos dois anos da crise sanitária, de acordo com os parâmetros da Organização Mundial de Saúde (OMS).

O objetivo deste estudo não é aprofundar a demanda por um instrumento capaz de tutelar a liberdade de forma efetiva, ou o cabimento do HC coletivo no ordenamento jurídico nacional, tampouco se busca esmiuçar o HC apontado como marco jurisprudencial, uma vez que já existe uma vasta produção acadêmica acerca desses temas. Procura-se avançar na discussão sobre os contornos adquiridos pelo instrumento após a decisão paradigmática e dentro do marco temporal mencionado.

Quanto à metodologia, trata-se de estudo de caráter empírico, uma vez que analisa peças de processos judiciais para o levantamento de dados da realidade e a construção de inferências. A opção por acórdãos de HCs coletivos julgados pelo STF e pelo STJ justifica-se pela visibilidade e hierarquia desses tribunais. Por trabalhar com fonte sem tratamento analítico anterior, esta pesquisa pode ser considerada documental; por analisar as características do objeto e buscar extrair a maior quantidade de informações possível, define-se como predominantemente qualitativa. Por fim, por estabelecer generalizações com base na realidade, pode ser considerada predominantemente indutiva (Igreja, 2017; Silva, 2017; Gil, 2002).

Na seção 3 serão detalhados os passos adotados na análise. Para a interpretação dos dados, utilizou-se a análise de conteúdo, que enfatiza o discurso e tem como traço central a construção de inferências (Bardin, 2011).

2 Considerações que dialogam com as categorias de análise construídas

A despeito dos avanços na construção do HC coletivo pela jurisprudência brasileira, trata-se de instrumento cujo reconhecimento ainda é recente, com um histórico de construção gradual e, até o momento, sem previsões legislativas. Assim, entre as discussões essenciais para a efetividade do instrumento está a adequação de seu procedimento e suas normas de conhecimento e aplicação ao mais amplo acesso à justiça.

O HC 143.641, ao abordar questões como legitimidade ativa, competência e extensão de efeitos da decisão, não o faz de forma genérica, mas atrelada ao caso concreto. Desse modo, pode oferecer norte como precedente persuasivo, mas não supre de forma definitiva as discussões, que carecem de novas reflexões.

Apesar de não se pretender aprofundar as discussões teóricas acerca do conhecimento e aplicação do HC coletivo – o foco da pesquisa é observar como seus critérios têm sido construídos na prática –, serão apresentados alguns questionamentos, de modo a favorecer um posicionamento crítico diante dos dados levantados. O HC coletivo representa uma expansão da tutela coletiva de direitos que visa à proteção do direito fundamental de liberdade e insere-se num campo novo: o Direito Processual Penal Coletivo. Assim, as particularidades do processo coletivo somam-se as especificidades do âmbito penal e do

remédio constitucional em questão, o que implica novos princípios e novas fontes legislativas (como o CPP) para o diálogo intrassistemático (Almeida; Costa, 2021).

Ao abordar o intercâmbio entre os princípios do Direito Processual Coletivo e o Direito Processual Penal Coletivo, Almeida e Costa (2021, p. 185) afirmam que “ao contrário de implicarem esferas estanques, complementam-se, formando uma rede única de tutela dos direitos coletivos”. Pontuam a vasta fonte de princípios do processo penal coletivo, como os encontrados no CPC (com a incidência de princípios gerais do processo, como o contraditório e a economia processual) no microsistema processual coletivo (MPC), assim como no CPP e na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

Com o propósito de nortear a aplicação do MPC a diplomas específicos (caso do HC coletivo), Arenhart e Osna (2019, p. 105) assinalam a importância de “um olhar panprocessual”, que considera tanto as normas quanto seu contexto. Os autores apontam a efetividade e a facilitação da atividade jurisdicional como as principais “linhas do processo coletivo”, fazendo com que a interpretação e a aplicação do MPC estejam condicionadas ao escopo de ampliação da efetividade da tutela jurisdicional coletiva.

Assim, ao pensar o HC coletivo, busca-se o equilíbrio entre o respeito à essência do remédio constitucional em pauta e sua adaptação ao caráter coletivo do instrumento, de modo que, ao examinar o diálogo entre as normas próprias do HC – elaboradas com base nas especificidades do direito protegido – e as dispostas no MPC, toma-se como bússola o princípio da efetividade. Em análise sempre voltada à ampliação do acesso à justiça, tecem-se provocações e propõem-se reflexões acerca das circunstâncias em que as normas do MPC contribuem (ou não) para a efetividade do instrumento.

2.1 Legitimidade ativa para impetrar e competência para julgar os HCs coletivos

A delimitação dos legitimados ativos para propor o HC coletivo estabelece quem está apto a levar ao Poder Judiciário a demanda de seus pacientes. Conforme ressaltam Grinover, Watanabe e Nery Júnior (2011), trata-se de discussão sensível porque a tradição paternalista desse campo do Direito atribui a legitimidade ativa das ações coletivas sobretudo a entes estatais. Essa tradição opõe-se à ampla legitimidade ativa historicamente atribuída ao HC em razão do direito basilar protegido pelo instrumento (Chequer, 2014). Vai também de encontro à expressiva participação da sociedade civil na construção e manejo do HC coletivo, que teve início com a impetração do HC 143.641 pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHu), substituído posteriormente pela Defensoria Pública da União (DPU) (Pela [...], 2019). Nesse HC, ao tratar da legitimidade ativa do HC coletivo em analogia com o mandado de injunção coletivo, o relator estabeleceu como legitimados

ativos para a impetração da medida aqueles previstos no art. 12 da Lei nº 13.300/2016 (*Lei do mandado de injunção*)⁵.

Apesar de se tratar de uma discussão incipiente, há textos acadêmicos que defendem a preservação de uma legitimidade ativa mais ampla para o instrumento. Chequer (2014) aponta que, ao prever que o HC pode ser impetrado por qualquer pessoa física ou jurídica, o CPP (Brasil, [2023], art. 654) considera a primordialidade do direito à liberdade, assim como a maior dificuldade de seu titular atuar em sua defesa por estar privado de liberdade.

Para Chequer (2014), a flexibilidade atribuída à legitimidade ativa do instrumento baseia-se no princípio da indisponibilidade da liberdade e manifesta-se tanto na inexistência de capacidade postulatória para impetrar a ação quanto na possibilidade de sua concessão de ofício pelos magistrados. Para ela, a despeito de o HC coletivo, como espécie de ação coletiva, sujeitar-se à *Lei de ação civil pública* (LACP) e ao *Código de proteção e defesa do consumidor* (CDC)⁶, é preciso privilegiar a primordialidade do direito à liberdade, demandando que sua proteção não se prenda ao interesse de um legitimado disposto em rol taxativo; e acrescenta que deve haver a presunção de pertinência temática para a impetração da medida, em vista do direito em pauta.

De forma semelhante, Almeida e Costa (2021, p. 321) afirmam ser “desnecessária a criação de rito processual especial, uma vez que a celeridade e a simplicidade previstas no Código de Processo Penal são suficientes para a tutela dos bens jurídicos coletivos”. Particularmente quanto à legitimidade ativa, os autores propõem que sejam legitimadas quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, entes despersonalizados, o Ministério Público (MP), a Defensoria Pública (DP), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e os demais legitimados previstos para as ações coletivas em geral.

A par dos pontos sumariamente apresentados, acredita-se que a definição da legitimidade ativa para a impetração de HCs coletivos dialoga com a democratização do Poder Judiciário e, dada a seletividade penal vigente no País, favorece a participação da sociedade civil na defesa do direito de minorias, como frequentemente é o caso dos pacientes de HCs. Trata-se, portanto, de discussão complexa, que carece de maior aprofundamento doutrinário, o que incita a verificar se se tem consolidado na jurisprudência a analogia estabelecida pelo STF na decisão paradigmática.

Em relação à competência para julgar HCs coletivos, parece-nos que no HC 143.641 o relator se baseou nas regras próprias do HC, uma vez que o fato de o STJ se apresentar como

⁵ “I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis; II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária; III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial; IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal” (Brasil, 2016).

⁶ Neves (2021, p. 46) assinala como “núcleo duro” do MPC a LACP (Lei nº 7.347/1985) e o CDC (Lei nº 8.078/1990).

uma das autoridades coatoras no contexto em discussão⁷ foi importante para o reconhecimento da competência do STF como órgão julgador (critério da hierarquia)⁸, assim como o caráter constitucional da temática envolvida (Brasil, 2018b).

2.2 Extensão dos efeitos das decisões e seu potencial de efetividade

Com relação à extensão de efeitos das decisões proferidas em HCs coletivos, destaca-se que, no HC marco, o relator concedeu a ordem para o conjunto de pacientes listadas no processo pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen) e outros órgãos, estendendo-a de ofício para todas as mulheres na mesma condição. Essa indeterminação inicial, que inclui a vinculação de casos futuros, foi questionada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), autora da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 758, que alega ser inconstitucional o reconhecimento do HC coletivo. O órgão afirma que a extensão de efeitos dos HCs coletivos a casos futuros viola o devido processo legal, visto que apenas decisões do STF em casos de controle concentrado de constitucionalidade ou súmula vinculante poderiam apresentar esse efeito; e ressalta ser difícil para os juízos de primeiro grau seguir essa vinculação diante da ausência de identificação/individualização dos casos alcançados, o que gera insegurança jurídica (Brasil, 2020j).

Como defendem Azevedo, Zufelato e Chiuzuli (2022), este estudo considera que a extensão da ordem concedida em HCs coletivos a casos futuros é consequência natural do caráter coletivo da ação. Afinal, as ações coletivas são caracterizadas de forma objetiva pelos elementos *causa de pedir* e *pedido*, sobre os quais recai a imutabilidade da decisão e aos quais está subordinada a identificação dos beneficiários (elemento subjetivo), pouco importando se já estavam sofrendo a lesão/ameaça ao direito no momento da decisão. Deve-se verificar o enquadramento como beneficiário apenas no momento da execução da ordem (no caso dos direitos individuais homogêneos, por meio de um procedimento bifásico) (Neves, 2021). A aplicação dessa lógica respeita princípios básicos do processo coletivo, como economia processual, celeridade, isonomia e efetividade, aplicáveis aos HCs coletivos.

Além da extensão de efeitos das decisões, é relevante avaliar outros aspectos. Apesar do grande potencial apresentado pela decisão do HC 143.641, diferentes pesquisas – como a de Ravagnani, Ito e Neves (2019), assim como o acompanhamento da decisão⁹ realizado pelo STF com a participação de órgãos estatais e sociedade civil – apontam a existência de

⁷ Outras autoridades coatoras também foram listadas, como os tribunais de Justiça dos estados.

⁸ Destaca-se aqui o papel da Defensoria Pública do Ceará que, na condição de *amicus curiae*, reuniu exemplos de HCs nos quais o STJ havia exigido requisitos que extrapolavam os previstos no art. 318 do CPP para a concessão de prisão domiciliar, de modo a comprovar seu papel como agente desse constrangimento ilegal (Brasil, 2018b).

⁹ Ao realizar o acompanhamento da decisão, o STF contou com o fornecimento de dados por órgãos públicos, como o Depen, antes da sociedade civil e diferentes coletivos. Diante do levantamento realizado, o STF proferiu uma decisão de acompanhamento e deu novos esclarecimentos, como o de que a reincidência da mulher não veda a concessão da prisão domiciliar (Brasil, 2018b).

diferentes obstáculos para a sua efetivação, entre os quais o recorrente descumprimento da ordem concedida pelas demais instâncias do Poder Judiciário.

Do mesmo modo, conforme Zufelato (2011), nas ações coletivas de natureza civil – nas quais existe normalmente um procedimento bifásico quando se trata da defesa de direitos individuais homogêneos –, a efetividade da ação no HC 143.641 também demandou duas fases: na primeira, estabeleceu-se a decisão genérica; na segunda, destinada à execução dessa decisão, incluiu-se a impetração de HCs individuais pelas pacientes, a despeito de o relator ter recomendado o cumprimento de ofício da ordem pelas demais instâncias, o que favorece a economia e a celeridade processual (Brasil, 2018b).

Esse cenário suscitou reflexões em torno de estratégias capazes de aprimorar a efetividade das decisões coletivas e o levantamento da hipótese de que, ao proferir as sentenças ou acórdãos em HCs coletivos, os magistrados e tribunais, sempre que possível, determinem mecanismos autoexecutáveis que dispensem ações individuais, a exemplo de alvarás de soltura coletivos. Essa medida foi sugerida por representantes do CADHu em audiência pública realizada durante o acompanhamento do HC 165.704/STF, HC coletivo responsável por alargar a hipótese de concessão de prisão domiciliar a todas as pessoas que tenham sob sua responsabilidade deficientes e crianças (Brasil, 2020l).

Trata-se de opção estratégica que pode contribuir tanto para aprimorar a economia processual quanto para favorecer o cumprimento das decisões. Ao reduzir a necessidade de novos processos individuais, tais mecanismos contribuem para o que Neves (2021, p. 151) denomina *economia processual macroscópica*. De forma paralela, ao evitar a dependência de uma nova ação, os mecanismos autoexecutáveis reduzem a margem para o descumprimento da decisão coletiva pelas demais instâncias do Poder Judiciário, favorecendo a igualdade¹⁰. É também importante que a decisão coletiva estabeleça de forma clara e objetiva os requisitos para a sua execução, delimitando de forma suficiente a coletividade envolvida e atingida. Apenas assim se torna possível uniformizar sua aplicação por meio de mecanismos autoexecutáveis ou de novos processos individuais e adaptações ao caso concreto.

No caso do HC 143.641, o relator partiu de um cenário partilhado pelo grupo (a negação do pedido de prisão domiciliar com base em argumentos similares) e enfrentou questões comuns por meio de um pronunciamento geral. As pacientes para as quais se concedeu a ordem foram identificadas como mães de crianças ou pessoas com deficiência e grávidas, desde que acusadas de crimes sem violência ou grave ameaça e não voltados aos próprios

¹⁰ A adoção desses mecanismos é um debate já presente na esfera civil no que diz respeito ao processo coletivo. O PL nº 1.641/2021, por exemplo, em seu art. 26, fortalece essa tendência. O § 2º do artigo prevê que “[a] sentença ou a decisão poderá determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Os §§ 4º e 5º preveem, respectivamente, que “[o] acordo ou a sentença deve prever a forma de execução, preferencialmente desjudicializada, inclusive, se necessário, com a constituição de fundo ou de entidade de infraestrutura específica” e que “[a] sentença poderá determinar: I - a alteração em estrutura institucional, pública ou privada, de natureza cultural, econômica ou social, a fim de adequar seu funcionamento aos parâmetros legais e constitucionais; II - a adequada correção do estado de fato de violação sistemática de direitos” (Brasil, 2021a).

descendentes. No entanto, identificada a coletividade, o relator deixou como ressalva no dispositivo da decisão a possibilidade de denegação da ordem em “hipóteses excepciona-
líssimas” fundamentadas pelos julgadores. Acrescentou que, “quando a detida for tecnica-
mente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto”,
nortear-se sempre por princípios e regras enunciados ao longo do voto e observar “a diretriz
de excepcionalidade da prisão” (Brasil, 2018b, p. 8).

As pesquisas empíricas e o acompanhamento realizado por entes oficiais e pela sociedade
civil têm apontado que se tornou predominante a utilização das “hipóteses excepciona-
líssimas” para indeferir a prisão domiciliar com base nos mesmos argumentos anteriormente
utilizados pelos julgadores. Da mesma forma, a ressalva quanto à reincidência parece
ter tornado regra a denegação nesses casos (Ravagnani; Ito; Neves, 2019; Azevedo, 2021;
Brasil, 2018b).

Disso resulta a preocupação de que se perpetue a “loteria da distribuição do processo” e
que a nova análise dos julgadores na ação individual possa ir além da adaptação da decisão
coletiva ao caso particular devido à grande margem de discricionariedade, o que contra-
ria os objetivos de igualdade e celeridade do Processo Coletivo. A utilização de sentenças
mais objetivas pode contribuir para amenizar a dificuldade – mencionada pela Conamp
na ADPF 758 – das demais instâncias do Poder Judiciário em aplicar as decisões coletivas,
pois delimita a quem é aplicável o pronunciamento geral. Trata-se de esclarecer as questões
comuns (causa de pedir e pedido) que caracterizam a concessão da ordem às quais seus
beneficiários estão subordinados.

A delimitação clara e precisa dos elementos que identificam e particularizam os conflitos
subjacentes aos HCs coletivos é decisiva para a efetividade do instrumento, pois possibilita,
quando viável, uma solução padronizada aplicável a toda a coletividade envolvida. Não
se trata de engessar a aplicação da ordem – cuja adaptação aos casos concretos é inerente
à natureza dos direitos individuais homogêneos, por exemplo –, mas sim de buscar um
equilíbrio para que a excessiva generalidade da decisão não favoreça seu descumprimento
e descaracterização, como ocorreu em parte com o HC 143.641.

Nesta pesquisa, na análise empírica de HCs coletivos julgados pelo STF e STJ após o HC
143.641, incluíram-se observações sobre a delimitação da coletividade e sobre a fixação de
medidas autoexecutáveis ou de acompanhamento da decisão, de modo a investigar como
esses tribunais têm tratado essas questões. Dada a complexidade da ação coletiva de HC, que
demanda lógica diferente da tradicional, tal acompanhamento é essencial para possibilitar
a revisão da ordem concedida, diante das nuances de seu cumprimento.

3 Metodologia aplicada

De forma a estabelecer um campo de análise inicial passível de delimitações posteriores, utilizando-se as ferramentas de busca dos sites dos tribunais¹¹ selecionados, foi realizado o levantamento dos acórdãos proferidos em HCs coletivos julgados pelo STF e pelo STJ no período compreendido entre a concessão do HC 143.641 e o final do segundo ano da crise sanitária de Covid-19.

No caso do STJ, empregou-se a busca avançada, e o campo *ementa* foi preenchido com o termo *habeas corpus coletivo*. Selecionou-se como marco temporal inicial 21/2/2018, dia seguinte ao julgamento do HC 143.641, e como marco final, 11/2/2022, data em que a pandemia completou dois anos, a partir da declaração da OMS. Aplicando-se o filtro *apenas acórdãos*¹² (HC e RHC), encontraram-se primeiramente 515 resultados. Por meio da *ementa*/indexação desses processos identificou-se que a maioria eram HCs individuais com menção a algum HC coletivo na *ementa* – majoritariamente o HC 143.641 –, e alguns eram HCs pseudocoletivos¹³. Após essa filtragem, foram encontrados 28 resultados entre HCs coletivos e recursos em HCs (como recurso ordinário).

Com base nos conhecimentos compartilhados por Veçoso, Pereira, Perruso, Marinho, Babinski, Wang, Guerrini, Palma e Salinas (2014), a coleta de dados orientou-se pela noção de que nem todos os processos são lançados na base de busca por jurisprudência dos tribunais superiores. Os autores explicam que há uma divisão entre processos principais e processos sucessivos¹⁴, e que apenas os primeiros constam como resultado na base de

11 Paralelamente à coleta realizada por meio das ferramentas de busca dos sites, enviou-se um pedido a ambos os tribunais requisitando o acesso aos HCs coletivos julgados e, subsidiariamente, orientações quanto à melhor maneira de encontrá-los. No caso do STF, após o preenchimento do formulário de requisição de acesso à informação, a resposta recebida por e-mail foi: “não há marcação na base de dados do STF para diferenciação entre coletivos e individuais”. A devolutiva do STJ, após um pedido por e-mail, informou que “os *Habeas Corpus* que chegam ao Superior Tribunal de Justiça são autuados com a classe HC independentemente do número de partes envolvidas no processo ou se o pedido é dirigido a um indivíduo ou a um grupo”. Os servidores de ambos os tribunais foram solícitos em auxiliar nas buscas e solucionar dúvidas.

12 A princípio foram excluídas as decisões monocráticas que, por versarem sobre temas diversos, tornariam a pesquisa bastante “poluída”. Ademais, o interesse maior era a colegialidade e o caráter menos transitório dos acórdãos.

13 Foram considerados assim HCs que, a despeito do uso do termo coletivo, na verdade apresentam uma pluralidade restrita de pacientes, como corrêus, o que já era usual antes do reconhecimento do HC coletivo. Nesse caso, não estão presentes as características básicas de instrumento coletivo, como o alcance de um número expressivo de sujeitos, caracterizados com base em direitos coletivos em comum a serem defendidos, em busca de uma maior isonomia e economia processual, ou situações de violação de direitos em massa. O impacto da ação para um número relevante de pessoas, conforme destaca Reis (2012), contribui para atestar sua relevância social, requisito geral de qualquer ação coletiva. Nesses HCs pseudocoletivos, a caracterização da ação não ocorre com base nos elementos objetivos (causa de pedir e pedido), mas sim de forma subjetiva, vinculada aos pacientes especificados, contrariando a lógica do processo coletivo.

14 Processos sucessivos são os parecidos (ou idênticos) aos principais, que não apresentam uma tese nova.

busca por jurisprudência¹⁵. Embora essa pesquisa tenha sido produzida há alguns anos, a informação compartilhada pôde ser confirmada por e-mail¹⁶ pelo STJ, que utilizou o termo *similares* em vez de *sucessivos* para referir-se aos processos que guardam semelhança com algum outro e são lançados nessa condição. Da mesma forma, a informação foi confirmada pelo STF por telefone¹⁷ e por meio do formulário de requisição de informações.

Como o objetivo da pesquisa era aproximar-se ao máximo da totalidade de HCs coletivos julgados pelos tribunais selecionados, foi adotada a técnica de *snowball* (amostragem por bola de neve ou por referência em cadeia)¹⁸ em busca de processos que não tivessem aparecido nos resultados diretos da busca realizada. Desse modo, quando identificado o caráter coletivo de um HC por meio de seu resumo estruturado, observaram-se também os processos lançados como similares e a jurisprudência citada, em busca de outros HCs coletivos. Apesar dos esforços, foi encontrado apenas um novo processo, por intermédio da jurisprudência citada; os demais HCs coletivos já haviam sido abarcados nos resultados da busca principal.

Em vista da possibilidade de que a ementa/indexação de parte dos HCs coletivos não incluía o termo *habeas corpus coletivo*, procurou-se identificar nas ementas dos processos encontrados outros termos utilizados para fazer referência ao caráter coletivo da medida. Com base nos achados e com o auxílio dos operadores booleanos, outras combinações de palavras foram utilizadas¹⁹ (*habeas corpus e writ coletivo*; *habeas corpus e feição coletiva*; *habeas corpus e tutela coletiva*; *hc coletivo*); contudo, apenas um agravo em HC a mais foi encontrado, com a utilização dos termos *habeas corpus* e *writ coletivo*.

No site do STF, adotou-se o mesmo procedimento²⁰, adaptado às particularidades de sua ferramenta de busca por jurisprudência. Com a utilização do termo *habeas corpus coletivo*, no mesmo lapso temporal de julgamento, dos filtros de sinônimos, plural e busca exata entre aspas, foram selecionadas as classes que envolvem o HC (HC e RHC). Dentre os 33 resultados encontrados, selecionaram-se 15 numa filtragem inicial, nos mesmos moldes já descritos para o STJ. Aplicada a técnica de *snowball*, nenhum novo processo foi identificado

¹⁵ Essa separação, realizada para prevenir que o usuário se depare com grande número de processos iguais, é alvo de crítica dos autores, visto que “obriga o pesquisador a trabalhar com uma amostra selecionada a partir de critérios que podem não ser os que ele precisa e porque o impede de conhecer a totalidade dos julgados, o que pode comprometer o resultado das pesquisas, principalmente as de caráter quantitativo” (Veçoso; Pereira; Perruso; Marinho; Babinski; Wang; Guerrini; Palma; Salinas, 2014, p. 118). A divisão mencionada representa uma limitação importante, uma vez que o pesquisador fica dependente dos critérios de separação estabelecidos pelo Tribunal, e os métodos de busca não são capazes de identificar HCs coletivos lançados como similares a HCs individuais.

¹⁶ Por meio do endereço “informa.processual@stj.jus.br”.

¹⁷ Por meio do telefone (61)32173000.

¹⁸ Finalizada em 20/4/2022.

¹⁹ Busca finalizada em 25/4/2022.

²⁰ Finalizado em 13/4/2022.

por meio da jurisprudência citada²¹ ou da menção a *acórdãos no mesmo sentido*, expressão usada pelo Tribunal para referir-se ao que Veçoso, Pereira, Ferruso, Marinho, Babinski, Wang, Guerrini, Palma e Salinas (2014) denominam *sucessivos*.

Em busca de novos resultados, foram também utilizadas outras palavras-chave (as mesmas descritas para o STJ); contudo, apenas os HCs já selecionados apareceram como resultado. Por fim, como última tentativa de encontrar HCs coletivos que não tivessem aparecido na busca principal, foi realizada uma pesquisa de segurança na seção *Notícias* do site do STF, com o termo *habeas corpus coletivo*, que resultou num acórdão novo, julgado dentro do marco temporal estipulado²².

Definido o *corpus*, com base na leitura flutuante dos acórdãos e dos objetivos de pesquisa foram definidas as categorias de análise e preenchidas planilhas Excel com os dados dos processos. Como o objetivo geral da pesquisa era identificar os critérios de conhecimento e aplicação do HC coletivo pelos tribunais selecionados, buscou-se inferir o grau de sedimentação desse instrumento, o impacto do HC 143.641 e da pandemia sobre os HCs coletivos subsequentes, assim como os obstáculos atuais para a utilização do instrumento.

Os dados coletados foram divididos em duas planilhas: a primeira, com os dados objetivos dos processos (número do HC coletivo, natureza do acórdão, impetrante/agravante, turma julgadora, relator, data de protocolo da petição inicial, data de julgamento, ementa e dispositivo da decisão); a segunda, com a análise do conteúdo dos acórdãos, orientada pelas seguintes categorias: número do HC coletivo, natureza do acórdão, assunto, espécie de direito coletivo envolvida, legitimidade ativa, competência, resultado, extensão de efeitos da decisão, identificação da coletividade pelo tribunal, determinações quanto à execução, participação de *amicus curiae*, menção ao HC 143.641, motivação da decisão em termos processuais e materiais, votos discordantes, ser HC coletivo ou coletivizado²³, menção ao cabimento do HC coletivo no acórdão, dentre outras observações.

Além dos dados organizados em planilhas, foram extraídos e armazenados, quando pertinentes, trechos completos das decisões em documento Word. Apesar de o *corpus* em análise consistir nos acórdãos julgados pelo STF e pelo STJ, consideraram-se outras informações do processo quando relevantes. Em seguida, com base nos objetivos da pesquisa, agruparam-se as categorias de análise em torno de temas mais abrangentes. Para a interpretação dos dados obtidos, adotou-se como técnica a *análise de conteúdo*. Embora na aplicação dessa técnica possam ser usadas diferentes estratégias, destaca-se como fator comum a construção de inferências com base na interpretação dos dados obtidos (Bardin, 2011).

21 O resumo estruturado dos processos que aparecem na busca por jurisprudência do Tribunal atualmente conta com o termo indexação, citando trechos do processo citado, e não seu número. Contudo, durante a leitura dos HCs foram observados os números dos processos citados para verificar a existência de algum acórdão novo.

22 Dois outros HCs coletivos encontrados foram excluídos por não terem acórdão, apenas decisão monocrática.

23 Em alguns casos, os HCs são impetrados como coletivos; em outros, com o pedido de extensão, um HC individual torna-se coletivo.

4 Resultados e discussão

4.1 Perfil dos acórdãos analisados: uma visão panorâmica

Como esperado, boa parte dos processos foi impetrada no decorrer da crise sanitária. Entre os que foram julgados pelo STF, metade chegou ao Tribunal após o início da pandemia²⁴; ao STJ chegaram 7 processos antes desse período e 23 depois²⁵. Esses dados indicam que o HC coletivo passou a receber maior atenção no contexto da pandemia como um instrumento a serviço da defesa do direito à liberdade frente às possíveis violações/ameaças coletivas e à demanda urgente de proteção de grupos vulneráveis.

Os pacientes desses HCs são majoritariamente da população carcerária, sobretudo membros dos grupos de risco para a crise sanitária: os que apresentam comorbidades que elevam o risco de Covid-19, assim como grupos de maior vulnerabilidade social. Os processos incluem como motivação as medidas de contenção impulsionadas pela pandemia, como a suspensão das saídas temporárias. Processos pontuais extrapolam o contexto carcerário, a exemplo do HC 204.718/STF, cujo intuito foi garantir um salvo-conduto àqueles que vão tomar vacina e querem manifestar-se pacificamente contra o governo federal.

Os HCs não vinculados à pandemia abordam situações fáticas vivenciadas no cárcere, como a privação do banho de sol por carência de local apropriado, e discussões de âmbito legal, como a execução provisória da pena após a decisão em segunda instância, antes do atual entendimento do STF, que afastou essa possibilidade.

No que diz respeito à natureza dos acórdãos encontrados, em ambos os tribunais a maior parte decorre de recursos, indício de que, com frequência, os HCs coletivos foram indeferidos liminarmente em decisão monocrática, e a parte impetrante agravou da decisão. Quanto ao resultado, com relação ao STF, os pedidos foram negados/desprovidos em 12 acórdãos (incluindo casos de não conhecimento e perda do objeto); concedidos em 2; concedidos em parte em 2; e não conhecido, mas concedido de ofício em 1. Por sua vez, no STJ, os pedidos foram negados/desprovidos em 23 acórdãos (incluindo casos de não conhecimento e perda do objeto); concedidos em 2; parcialmente concedidos em 4; e concedido, mas não com relação à abrangência total do pedido num acórdão.

Esses dados espelham diferentes fatores, relacionados tanto ao caráter coletivo do HC (o instrumento em si) quanto a outros elementos. Para citar um exemplo recorrente nas decisões, um dos empecilhos para a análise de mérito dos pedidos foi a alegação de violação

²⁴ Entre os processos anteriores à crise sanitária, um é de 2017; três, de 2018; e quatro, de 2019.

²⁵ Para identificar quantos HCs chegaram aos tribunais após o início da Covid-19, observou-se a data de protocolo do processo nos sites desses tribunais.

da Súmula 691 do STF, aplicada de forma analógica pelo STJ²⁶. A súmula tem sido aplicada com o entendimento de ser incabível HC diante de decisão liminar do relator (supressão de instância). Apesar de ter sido superada em alguns casos (em situações avaliadas como teratológicas), aquela alegação foi um dos motivos apresentados para barrar os HCs analisados²⁷.

Diante da variedade de argumentos utilizados nas decisões – intrínsecos e extrínsecos ao caráter coletivo dos HCs –, isoladamente o resultado dos acórdãos não permite alcançar maiores generalizações em relação ao objeto desta pesquisa, o que torna necessário destrinchar o que foi encontrado por meio de outras categorias de análise.

4.2 A sedimentação do instrumento do HC coletivo após o HC 143.641

Uma vez que o caráter paradigmático do HC 143.641 para a sedimentação do HC coletivo é um dos problemas desta pesquisa, observou-se se esse precedente foi mencionado nos acórdãos e se houve discussão quanto ao cabimento do HC coletivo no ordenamento jurídico.

No STF, entre as 16 decisões analisadas, a discussão – ou ao menos a menção à admissibilidade do HC coletivo no ordenamento jurídico brasileiro – apareceu em 10. Entre estas, em apenas uma decisão afirmou-se o descabimento do instrumento, com voto dissonante, apesar de vencido, que citou o HC 143.641. Em 90% das decisões que admitiram o HC coletivo de forma direta no texto do acórdão reconheceu-se ao menos a tendência de aceitação, com diferentes graus de discussão, desde a mera constatação de sua incorporação ao ordenamento, até discussões mais aprofundadas, nas quais foi explorada, com mais atenção, a demanda pela proteção coletiva do direito à liberdade.

Em 4 das demais decisões, a dimensão coletiva do HC nem sequer foi mencionada, e o pedido foi negado, mas por razões alheias ao caráter coletivo da demanda. Nas duas decisões restantes, não se afirmou o descabimento do HC coletivo de forma direta, mas insinuou-se a inadmissão da medida no ordenamento. Os argumentos para a negativa foram a impossibilidade de formulação genérica do HC e, num dos casos (HC 176.045), a necessidade de

²⁶ Súmula 691 do STF: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar” (Brasil, 2017, p. 399). Essa súmula é mencionada por Spexoto (2020) como exemplo da chamada jurisprudência defensiva, explicada pelo autor como uma tendência à restrição da utilização da figura do HC motivada inclusive pelo número expressivo de processos.

²⁷ De forma isolada, no HC 172.136/STF houve a concessão de ofício da ordem, a despeito do não conhecimento do writ em razão da afirmação de incompetência por supressão de instância, sob a alegação de respeito ao princípio da colegialidade. Esse caso em particular interessa por explorar a flexibilidade e as possibilidades normativas típicas do HC, justificáveis frente ao caráter primordial do direito defendido, que podem contribuir para a superação de obstáculos à análise de mérito da questão envolvida e para a proteção coletiva da liberdade. A competência para conceder HCs de ofício também apareceu como argumento para reforçar o seu reconhecimento como instrumento admissível no ordenamento jurídico.

nomear e individualizar os pacientes²⁸, o que é incompatível com a coletivização do HC, uma vez que é básica nas ações coletivas a caracterização objetiva (causa de pedir e pedido).

Quanto à influência do HC 143.641, o *writ* foi citado nas decisões em que se discutiu/mencionou diretamente a viabilidade da impetração de HC coletivo. Na decisão que afirmou que “[o] *habeas corpus* visa preservar a liberdade individual, e não coletiva”, o precedente foi mencionado pelo voto discordante (Brasil, 2020n, p. 5).

Em relação à turma julgadora, em todas as decisões da segunda turma ou afirma-se o cabimento do HC coletivo no ordenamento jurídico ou não se menciona o caráter coletivo dos processos negados – nesse caso, exclusivamente por outros motivos. Na primeira turma, além de maior variação nas decisões, numa o relator afirma a impossibilidade de utilizar-se o HC de forma coletiva para a proteção da liberdade. Por fim, na única decisão plenária encontrada houve o reconhecimento do instrumento e a menção ao precedente paradigma.

No caso do STJ, o cabimento do HC coletivo é mencionado em 17 das 30 decisões analisadas, e em 13 delas há desde a mera constatação de seu reconhecimento jurisprudencial até discussões mais amplas quanto à demanda do instrumento. Em 3 decisões afirma-se, de forma pouco aprofundada²⁹, a impossibilidade de utilização do HC coletivo e, em uma decisão, o relator ressalta tratar-se de questão incipiente.

Em 10 das 13 decisões em que não há reconhecimento direto do instrumento³⁰ ocorrem afirmações ligadas à necessidade de individualizar os pacientes, como a de que “é inviável a concessão dos benefícios, de forma genérica, em favor da totalidade do grupo, na via mandamental, sendo imprescindível a identificação dos pacientes e a individualização do alegado constrangimento ilegal” (Brasil, 2020c, p. 7). Ou a de que “[o] *habeas corpus* não se revela o meio apropriado para resolver graves problemas ligados às condições das cadeias e presídios brasileiros” (Brasil, 2020b, p. 1). Apesar de não afirmar de forma direta o descabimento do HC coletivo no ordenamento jurídico brasileiro, esse tipo de argumentação aproxima-se dessa conclusão ou – ao menos – da utilização restrita do instrumento.

Quanto à influência do HC 143.641, dentre os acórdãos que abordaram diretamente a admissão do HC coletivo e assinalaram seu reconhecimento, em apenas um o precedente não foi citado, o que demonstra sua contribuição para a sedimentação da medida. O precedente também não foi mencionado nos 3 acórdãos em que houve a afirmação de descabimento do HC coletivo. Com relação às turmas julgadoras, não se identificou diferença relevante.

28 Nas palavras do relator: “o *Habeas Corpus* exige a indicação específica de cada constrangimento ilegal que implique coação ou iminência direta de coação à liberdade de ir e vir, pois não se pode ignorar, nos termos da legislação de regência (CPP, art. 654), que a petição inicial conterà o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação, assim como o de quem exerce essa violência, coação ou ameaça” (Brasil, 2019c, p. 10-11).

29 No HC 582.802 afirma-se: “Nesta Corte prevalece o entendimento de que descabida a roupagem ‘coletiva’ dada ao *habeas corpus*, em razão da dificuldade na apreciação do pedido na forma em que deduzido, consistindo, pois, em decidir-se genericamente sem o conhecimento de causa relativa à realidade subjacente de cada situação específica” (Brasil, 2020a, p. 9).

30 Nas outras 3 decisões não se explicitou o motivo da negação, ou o pedido foi negado por motivos alheios ao caráter coletivo do HC.

4.2.1 A necessidade de individualização dos casos como argumento persistente

Apesar do recorrente reconhecimento do cabimento do HC coletivo, observa-se que os critérios de utilização do instrumento ainda estão em aberto, sem parâmetros bem definidos. Com frequência, a despeito de reconhecerem a possibilidade de impetração de HCs coletivos, as decisões afirmam que o caso concreto não se amolda à sua utilização, quase sempre pela falta de individualização seja dos pacientes, do ato coator ou de outras circunstâncias. Ilustra essa percepção o trecho a seguir, que compõe a ementa de uma das decisões da primeira turma do STF:

1. O *habeas corpus* coletivo é um importante mecanismo de proteção de direitos fundamentais. Contudo, há de se observar parâmetros quanto à sua cognoscibilidade, sob o risco de desvirtuar o seu alcance. 2. O manejo do *habeas corpus* para obter providências ditas coletivas, mas que na verdade traduzem pretensões genéricas, não individualizadas, marcadas pela indeterminação dos beneficiários e pela incerteza quanto ao alcance da providência e, ainda, sem a devida comprovação de homogeneidade entre as situações processuais dos beneficiários, tem encontrado ressalvas quanto à viabilidade nesta Suprema Corte (Brasil, 2020i, p. 1).

Apesar de afirmar a importância do HC coletivo, a relatora não especifica os critérios de cognoscibilidade e menciona a impossibilidade de pretensão genérica/não individualizada. Afirmações semelhantes foram encontradas com frequência nas decisões, o que torna incertos os parâmetros para a utilização do instrumento e deixa em aberto questões como: o que torna uma pretensão genérica? O que é preciso para individualizar os pacientes ou demonstrar a homogeneidade de sua situação?

Durante a crise sanitária, o argumento predominante nos processos, a maioria voltada aos grupos de risco da doença, foi a necessidade de avaliação de cada caso individualmente. Dessa forma, mesmo em decisões nas quais o HC coletivo foi reconhecido como instrumento viável, os relatores afirmaram não ser o caso de utilizá-lo diante da necessidade de se avaliar, no caso concreto, entre outros requisitos, a situação do ambiente prisional, o estado de saúde de cada paciente (não apenas o pertencimento ao grupo de risco), o caráter provisório ou definitivo das prisões, a gravidade do crime pelo qual responde o acusado/sentenciado, o histórico prisional.

A afirmação frequente de que o HC coletivo é possível, mas não no caso concreto – sem que se especifiquem ou aprofundem os requisitos para viabilizá-lo –, além de sugerir restrição no uso do instrumento, deixa vagos os critérios exigidos pela jurisprudência. A constante demanda de que os casos sejam individualizados, de que haja identificação dos pacientes ou de que eles sejam ao menos identificáveis conduz a outra consideração com relação à amplitude do reconhecimento do HC coletivo: sua extensão ou não a todas as espécies de direitos coletivos.

Diante da ausência de norma que limite o âmbito de proteção do instrumento e de situações fáticas que demonstrem a ocorrência de ameaça/violação à liberdade abarcando todas as espécies de direito coletivo – ainda que com mais frequência os direitos individuais homogêneos –, não haveria razão para se restringir a utilização da medida. No entanto, em diversas decisões, ao afirmar o reconhecimento do HC coletivo, os relatores atrelaram a utilização do instrumento à defesa da liberdade como direito individual homogêneo. Parece haver uma interpretação restrita do HC 143.641, no qual se considerou haver a defesa de direito individual homogêneo, uma vez que a violação identificada tinha origem comum (interpretação restritiva do art. 318 do CPP), e o direito à prisão domiciliar caberia a cada paciente. Em seu voto, um dos argumentos utilizados pelo relator para a concessão da ordem foi a identificação de parte das pacientes listadas pelo Depen, assim como o caráter identificável do restante do grupo para o qual a decisão foi estendida de ofício.

Afirmações como a de que “[a] jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a impetração de *habeas corpus* coletivo para discutir pretensões de natureza individual homogênea” sugerem que a decisão do STF aparenta, por vezes, ser interpretada como um precedente apenas para esses casos (Brasil, 2020m, p. 2). Mesmo em decisões nas quais houve a concessão do pedido, a identificação dos pacientes foi mencionada em assertivas como: “Considerando que a pretensão foi deduzida em prol de indivíduos identificados e não em face de uma coletividade indeterminada, a decisão agravada merece ser reconsiderada” (Brasil, 2019b, p. 1).

Ainda que a maior parte dos acórdãos envolva direitos da população privada de liberdade, situação normalmente atrelada a direitos individuais homogêneos, em alguns deles (1 no STF e 3 no STJ), a impetração parece ter ocorrido em nome de grupo difuso/coletivo *stricto sensu*³¹. Nesses casos, o pedido foi negado por outras razões, mas também com base no argumento de falta de identificação dos pacientes. Em uma das decisões consta que, “[e]mbora se admita o cabimento de *habeas corpus* coletivo, no caso concreto, os pacientes integram um grupo difuso, de difícil identificação” (Brasil, 2019a, p. 1).

A interpretação de que o HC coletivo se restringe às situações em que os pacientes estão identificados ou são identificáveis parece destoar da visão da doutrina majoritária e dos argumentos levantados até mesmo pela própria jurisprudência para defender o instrumento. Afinal, na sociedade de massa, a possível violação coletiva ao direito à liberdade e a dificuldade de acesso à Justiça de grupos vulneráveis vão além das situações em que estão presentes direitos individuais homogêneos.

Segundo Chequer (2014), as discussões em torno do HC coletivo receberam maior destaque após as manifestações ocorridas no País em 2013, ocasião em que o instrumento foi mobilizado na tentativa de assegurar o direito de locomoção para que as manifestações pacíficas pudessem ocorrer livres de intervenção policial. Estavam presentes direitos difusos, uma vez que não era possível identificar os sujeitos que iriam compor as manifestações.

³¹ Caso, por exemplo, da circulação de pessoas durante a pandemia.

O intuito de assegurar a livre manifestação aos cidadãos como grupo difuso também foi observado, em momento recente, no HC 204.718/STF, para viabilizar a manifestação pacífica contra o governo federal durante a vacinação. Da mesma forma, no HC 111.573/STJ, os pacientes são pessoas em situação de rua e artistas de rua (grupo vulnerável e difuso), diante do estabelecimento de condições para a realização de atividades artísticas e comerciais em Jundiáí (SP).

Diante do exposto, percebe-se que o HC 143.641 contribuiu para fortalecer o HC coletivo nos tribunais superiores; contudo, a recepção do instrumento ainda é restrita e seus parâmetros de aceitação são imprecisos, o que deixa desprotegidas violações coletivas do direito à liberdade.

4.2.2 Outras questões relacionadas à sedimentação do HC coletivo

Com relação aos critérios para a utilização do HC coletivo, entre as questões que aparecem nos acórdãos de forma mais isolada está a necessidade de definir uma amplitude mínima que justifique o manejo do instrumento, como se observa no trecho de decisão de um processo no qual os pacientes são todas as pessoas idosas presas no estado do Mato Grosso:

Aqui, faço um aparte para destacar que, quando foi admitido o processamento do habeas corpus requerido em favor das mães e gestantes presas, o Supremo Tribunal Federal fez referência à tramitação de milhares de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízos, a exigir a utilização do instrumento para resolver questão que continuaria a ocorrer se não existisse pronunciamento judicial ou mudança legislativa. No caso sob exame, não diviso, guardadas as devidas proporções com a realidade do Estado do Mato Grosso, a amplitude recomendável para o emprego do instrumento coletivo (Brasil, 2020e, p. 13).

Essa questão, em particular, pode ser analisada de forma mais simples. Em qualquer ação coletiva, ao lado da celeridade processual e do intuito de diminuir a quantidade de processos a serem analisados pelos tribunais, está o objetivo de tutelar de forma adequada a violação de direitos coletivos, favorecendo o acesso à justiça e a isonomia no tratamento jurisdicional. Apesar do alcance de grande número de pessoas ser desejável e atribuir maior relevância social à ação, nesta pesquisa não se identificou, na doutrina ou na jurisprudência, a definição de um patamar mínimo de beneficiários.

Para justificar o manejo de uma ação coletiva, inclusive o HC, é suficiente a identificação de uma violação coletiva de direitos – no caso, o direito à liberdade –, mesmo que não sejam atingidos milhares de indivíduos. Assim, a ação será identificada, como já ressaltamos, pela causa de pedir e pelo pedido, afastando-se de situações nas quais há um pequeno grupo de sujeitos ligados por outras circunstâncias (como corréus). Nesses casos, sim, haveria HCs

pseudocoletivos, uma vez que a mera pluralidade de sujeitos não resulta automaticamente no caráter coletivo da ação. Como afirmou o ministro Raul Araújo em voto,

[s]e estamos julgando um processo de índole coletiva, ele se desprende do âmbito de subjetividade e se liga ao aspecto de objetividade. Então, já não importa tanto a questão originária deste *habeas corpus* – o que aconteceu ali, naquele caso concreto –, porque, agora, o que temos é um *habeas corpus* coletivo, de maior abrangência, portanto. O processo ganha objetividade, ficando em segundo plano a subjetividade (Brasil, 2020d, p. 31).

No caso dos direitos individuais homogêneos, a utilização do remédio coletivo deve observar a preponderância de pontos comuns, o que torna útil a discussão de questões gerais envolvidas na controvérsia. Em outras palavras, deve haver maior homogeneidade que heterogeneidade entre as demandas individuais. Por se tratar de direitos coletivos divisíveis, o procedimento é bifásico, e a discussão coletiva é transposta, num segundo momento, no que for benéfico, às ações individuais. De acordo com Grinover, Benjamin, Fink, Filomeno, Watanabe, Nery Júnior e Denari (2004), a fase de individualização não deve adquirir maior complexidade que a discussão coletiva, pois esta – mais que o número de beneficiários – norteia a viabilidade da ação coletiva.

Outro argumento que aparece de forma pontual nas decisões é o de que o HC coletivo estaria violando a coisa julgada, uma vez que “vários apenados já tiveram sua situação particular analisada nos respectivos processos de execução penal e, em alguns casos, até mesmo o recurso ou o *habeas corpus* já foram julgados” (Brasil, 2021b, p. 11). Novamente, aqui tomado como norte o princípio da efetividade, deve-se buscar o equilíbrio entre a adaptação do HC à coletividade da ação e as particularidades do remédio constitucional em questão, cujas normas específicas estão atreladas à essencialidade do direito tutelado.

Por seu caráter sumário, a cognição especial do HC conduz ao que Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2011, p. 302) chamam de *cognição secundum eventum probationis*. A expressão refere-se ao fato de que, devido à sumariedade do processamento do HC, sua cognição limita-se às provas pré-constituídas, visto não haver produção de provas ao longo do processo – mesmo que o magistrado possa produzir novas provas, caso julgue necessário. Essa particularidade confere contornos particulares à formação da coisa julgada no HC, tornando possível a impetração de novo HC caso haja nova motivação probatória, ainda que diante da mesma causa de pedir e pedido. Dessa forma, a existência de um processo anterior, em ação individual finalizada – diferentemente do que ocorre tradicionalmente no processo coletivo³² –, não impede que um novo HC individual seja impetrado após a concessão de HC coletivo, caso o paciente se enquadre nas condições estabelecidas pela decisão coletiva.

³² Nesse caso, o art. 104 do CDC adota a lógica de que a ação individual conta com amplo contraditório e sua decisão deve vincular o indivíduo, exceto no caso de ela ser suspensa ao longo da ação coletiva.

Assim como todas as regras que orbitam o HC, a questão está atrelada à importância do direito à liberdade, assim como ao intuito de estabelecer maior isonomia no tratamento judicial. Trata-se também de uma questão de política judiciária, uma vez que visa à efetivação do combate à violação em massa do direito à liberdade.

4.2.3 A utilização de instrumentos dialógicos nos HCs coletivos

A forte atuação da sociedade civil e a participação abrangente do *amicus curiae* no HC 143.641 contribuíram tanto para a complexidade do processo quanto para a maior legitimidade da decisão. Com base nessa constatação, incluiu-se, entre as categorias de análise da pesquisa, a menção à participação dessa figura. Em apenas 2 acórdãos do STF fez-se referência ao *amicus curiae*: num deles, assinalou-se a participação de diferentes atores nessa condição; no outro, a negativa do pedido dos que tentaram ingressar no processo.

No HC 143.988, em que se registrou a participação de diferentes *amici curiae*, os pacientes originais eram todos os adolescentes internados na Unidade de Internação Regional Norte (Uninorte), localizada em Linhares (ES). A superlotação do local violava os preceitos das medidas socioeducativas e a proteção integral da pessoa em desenvolvimento. O *writ* recebeu diferentes pedidos de extensão e adquiriu, então, maior proporção: estendeu-se a outros estados e ao final foram determinadas diferentes medidas para que não se ultrapassasse a capacidade de vagas projetadas nas unidades de internação, inclusive a concessão de internação domiciliar (Brasil, 2020k).

Entre os que ingressaram na condição de *amicus curiae* nesse processo estão o Instituto Alana, que participou ativamente também do HC 143.641, a sociedade Conectas Direitos Humanos e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), representantes da sociedade civil. O relator justificou a aceitação do pedido com base na representatividade das petionárias, capazes de agregar maior pluralidade de posições ao debate.

Da mesma forma, a OAB e a Associação de Membros do Ministério Público Pró-Sociedade – esta última adotou posição contrária ao pedido formulado no *writ* – também foram admitidas sob o argumento de pertinência temática. A admissão de atores com visões opostas é essencial para promover o equilíbrio dos debates e a legitimação das decisões.

Por outro lado, no HC 186.185, o relator menciona o indeferimento dos pedidos de intervenção como *amicus curiae* de diferentes atores (o IBCCRIM, por exemplo) sem explicitar no acórdão a justificativa para isso. Trata-se de *writ* cujas pacientes são mulheres grávidas e lactantes, dado o risco adicional sofrido pelo grupo diante da Covid-19.

Na descrição da metodologia de pesquisa, definiram-se os acórdãos como objeto de análise, mas acrescentou-se que, quando pertinente, seriam analisadas outras partes dos processos. No caso em questão, o relator, em decisão monocrática, justifica o indeferimento dos pedidos das petionárias como *amicus curiae* por já existir uma pluralidade de impetrantes. De fato, os impetrantes do *writ* em questão são defensores públicos de

estados; contudo, essa circunstância não substitui a participação da sociedade civil e de especialistas de diferentes áreas, essenciais para uma verdadeira pluralização do debate.

Quanto aos acórdãos do STF, o cenário repete-se. Entre os 30 acórdãos analisados, há referência à figura do *amicus curiae* em apenas 2: um com concessão da participação e outro com recusa. No primeiro caso (HC 588.902), participaram o IBCCRIM e o Instituto Alana, e foram mencionados argumentos apresentados por ambos; no segundo caso (HC 359.374), o relator declara ter negado o pedido de intervenção do IBCCRIM na condição de *amicus curiae* sem justificar essa deliberação. Na decisão monocrática proferida no processo, o relator pontua que os pacientes estavam representados de forma suficiente pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPE-SP), refere a impossibilidade de intervenção do *amicus curiae* em ações de índole subjetiva – como compreende ser o HC – e ressalta a celeridade e o caráter personalíssimo do instrumento.

Nos dados de mais duas decisões do STF foi identificada a figura do *amicus curiae*: num dos casos (HC 165.704), o impetrante original (pessoa física) foi substituído no polo ativo pela DPU; no outro (referendo do HC 188.820), houve a participação da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos. Contudo, a ausência de referências ao papel desses atores no acórdão impede a avaliação de seu impacto na tomada de decisão.

Com base nos dados coletados, infere-se que a utilização da figura do *amicus curiae* nos HCs coletivos subsequentes ao HC 143.641 não manteve, de forma geral, a contribuição central que adquiriu na decisão-paradigma. Além disso, não houve menção a audiências públicas para a tomada de decisão; apenas, de forma pontual, sua determinação na fase de implementação da decisão. Assim, apesar das limitações desta pesquisa, pode-se afirmar que a maior participação da sociedade civil e de especialistas ampliaria o debate e conferiria maior legitimidade às decisões.

4.2.4 A definição do critério da legitimidade ativa e as determinações dos tribunais quando se considera ilegítimo o polo ativo

Entre as categorias de análise da pesquisa, foi incluído o critério referente à legitimidade ativa dos processos, ou seja, quem consta no polo ativo nos dados do acórdão, assim como possíveis discussões sobre o tema nas decisões.

Os impetrantes/agravantes dos HCs coletivos são, na maior parte, as defensorias públicas estaduais e a da União, o que pode decorrer do impacto do critério estabelecido pelo STF no HC 143.641 na perspectiva de outros atores, como membros da sociedade civil.

No STF, em 9 das 16 decisões analisadas constam como parte autora diferentes defensorias. Em 1 das 7 decisões restantes – único acórdão em que o pedido não busca a tutela do direito à liberdade –, o polo ativo é o MP, o qual questiona a concessão de medida cautelar no HC 188.820. Em 4 das outras 6 decisões constam no polo ativo pessoas físicas, cujos nomes foram pesquisados para verificar se seriam defensores públicos; em outras duas estão presentes associações e um grupo de apoio.

No caso do STJ, em 25 dos 30 acórdãos analisados constam no polo ativo diferentes defensorias públicas. Em 1 dos outros 5 acórdãos, o polo ativo é ocupado pela OAB e, nos demais, por associações e outras entidades da sociedade civil, além de uma pessoa física.

Em metade dos 6 acórdãos do STF com polo ativo ocupado por atores não previstos no art. 12 da *Lei do mandado de injunção*, ignorou-se a questão da legitimidade ativa, e o pedido foi negado com base em outras razões. Nas demais decisões, mencionou-se o rol estabelecido nessa lei, que, de acordo com os relatores, deve ser seguido conforme estabeleceu o STF no HC 143.641.

No HC 170.401, o relator afirma que “a jurisprudência indica a adoção, como parâmetro para a impetração do *habeas corpus* coletivo, os legitimados para o mandado de injunção coletivo, na forma do art. 12 da Lei nº 13.300/2016, tal como decidido no HC 143.641” (Brasil, 2020h, p. 1). Além disso, menciona o argumento da Procuradoria-Geral da República de que essa escolha “atribui racionalidade ao uso pela coletividade do instrumento e pode evitar abusos, inclusive em favor daqueles a quem a admissão da modalidade coletiva busca beneficiar” (Brasil, 2020h, p. 7-8).

Apesar de terem em comum a utilização do critério estabelecido pelo STF no HC 143.641, os relatores lidaram de formas distintas com a ilegitimidade do polo ativo. Em uma das decisões (HC 165.704), ao apontar a carência de legitimidade ativa, o relator intimou a DPU para verificar seu interesse em assumir o polo ativo do *writ*. Nas outras 2 decisões (HC 170.401 e HC 170.423), o relator encerrou o processo.

No caso dos acórdãos do STJ, em 4 das 5 decisões nas quais consta no polo ativo outro ator que não a DP, a questão da legitimidade ativa foi ignorada, e o pedido foi negado com base em outras justificativas, como a alegação – frequente – de necessidade de individualização dos pacientes. Na decisão em que a se abordou o tema (HC 127.881), o relator encerrou o processo com base na ilegitimidade do polo ativo, seguindo a analogia utilizada no HC 143.641. Há ainda outra decisão do STJ (HC 596.603), na qual consta no polo ativo a DPE-SP, em que o Instituto Anjos da Liberdade elaborou pedido de extensão dos pacientes, também negado com base na ilegitimidade ativa.

Os dados apresentados indicam que em nenhum acórdão houve a concessão do pedido e, nos casos em que a legitimidade ativa extrapolou o rol previsto no art. 12 da *Lei do mandado de injunção*, ignorou-se a questão ou reforçou-se o critério estabelecido na decisão paradigma; houve diferença apenas quanto às medidas adotadas pelo relator. Assim, nos tribunais pesquisados parece prevalecer o estabelecido pelo STF no HC 143.641. Além dessa prevalência, em alguns casos o reconhecimento da ilegitimidade ativa foi obstáculo para a análise de mérito do pedido.

A solução parece violar os preceitos e objetivos do processo coletivo, e deixa exposta possível violação coletiva ao direito à liberdade. A despeito de a primazia no julgamento de mérito ser um princípio do direito processual, para a doutrina majoritária adquire contornos particulares no processo coletivo, em vista da natureza do direito tutelado e o maior alcance das decisões (Neves, 2021).

No caso do HC coletivo está em pauta um direito fundamental básico, o que reforça a demanda por soluções que favoreçam a análise de mérito dos pedidos, como a substituição do polo ativo diante da ilegitimidade da parte autora. Essa solução, determinada no HC 143.641 e no HC 165.704, nos quais a DP foi intimada a manifestar seu interesse em assumir o polo ativo, está em harmonia também com a tendência legislativa.

Em relação à legitimação, além de incluir a análise da representatividade adequada no caso concreto, o PL nº 1.641/2021 dispõe, no art. 7º, § 7º, que, identificada a falta de legitimidade, deve haver sucessão processual:

Reconhecida a ausência de representação, questão de admissibilidade ou legitimidade adequada, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, o juiz promoverá a sucessão processual, dando ciência ao grupo e intimando o Ministério Público, a Defensoria Pública ou outros legitimados para assumirem a condução do processo (Brasil, 2021a).

O projeto espelha o entendimento doutrinário sobre a importância de se privilegiar o julgamento de mérito, lógica que contraria a finalização do processo com base na ilegitimidade da parte autora, como ocorreu com alguns dos acórdãos analisados.

A tendência a dar continuidade ao processo coletivo pode ser observada também em outras normas, como o art. 5º, § 3º, da LACP, que prevê a assunção do polo ativo pelo MP ou por outro legitimado nos casos de abandono ou desistência injustificada da associação autora (Brasil, [2014]).

4.3 Competência para julgar os HCs coletivos, extensão de efeitos da decisão, execução coletiva e potencial de efetividade das decisões

Em geral, nos HCs coletivos selecionados observa-se a aplicação das normas de competência típicas do HC. No caso dos acórdãos do STF, o STJ foi apontado como autoridade coatora em quase todos, de forma isolada ou ao lado de outros coatores, como tribunais. Da mesma forma, nos acórdãos julgados pelo STJ, a maior parte apresenta como autoridade coatora tribunais de Justiça do País (critério da hierarquia). Em nenhum HC coletivo analisado foi levantada a hipótese de que a competência para a análise do *writ* devesse seguir as normas gerais do processo coletivo.

Nos acórdãos analisados, a discussão da extensão de efeitos das decisões aparece tanto de forma direta quando indireta. No HC 359.374/STJ, cujos pacientes são jovens internados em repartição policial por tempo superior ao prazo máximo permitido (5 dias, conforme art. 185, § 2º, do *Estatuto da criança e do adolescente*), essa questão é central, pois a ausência de extensão a casos futuros resultaria em perda constante do objeto, uma vez que a internação nessas condições é transitória. Dessa forma, a impetrante, a despeito de apontar jovens que se encontravam na condição descrita no momento da impetração, busca a extensão ao que venham a sofrer a mesma violação.

Na decisão, o ministro relator Reynaldo Soares da Fonseca afirma a necessidade de identificação prévia dos pacientes, pois do contrário haveria uma determinação “abstrata e prospectiva”, que representaria mera repetição da norma. Salientando que os jovens identificados no momento da impetração não estavam mais internados, o relator negou provimento ao agravo regimental (Brasil, 2018a).

Nesse caso, é possível observar uma relação entre a determinação de identificação prévia dos pacientes e a extensão de efeitos da decisão para casos futuros, uma vez que incompatíveis. Para que a decisão apresente essa característica, é preciso que os indivíduos possam ser ao menos identificáveis no momento da execução da ordem.

Com relação à afirmação de que o HC representaria mera repetição da lei, cabe destacar que, na verdade, apresenta um potencial de reação ao seu descumprimento, pois a concessão de medidas autoexecutáveis – como um salvo-conduto coletivo para aqueles que estejam internados em período superior ao permitido, por exemplo – poderia conferir efetividade à norma, por permitir a soltura imediata dos jovens após o período previsto.

No HC 596.603/STJ, a discussão sobre a extensão de efeitos da decisão a casos futuros aparece de forma direta. Em voto discordante, a ministra Laurita Vaz manifesta preocupações próximas às externadas pela Conamp na mencionada ADPF 758. Trata-se de HC coletivo cuja motivação é o cumprimento de pena em regime fechado por sentenciados condenados pela prática de tráfico privilegiado, com concessão da ordem para a revisão desse regime com base em diretrizes fixadas. Em seu voto, o relator realça que a decisão se aplica “aos condenados que atualmente cumprem pena e aos que vierem a ser sancionados por prática do crime de tráfico privilegiado” (Brasil, 2020g, p. 45).

Diante da extensão de efeitos da decisão para casos futuros, a ministra assim discorreu em seu voto:

Por fim, externo outra preocupação, que se refere ainda aos limites da concessão da ordem: *não vejo como estender o habeas corpus, como sugere o Relator, “aos que vierem a ser sancionados por prática do crime de tráfico privilegiado”*. Ora, se nem mesmo existe ato coator, como, de antemão, já dizer, para o futuro, como deverá ser decidido tal ou qual matéria de direito? Ainda não temos súmula vinculante, embora fosse muito bem-vinda para esta Corte parar de ter de decidir a mesma matéria centenas, às vezes, milhares de vezes. Contudo, ainda não temos esse instrumento. Por essas singelas razões, me preocupa a concessão da ordem para além dos casos já existentes hoje. Nesse ponto, fico vencida (Brasil, 2020g, p. 52, grifo nosso).

Da mesma forma que a Conamp, a ministra manifesta que a extensão para casos futuros deveria ocorrer apenas em matérias sumuladas. Além disso, questiona a tomada de decisão antes da efetiva concretização do ato coator. Com relação a este último aspecto, além das discussões já apresentadas, é importante lembrar que o HC pode ser preventivo ou repressivo.

No caso concreto, a determinação em diversos casos de cumprimento da pena de tráfico privilegiado em regime fechado indica uma ameaça de constrangimento ilegal, podendo a decisão ser considerada repressiva diante dos casos já existentes e, ao mesmo tempo, preventiva com relação a eventuais casos supervenientes. Dessa forma, a ausência de um ato coator concretizado não representa empecilho à aplicação da ordem para casos futuros.

Diferentemente do que aconteceu no HC 596.603, em outras decisões concessivas não houve menção direta à extensão de efeitos da decisão. Pela lógica do processo coletivo, apesar da ausência de determinação expressa quanto à extensão da ordem a casos futuros, esse efeito está subentendido, por ser inerente às ações coletivas; aplica-se a ordem concedida enquanto perdurar a lesão ao direito à liberdade.

Mesmo assim, diante dos diferentes posicionamentos apresentados, a ausência de delimitação expressa quanto à extensão de efeitos da decisão pode gerar incertezas. Trata-se de questão delicada sobretudo nos casos em que a ordem é concedida com base na identificação dos indivíduos atingidos. A individualização/identificação dos pacientes ainda é uma questão recorrente nos acórdãos, até mesmo quando há concessão da ordem.

No HC 405.492/STJ, em decisão monocrática, o relator indeferira o *writ* de forma liminar por ter caráter coletivo e alegou, entre outras justificativas, que o HC é remédio personalíssimo. Contudo, no acórdão analisado reconsiderou a decisão por terem sido os pacientes nomeados em lista na condição de agravantes. A parte autora aponta que, diante da ausência de vagas para o cumprimento de pena nos regimes semiaberto e aberto em determinado presídio, estava sendo adotado o critério de condenação por crime sem violência ou grave ameaça para decidir a quais apenados seria concedido o cumprimento de pena em regime domiciliar, sendo tal critério inidôneo (Brasil, 2019b).

Trata-se de HC coletivo que envolve direito individual homogêneo, uma vez que divisível. Assim, são identificados os indivíduos listados e identificáveis outros eventuais beneficiários no momento da execução da ordem. Contudo, ao afirmar que a concessão do pedido ocorreu devido à pretensão ter sido deduzida “em prol de indivíduos identificados e não em face de uma coletividade indeterminada”, o relator parece excluir a possibilidade de identificação posterior dos indivíduos (Brasil, 2019b, p. 2). Essa exclusão seria incompatível com o caráter coletivo do *writ* por caracterizar a ação com base em seu elemento subjetivo.

Além disso, favorece o entendimento manifestado pela Conamp na ADPF 758 de que, caso seja reconhecido o HC coletivo, apenas os indivíduos listados nos processos devem ser beneficiados pela decisão. Trata-se de questão que extrapola o momento da tomada de decisão; é necessário acompanhar o cumprimento da ordem concedida para verificar se seus efeitos ficaram ou não restritos aos indivíduos listados.

Em síntese, observou-se que, na maior parte das decisões concessivas, não há determinação expressa quanto à extensão de efeitos da decisão. Da mesma forma, constata-se a persistência de discussões quanto à extensão das decisões a casos futuros e incertezas quanto à possível concessão da ordem a uma lista de indivíduos, e não a uma coletividade delimitada com base em situação fática/jurídica. Diante disso, é importante fortalecer as

discussões doutrinárias a respeito do tema, assim como acompanhar o cumprimento das decisões já existentes e as determinações de novas decisões.

Ao abordar a efetividade das decisões, ressalta-se a importância de delimitar bem a coletividade beneficiada com a concessão da ordem, de modo a facilitar sua execução e reduzir a margem para a quebra de isonomia. Na amostra analisada, entre as decisões ao menos parcialmente concessivas foram encontradas formas variadas de delimitação da coletividade a ser beneficiada e de diretrizes de concessão do pedido formulado, fatores que impactam diretamente a efetividade da decisão, pois a adoção de instrumentos autoexecutáveis, por exemplo, é diretamente afetada por esses fatores. Para ilustrar a questão, no caso do HC 575.495/STJ, o relator determinou a concessão da ordem

para impor o regime domiciliar, especificamente aos reeducandos do sistema prisional do Estado de Minas Gerais que cumprem pena em regime semiaberto e aberto, que tiveram suspenso o exercício do trabalho externo, como medida preventiva de combate à pandemia, desde que não ostentem procedimento de apuração de falta grave (Brasil, 2020f, p. 35).

Trata-se de coletividade bem delimitada, o que facilita a adoção de medidas como a concessão de salvo-condutos/alvarás de soltura coletivos. No HC 204.718/STF, por exemplo, para garantir o direito de manifestação pacífica durante a vacinação, foi requisitado alvará de soltura coletivo. Da mesma forma, no HC 596.189/STJ o alvará de soltura coletivo foi requisitado para todas as pessoas presas de forma provisória que pertenciam ao grupo de risco da pandemia, acusadas da prática de crimes sem violência ou grave ameaça, inclusive tráfico de drogas e associação para o tráfico. No entanto, só se encontrou menção direta à expedição de alvarás de soltura em apenas uma decisão (HC 596.603/STJ). Assim, é importante aprofundar o funcionamento das medidas autoexecutáveis, pois a adoção desse instrumento parece ainda incipiente.

A execução de decisões coletivas demanda lógica diversa da tradicional, e essa preocupação aparece de forma substancial em algumas decisões, com destaque para o HC 165.704³³. Nele, o ministro Gilmar Mendes levanta preocupações com relação à fase de cumprimento das decisões, pontuando “a necessidade de monitoramento e fiscalização das ordens emitidas, inclusive para que as novas questões que surjam durante essa fase sejam apreciadas e resolvidas pelo Poder Judiciário, em cooperação e diálogo com as partes”; e ressalta que “o uso de técnicas abertas e flexíveis de implementação possibilita a participação de todos os envolvidos na definição de ordens executivas, de forma dialogada e informada” (Brasil, 2020l, p. 33-34).

³³ Relativo à concessão de prisão domiciliar para os que são os únicos responsáveis por crianças/deficientes dentro de determinadas condições.

Como vimos, no HC 143.641, o acompanhamento da fase de cumprimento da decisão foi essencial para identificar obstáculos à sua efetividade e motivar novos esclarecimentos. Ao final da decisão, o relator determina, entre outras medidas, “a expedição de ofício a todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, com cópia desta decisão, para que comuniquem a esta Corte os casos de concessão de *habeas corpus* com base neste julgamento, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias”, assim como a “reavaliação das medidas de fiscalização e monitoramento necessárias ao cumprimento do acórdão” (Brasil, 2020l, p. 36).

No HC 143.988³⁴, em voto também de Gilmar Mendes, com relação à fase de cumprimento das decisões, o ministro acrescenta:

No processo de implementação das decisões, os tribunais podem se valer da ajuda de terceiros que não integram a lide para a apresentação de propostas de implementação que envolvam conhecimentos técnicos, para o acompanhamento, *in loco*, das medidas executivas implementadas ou para a resolução de pequenas divergências surgidas no decorrer desse processo. De acordo com Colin Diver, esses *experts* podem desempenhar diversas funções no processo de implementação, como a verificação do cumprimento da decisão, a mediação de disputas, a celebração de acordos e a resolução de pequenas divergências (Brasil, 2020k, p. 71-72).

A preocupação com a adaptação da fase de cumprimento das decisões representa um avanço importante para tornar o HC coletivo instrumento mais efetivo; contudo, por ora, trata-se de discussão presente em poucas decisões. Assim, carecem de maior destaque e acompanhamento determinações como a do HC 165.704, que estabelece prazo para os tribunais darem retorno sobre o cumprimento da ordem. A reavaliação de medidas de fiscalização e monitoramento podem fortalecer o instrumento e levar à compreensão de que deve haver continuidade do diálogo entre os diretamente envolvidos e toda a sociedade.

5 Conclusão

A análise dos acórdãos selecionados evidenciou o impacto da crise sanitária para a impetração de HCs coletivos, cujo aumento reflete o potencial de atuação desse instrumento em situações de urgência, por atingir com isonomia um grande número de pessoas em situação semelhante. Além disso, a leitura dos acórdãos permitiu observar a resposta do Poder Judiciário a esse novo cenário.

O potencial do instrumento de atingir muitas pessoas em situação de urgência foi contraposto frequentemente à noção de que haveria um maior potencial de dano à segurança

³⁴ Voltado a soluções, entre as quais a internação domiciliar, para que os adolescentes submetidos a medida socioeducativa de internação não permaneçam em unidades superlotadas.

pública, dada a suposição de que ocorreria uma “soltura genérica de indivíduos”, o que motivou a frequente afirmação da necessidade de individualizar os casos para averiguar circunstâncias, como a situação do presídio onde estava cada indivíduo (presença de equipe médica, casos de Covid-19 etc.) ou seu estado de saúde.

A demanda pela individualização dos casos (sobretudo dos beneficiários) foi um argumento frequente nas decisões em geral. Na maior parte das que abordaram o reconhecimento do HC coletivo de forma direta, afirmou-se a admissão do instrumento no ordenamento jurídico brasileiro, com recorrente menção ao precedente do STF (HC 143.641). No entanto, a maior parte delas também afirma que o caso concreto a ser julgado não se enquadra nas hipóteses de utilização do instrumento, sem aprofundar os critérios para essa utilização.

A afirmação constante de que o HC coletivo é possível mas não no caso concreto sugere que, apesar de ter conquistado mais espaço na jurisprudência, a utilização do instrumento ainda é restrita e são pouco precisos os critérios para sua aplicação. A noção restritiva em torno da medida também pôde ser observada na exigência recorrente de que os pacientes devem ser “identificados ou identificáveis”, o que sugere a limitação de uso aos casos em que estejam em pauta direitos individuais homogêneos.

Quanto às questões apresentadas nas provocações iniciais deste estudo, observa-se que as decisões subsequentes ao HC 143.641 parecem seguir a analogia estabelecida pelo STF no *writ*, a qual considera legitimados ativos aptos à impetração dos HCs coletivos os dispostos na lei do mandado de injunção. Nas decisões em que os impetrantes não pertencem a esse rol e a questão da legitimidade ativa foi abordada, duas soluções diferentes foram encontradas: a extinção do processo por ausência de legitimidade ativa ou a substituição do polo ativo por algum dos legitimados aptos a assumi-lo.

A segunda opção foi adotada no HC 143.641, no qual a DPU foi intimada a manifestar seu interesse em assumir o polo ativo do pleito, originalmente ocupado por membros da sociedade civil (representantes do CADHu). Essa parece a solução mais harmônica com a lógica do processo coletivo, que prioriza o julgamento de mérito, princípio do Direito Processual que adquire contornos específicos nas ações coletivas diante de seu impacto social.

Com relação à competência para julgamento das ações, nas decisões em geral parece ser seguida a lógica própria do HC, que tem como critérios básicos *hierarquia* e *territorialidade*. Por fim, quanto à formação das decisões coletivas, observa-se que a utilização de instrumentos dialógicos, como no HC 143.641, apesar de presente em algumas decisões, não se mostrou uma tendência geral e encontrou, em alguns casos, resistência dos relatores.

A delimitação clara e precisa do grupo de beneficiários variou entre as decisões concessivas que, no geral, não indicam a adoção de medidas autoexecutáveis. Por outro lado, apesar de incipientes, foram encontradas decisões voltadas para a fase de implementação das decisões, com a adoção de medidas que visam ao seu acompanhamento efetivo.

Disso se infere que, após o HC 143.641, o HC coletivo avançou em seu processo de sedimentação, e que a pandemia impulsionou um número maior de impetrações. No entanto, apesar de mostrar seu potencial de ação por meio de decisões importantes, o instrumento

ainda enfrenta resistências em sua utilização prática; os critérios de conhecimento e aplicação ainda são vagos e aparentemente restritivos, razão que torna essencial a exploração doutrinária.

No que diz respeito aos critérios de aplicação, é preciso aprofundar as reflexões sobre a legitimidade ativa do instrumento e sobre a adoção e acompanhamento de medidas autoexecutáveis. Para maior clareza da análise, é necessário expandir o acompanhamento de outras decisões coletivas, de modo a identificar os principais impedimentos à sua efetivação plena.

Em relação a esse aspecto, um dos problemas identificados nesta pesquisa foi a dificuldade de identificação e acompanhamento dos HCs coletivos, dada a ausência de separação entre estes e os HCs individuais nos sites dos tribunais estudados. A implementação dessa distinção facilitará a localização dos processos e o levantamento mais preciso de dados.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. *Direito processual penal coletivo: a tutela penal dos bens jurídicos coletivos: direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 2. ed. atual., rev. e ampl. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

AZEVEDO, Carolina Trevisan de. A tensão entre a política de encarceramento e o direito à saúde em meio à crise pandêmica: uma análise a partir do HC 188.820 do STF. In: ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 3., 2021, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis: CONPEDI, 2021. p. 109-129. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/276gsltp/7nr8sv53/2HeZu4227ms8CMio.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2024.

AZEVEDO, Carolina Trevisan de; ZUFELATO, Camilo; CHIUZULI, Danieli Rocha. O enquadramento coletivo do *habeas corpus*: caracterização, fundamentos teóricos e legado jurídico. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 38, n. 1, p. 158-176, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://revista.fdsm.edu.br/index.php/revistafdsm/article/view/392>. Acesso em: 4 jan. 2024.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1.641, de 2021*. Disciplina a ação civil pública. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2279806>. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. *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 (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. *Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016*. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Agravo Interno no Recurso em Habeas Corpus nº III.573/SP*. Processual penal e constitucional. *Habeas corpus*. Pretensão de impugnar lei em tese. Não cabimento do remédio constitucional [...]. Agravantes: Pessoas em situação de rua, artistas de rua que realizam apresentações artísticas, circenses, musicais, culturais. Agravado: Município de Jundiá. Relator: Min. Francisco Falcão, 5 de novembro de 2019a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901107513&dt_publicacao=18/11/2019. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 359.374/SP*. Processo penal. Agravo regimental no *habeas corpus*. Tutela coletiva. Possibilidade. Necessidade, todavia, de individualização ou de identificação dos beneficiários da medida postulada [...]. Pacientes: F. B. F. (internado); L. J. da S. (internado); F. A. da S. Agravante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 26 de junho de 2018a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601545154&dt_publicacao=01/08/2018. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 405.492/RS*. Agravo regimental no *habeas corpus*. Execução penal. *Habeas corpus* coletivo. Não ocorrência. Exercido juízo de retratação neste ponto para se conhecer do writ. Mérito da impetração. Falta de vaga no regime prisional correto [...]. Agravantes: Adriano Rodrigues Soares e outros. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 21 de março de 2019b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701537828&dt_publicacao=02/04/2019. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 582.802/RJ*. Agravo regimental em *habeas corpus*. HC coletivo. Pleito de prisão domiciliar a todos os reclusos idosos do Instituto Penal Vicente Piragibe (SEAPVP). Pandemia do coronavírus (Covid-19) [...]. Agravantes: Todas as pessoas idosas privadas de liberdade que cumprem pena no Instituto Penal Vicente Piragibe. Agravados: Ministério Público Federal; Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 15 de setembro de 2020a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001175745&dt_publicacao=22/09/2020. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 586.969/SC*. Agravo regimental no *habeas corpus* coletivo. Prisão domiciliar humanitária. Art. 117 da Lei de Execução Penal – LEP. Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Superlotação do estabelecimento prisional [...]. Agravantes: Pessoas presas no sistema penitenciário do Estado de Santa Catarina, em Itajaí/SC, e ostentem a condição de gestantes, maiores de 60 anos, imunossuprimidos, diabéticos, portadores de doenças pulmonares e cardíacas (preso). Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 3 de agosto de 2021b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001334209&dt_publicacao=06/08/2021. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 600.732/SC*. Agravo regimental no *habeas corpus* coletivo. Todos os presos pertencentes ao grupo de risco custodiados no Presídio Regional Santa Augusta/SC. Prisão domiciliar em razão da pandemia causada pelo Covid-19 [...]. Agravantes: Apenados cumprindo pena no Presídio Santa Augusta que fazem parte do grupo de risco (preso). Agravados: Ministério Público Federal; Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 1º de novembro de 2020b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001866699&dt_publicacao=16/09/2020. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 127.881/MG*. Agravo regimental no recurso em *habeas corpus*. Pleito de concessão de prisão domiciliar a todos os presos do semiaberto. Writ coletivo. Admissibilidade. Legitimidade ativa. Aplicação analógica da Lei 13.300/2016. Mandado de injunção coletivo. Agravo desprovido [...]. Agravante: Conselho da comunidade na execução penal na comarca de Uberaba/MG. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 1º de setembro de 2020c. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001274629&dt_publicacao=09/09/2020. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). *Habeas Corpus* nº 568.021/CE. Civil e processual civil. *Habeas corpus* coletivo impetrado em face de decisão dada pelo desembargador de plantão que remete o processo ao relator. Prisão civil do devedor de alimentos durante a pandemia do coronavírus [...]. Pacientes: T. os P. C. N. E. do C. (preso). Impetrante: Defensoria Pública da União; Defensoria Pública do Estado do Ceará. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Relatora para o acórdão: Min. Nancy Andrighi, 24 de junho de 2020d. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000728103&dt_publicacao=31/08/2020. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Habeas Corpus* nº 571.257/MT. *Habeas corpus* coletivo. Idosos do Estado de Mato Grosso. Covid-19. Não cabimento do writ contra decisão monocrática de desembargador, que não foi impugnada por agravo regimental e não analisou a tese defensiva [...]. Pacientes: Todas pessoas idosas presas no Estado de Mato Grosso (preso). Impetrante: Defensoria Pública do Mato Grosso. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 1º de setembro de 2020e. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000817735&dt_publicacao=09/09/2020. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Habeas Corpus* nº 575.495/MG. *Habeas corpus* coletivo. Execução penal. Sentenciados do regime semiaberto e aberto. Suspensão do exercício do trabalho externo como medida de prevenção e combate à pandemia da Covid-19 [...]. Pacientes: Juliano dos Santos Pires Nascimento Filho (preso) e outros. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 2 de junho de 2020f. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000934870&dt_publicacao=08/06/2020. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Habeas Corpus* nº 596.603/SP. Penal. Processo penal. *Habeas corpus* individual e coletivo. Admissibilidade. Diretrizes registradas pela Suprema Corte no julgamento do HC n. 143.641 (Pleno). Precedentes deste Tribunal da cidadania. Tráfico privilegiado [...]. Paciente: João Faustino Neto (preso). Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 8 de setembro de 2020g. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001706121&dt_publicacao=22/09/2020. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo Regimental no Habeas Corpus* nº 170.401/DF. Agravo regimental. *Habeas corpus* coletivo. Direito processual penal. Ausência de ameaça concreta. Ilegitimidade. Descabimento. Não conhecimento [...]. Agravantes: Todos os indivíduos que ostentam a atual condição de indiciados, investigados ou potencialmente investigados no Inquérito 4.781 – STF – Distrito Federal. Agravados: Presidente do Supremo Tribunal Federal; Relator do Inq nº 4.781 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Edson Fachin, 22 de junho de 2020h. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343683615&ext=.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus* nº 176.045/SP. Agravo regimental em *habeas corpus* coletivo. Impetração em favor das pessoas presas no Centro de Progressão Penitenciária de Pacaembu e na ala de progressão de pena da Penitenciária Feminina de Tupi-Paulista [...]. Agravantes: Pessoas presas no Centro de Progressão Penitenciária de Pacaembu e na ala de progressão de pena da Penitenciária Feminina de Tupi-Paulista. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 20 de novembro de 2019c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751544181>. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus* nº 187.477/AP. Agravo regimental no *habeas corpus* coletivo. Suspensão dos mandados de busca e apreensão contra adolescentes e jovens sentenciados a medidas socioeducativas. Homogeneidade não caracterizada. Pandemia do novo Coronavírus. Recomendação 62/2020 do CNJ [...]. Agravantes: Adolescentes e jovens sentenciados a medida socioeducativa de internação com mandados de busca e apreensão expedidos em seu desfavor pendentes de cumprimento no Estado do Amapá. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Rosa Weber, 4 de novembro de 2020i. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344914763&ext=.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 758/MG*. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Interessado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes, 3 de dezembro de 2020j. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345219706&ext=.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus nº 143.641/SP*. Habeas corpus coletivo. Admissibilidade. Doutrina brasileira do *habeas corpus*. Máxima efetividade do writ. Mães e gestantes presas. Relações sociais massificadas e burocratizadas. Grupos sociais vulneráveis. Acesso à justiça. Facilitação. Emprego de remédios processuais adequados [...]. Pacientes: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 20 de fevereiro de 2018b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus nº 143.988/ES*. Habeas corpus coletivo. Cumprimento de medidas socioeducativas de internação. Impetração voltada a corrigir alegada superlotação em unidades. Admissibilidade da via feita para o exame da questão de fundo [...]. Pacientes: Todos os adolescentes internados na Unidade de Internação Regional Norte. Impetrantes: Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo e outras. Relator: Min. Edson Fachin, 24 de agosto de 2020k. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753732203>. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus nº 165.704/DF*. Habeas corpus coletivo. Admissibilidade. Lesão a direitos individuais homogêneos. Caracterização do *habeas corpus* como cláusula pétrea e garantia fundamental. Máxima efetividade do writ. Acesso à justiça [...]. Pacientes: Todas as pessoas que se encontram presas e que têm sob a sua única responsabilidade deficientes e crianças. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de outubro de 2020l. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755132401>. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 188.820/DF*. Pacientes: Todas as pessoas presas em locais acima de sua capacidade integrantes de grupos de risco para a Covid-19 e que não tenham praticado crimes com violência ou grave ameaça. Impetrantes: Defensoria Pública da União e outros. Relator: Min. Edson Fachin, 17 de dezembro de 2020m. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5963414>. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 190.379/AP*. Recurso ordinário em *habeas corpus* – Cabimento. A decisão mediante a qual inadmitido *habeas corpus* equipara-se a pronunciamento denegatório, sendo impugnável mediante recurso ordinário [...]. Recorrentes: Todas as pessoas presas no regime semiaberto que atualmente cumprem pena em local destinado a presos do regime fechado. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 4 de novembro de 2020n. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345721608&ext=.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmulas do STF*. [Brasília, DF]: STF, 2017. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf. Acesso em: 4 jan. 2024.

CHEQUER, Lílian Nássara Miranda. *Habeas corpus coletivo: o direito de liberdade de locomoção à luz da nova summa divisio constitucionalizada direitos individuais e coletivos*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Itaúna, Itaúna, 2014. Disponível em: <https://mestrado.uit.br/habeas-corpus-coletivo-o-direito-de-liberdade-de-locomocao-a-luz-da-nova-summa-divisio-constitucionalizada-direitos-individuais-e-coletivos/>. Acesso em: 4 jan. 2024.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. rev., ampl. e atual. conforme o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2.

IGREJA, Rebecca Lemos. O direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em direito. In: MACHADO, Máira Rocha (org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 11-37. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/04/MACHADO-Maíra-org.-Pesquisar-empiricamente-o-direito.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2024.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*: volume único. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2021.

PELA liberdade: a história do *habeas corpus* coletivo para mães & crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019. Disponível em: https://prioridadeabsoluta.org.br/wp-content/uploads/2019/05/pela_liberdade.pdf. Acesso em: 4 jan. 2024.

RAVAGNANI, Christopher Abreu; ITO, Josielly Lima; NEVES, Bruno Humberto. Maternidade e prisão: pesquisa empírica no TJSP após o HC coletivo 143.641 do STF. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 129-145, 2019. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/96353>. Acesso em: 4 jan. 2024.

REIS, Daniela Amaral dos. Legitimidade da pessoa física no processo coletivo. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 3, p. 77-107, 2012. Disponível em: https://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2019-10/2012-04Artigo_3_Legitimidade_da_Pessoa_Fisica.pdf. Acesso em: 4 jan. 2024.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Pesquisa em processos judiciais. In: MACHADO, Máira Rocha (org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 275-320. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/04/MACHADO-Maíra-org.-Pesquisar-empiricamente-o-direito.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2024.

SPEXOTO, Mario Eduardo Bernardes. *O habeas corpus coletivo como instrumento de efetivação da normatividade garantista em favor de grupos socioeconomicamente vulneráveis*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/23379>. Acesso em: 4 jan. 2024.

VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho; PEREIRA, Bruno Ramos; PERRUSO, Camila Akemi; MARINHO, Carolina Martins; BABINSKI, Daniel Bernardes de Oliveira; WANG, Daniel Wei Liang; GUERRINI, Estela Waksberg; PALMA, Juliana Bonacorsi de; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 105-139, jan. 2014. DOI: <https://doi.org/10.19092/reed.v1i1.10>. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/10>. Acesso em: 4 jan. 2024.

ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção Direito e Processo. Técnicas de Direito Processual).

Financiamento

Pesquisa financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (processo nº 2020/16380-0).

Licenciamento

Trabalho sob licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

A (des)proteção previdenciária da criança e do adolescente sob guarda: uma insegurança prolongada

The (lack of) social security protection for children and adolescents under custody: a prolonged insecurity

Marcelo Leonardo Tavares¹

Fernanda Cabral de Almeida²

Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar a proteção previdenciária de crianças e adolescentes sob guarda, com base nos métodos dedutivo e jurídico-propositivo, na pesquisa bibliográfica e no estudo de caso. Dadas as principais premissas – crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e sua proteção previdenciária, a doutrina da proteção integral e o instituto da guarda e suas complexidades –, examina-se a decisão do Supremo Tribunal Federal nas ADIs nºs 4.878/DF e 5.083/DF, seus fundamentos vencidos e vencedores, em especial os argumentos da fraude e do equilíbrio financeiro e atuarial. Em seguida, aborda-se a alteração da matéria pela Reforma Previdenciária de 2019 e lançam-se propostas relativas à proteção previdenciária de crianças e adolescentes sob guarda.

Palavras-chave: Direito Previdenciário; doutrina da proteção integral; prioridade absoluta; reforma previdenciária; crianças e adolescentes sob guarda.

Abstract

This paper aims to analyze the social security protection of children and adolescents under custody, through deductive and legal-propositive methods, bibliographical research and case study. Based on main assumptions – children and adolescents as possessors of rights

¹ Marcelo Leonardo Tavares é doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutor em Direito Público pela Université Lyon III, Lyon, França, e em Direito Previdenciário pela Université de Bordeaux, Bordeaux, França; professor de Direito Previdenciário da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; juiz do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. E-mail: marceloltavares68@gmail.com

² Fernanda Cabral de Almeida é mestra em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; doutoranda em Direito do Trabalho e Previdenciário na UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. E-mail: fernanda.cabral5@gmail.com

and their social security protection, the full protection doctrine and the institution of guardianship and its complexities –, the decision of the Brazilian Supreme Court in ADIs 4.878/DF and 5.083/DF is examined – its majority and dissenting opinions –, with special attention to the arguments of fraud and financial and actuarial balance of the Social Security system. Then, the 2019 Social Security Reform is addressed and proposals relating to the social security protection of children and adolescents in custody are launched.

Keywords: Social Security Law; full protection doctrine; absolute priority; social security reform; children and adolescents under custody.

Recebido em 4/7/23

Aprovado em 27/12/23

Como citar este artigo: ABNT³ e APA⁴

1 Introdução

Foi num programa de televisão, no início de 2023, que o Brasil conheceu a história de Jhonatan e Daniel, um casal de Rio Claro (SP), ambos na faixa dos 30 anos, que resolveram adotar cinco irmãos entre 2 e 12 anos de idade. As crianças foram acolhidas numa instituição após sua mãe, uma prima de Jhonatan, ter sido destituída do poder familiar. Para que não fossem separadas, o casal decidiu adotá-las todas e, antes que o processo de adoção fosse iniciado, Jhonatan, em razão do vínculo de parentesco e de afinidade, conseguiu sua guarda (Assis, 2022).

No programa de auditório, Jhonatan e Daniel participaram de um quadro de perguntas e respostas cujo prêmio poderia ultrapassar os R\$ 2 milhões e seria utilizado, segundo o casal, para comprarem uma casa e um carro com sete lugares. Jhonatan e Daniel ganharam pouco mais de R\$ 73 mil no jogo. Conseguiram comprar o carro. A comoção com a história fez com que uma “vaquinha” on-line lhes garantisse também a casa (Machado, 2023).

No entanto, antes mesmo que a história fosse ao ar, Jhonatan faleceu vítima de dengue, deixando Daniel com as cinco crianças. Não havia, até aquele momento, um processo de

³ TAVARES, Marcelo Leonardo; ALMEIDA, Fernanda Cabral de. A (des)proteção previdenciária da criança e do adolescente sob guarda: uma insegurança prolongada. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 241, p. 191-217, jan./mar. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p191

⁴ Tavares, M. L., & Almeida, F. C. de (2024). A (des)proteção previdenciária da criança e do adolescente sob guarda: uma insegurança prolongada. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(241), 191-217. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p191

adoção, mas tão somente a guarda judicialmente concedida a Jhonatan, o que fez com que as crianças passassem a ficar em situação irregular – sem o guardião, com a mãe destituída do poder familiar e com possibilidade de serem novamente institucionalizadas⁵.

Temendo ficar sem as crianças, Daniel ajuizou a ação de adoção por ele e a de adoção póstuma por seu companheiro. Durante a tramitação, obteve a guarda provisória dos cinco irmãos e disse, em entrevista a um jornal local, estar muito feliz e seguro por “poder viver com seus filhos sem medo” (Assis, 2023).

Esse caso ajuda a compreender a complexidade fática e a relevância da guarda de crianças e adolescentes. Daniel já se sentia responsável pelas crianças a partir do momento em que as retirou, com seu companheiro, de um abrigo e as levou para casa; e já lhes dava assistência moral, afetiva e material, mesmo antes de um juiz conceder-lhe a sua guarda.

O presente trabalho versa sobre o direito à proteção previdenciária de crianças como Wendel, Douglas, Harry, Yarah e João Miguel, os cinco irmãos que protagonizam essa história real.

Em 1996, a Medida Provisória (MP) nº 1.523, convertida na Lei nº 9.528/1997 (Brasil, [2018]), excluiu o “menor”⁶ sob guarda do rol de dependentes previdenciários equiparados a filho previsto no art. 16 da Lei nº 8.213/1991 (*Lei de planos de benefícios da Previdência Social*) (Brasil, [2023c]).

Antes mesmo que a questão fosse apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a Reforma Previdenciária de 2019, no § 6º do art. 23 da Emenda Constitucional (EC) nº 103 (Brasil, 2019b), declarou serem equiparados a filhos, para fins de percepção de pensão por morte, exclusivamente o enteado e o tutelado economicamente dependentes do segurado, o que ratificava a opção legislativa de 1996.

Em 2021, o STF declarou inconstitucional a MP de 1996 e conferiu ao § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/1991 interpretação conforme à Constituição, para contemplar em seu âmbito de proteção o “menor sob guarda”, na categoria de dependentes do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Contudo, ante o princípio da demanda, o STF não se debruçou sobre o que determina a EC nº 103/2019.

Este trabalho tem por objetivo – com base nos métodos dedutivo e jurídico-propositivo, de pesquisa bibliográfica e do estudo de caso – analisar a proteção previdenciária de crianças e adolescentes sob guarda.

O desenvolvimento deste artigo está dividido em três seções. Na primeira (seção 2), serão estudadas algumas premissas principais – como crianças e adolescentes foram alçados à condição de sujeitos de direitos, a doutrina da proteção integral, sua proteção previdenciária e questões associadas à guarda e suas complexidades. Na segunda (seção 3), será examinada

⁵ Diz-se que a criança ou o adolescente está institucionalizado quando inserido em programa de acolhimento institucional.

⁶ Utiliza-se aqui o termo *menor* para tratar de crianças e adolescentes, tal como se observa na doutrina, inclusive especializada, e na jurisprudência, não obstante haja crítica ao vocábulo, “considerado pejorativo, pois remete ao antigo Código de Menores, que tratava crianças e adolescentes como *peçoas em situação irregular*, e as fazia carregar o estigma de marginalização, delinquência e abandono” (Rossato; Lépre; Cunha, 2019, p. 80).

a decisão do STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nºs 4.878/DF e 5.083/DF (Brasil, 2021a, 2021b), seus fundamentos vencidos e vencedores, com especial atenção aos argumentos da fraude e do equilíbrio financeiro e atuarial. E, na terceira (seção 4), examinar-se-á o tema na EC nº 103/2019 e lançar-se-ão propostas para a proteção previdenciária de crianças e adolescentes sob guarda. Em seguida, serão firmadas as conclusões.

2 Crianças e adolescentes como sujeitos de direitos previdenciários

2.1 Crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e a doutrina da proteção integral

Foi apenas a partir de dois fatos históricos perversos que a comunidade internacional passou a preocupar-se de forma específica com crianças, até então vistas como propriedade de seus pais: (i) as manifestações e a luta de operários contra a exploração do trabalho infantil a partir da Revolução Industrial; e (ii) os efeitos da Primeira Guerra Mundial, como o aumento de órfãos abandonados (Rossato; Lépure; Cunha, 2019, p. 39-40).

O primeiro levou à criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919, ainda no âmbito da Liga das Nações. Dentre os temas das primeiras seis convenções aprovadas no ano de sua criação, destacam-se duas que tratavam da proibição do trabalho noturno a menores de 18 anos de idade e da vedação do labor na indústria aos menores de 14 anos⁷. O segundo – os efeitos trágicos da guerra sobre as crianças – levou em 1924 à elaboração da Declaração de Genebra, também conhecida como *Carta da Liga sobre a Criança*. Com o objetivo de proporcionar “ajuda humanitária temporária às crianças, bem como promover o seu apadrinhamento” (Rossato; Lépure; Cunha, 2019, p. 46), era o “primeiro documento de caráter amplo e genérico com relação à criança” (Dolinger, 2003, p. 81).

Algumas décadas depois, em 1959, foi adotada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU) a *Declaração universal dos direitos da criança*, em complementação à *Declaração universal dos direitos humanos* (Nações Unidas, [1948]), que tem sua relevância reconhecida por alterar o paradigma de tratamento das crianças – que passaram de “objeto de proteção, ou meros recipientes passivos” (Rossato; Lépure; Cunha, 2019, p. 47) à condição de sujeitos de direitos.

As declarações, contudo, não tinham caráter coercitivo (Ishida, 2022, p. 29-31), o qual só se configurou em 1989 com a *Convenção sobre os direitos da criança*, o tratado internacional com o maior número de ratificações da história⁸ e que reconheceu a criança como sujeito

⁷ Convenção nº 5/1919 sobre Idade Mínima de Admissão nos Trabalhos Industriais e Convenção nº 6/1919 sobre Trabalho Noturno dos Menores na Indústria, ambas ratificadas pelo Brasil em 26/4/1934 (Organização Internacional do Trabalho, [1919a], [1919b]).

⁸ A Convenção foi ratificada por 196 países, entre os quais o Brasil.

de direito ao qual se deve conferir prioridade absoluta e especial proteção, em razão de seu desenvolvimento (Nações Unidas, [1989]).

No século XXI, ao apontarem objetivos de proteção no âmbito da previdência social, várias instituições internacionais têm destacado a necessidade do cuidado com riscos que envolvam crianças, em virtude de sua maior exposição e vulnerabilidade⁹.

No Brasil, o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e dignos de proteção integral também foi tardio. Paula (2002) identifica quatro fases na evolução do tratamento jurídico do público infante-juvenil, que vão desde a (i) fase de absoluta indiferença, passa pelas fases de (ii) mera imputação criminal¹⁰ e (iii) tutelar¹¹ e, finalmente, (iv) pela fase da proteção integral, instituída pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e pela Lei nº 8.069/1990 (*Estatuto da criança e do adolescente* (ECA)) (Brasil, [2023a], [2023b]), “considerado mundialmente um dos melhores textos legais sobre a matéria relacionada à proteção de crianças” (Ishida, 2022, p. 23).

O ECA adota a *doutrina da proteção integral*, em contraponto à *doutrina da situação irregular*¹², instituída pelo *Código de menores* de 1979 (Brasil, [1990]) e característica da anterior fase tutelar. O novo Estatuto foi concebido em consonância com a CRFB – que alça a proteção à infância à condição de direito social (art. 6^a) e prevê o dever cooperativo da família, da sociedade e do Estado em assegurar, com prioridade absoluta, os direitos de crianças e adolescentes (Brasil, [2023a], art. 227) –, este último já elaborado sob clara influência da *Convenção sobre os direitos da criança* (Pereira, 2008, p. 17-18), que à época da Constituinte estava em discussão avançada na ONU.

A *proteção integral*, “baseada no reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes” (Ishida, 2022, p. 23, grifo nosso), consiste em fornecer a esse público “toda a assistência necessária ao pleno desenvolvimento de sua personalidade” (Elias, 2005, p. 2). Rompe-se, assim, com a “cultura jurídica das discriminações” (Pereira, 2008, p. 33) que informava as doutrinas anteriores que classificavam os menores conforme suas condições, o que levava à sua separação e segregação.

⁹ O Banco Mundial e o Unicef, no documento *Common ground: Unicef and World Bank approaches to building social protection systems* (World Bank; Unicef, 2013, p. 7-8). A OIT, no documento *Extending social security to all* (International Labour Office, 2010, p. 20), o qual define: “all children have income security, at least at the level of the nationally defined poverty line level, through family/child benefits aimed at facilitating access to nutrition, education and care”.

¹⁰ São exemplos dessa fase as *Ordenações filipinas*, cujo Título CXXXV, embora livrasse o menor de 17 anos da pena de morte natural, determinava que o juiz lhe aplicasse “pena menor”; o *Código penal* do Império (1830), que tornou inimputáveis menores de 14 anos, devendo aqueles entre 7 e 14 anos incompletos ser recolhidos às casas de correção; e o *Código penal* de 1890, segundo o qual os maiores de 9 anos e menores de 14 que tivessem agido com discernimento deveriam ser recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais (“teoria do discernimento”).

¹¹ Destacam-se o *Código Mello Mattos* – Decreto nº 17.943-A/1927 (Brasil, [1979]) – e o *Código de menores* de 1979 (Brasil, [1990]), ambos com previsão de medidas de assistência e proteção ao menor de 18 anos “abandonado ou delinquente” ou em “situação irregular”.

¹² Para a aplicação do *Código de menores*, “além da menoridade, era necessário considerar a situação em que se encontrava o indivíduo” (Elias, 2005, p. 1).

Na perspectiva da proteção integral, crianças e adolescentes deixam de ser concebidos como objetos a serem tutelados e passam a ser reconhecidos como *sujeitos de direitos* – tanto dos mesmos direitos fundamentais dos adultos quanto de outros de caráter especial, em razão de sua condição de pessoas em desenvolvimento. Devem também ser tratados pela família, pela sociedade e pelo Estado com *prioridade absoluta* e sempre em vista do seu *melhor interesse (princípio da cooperação)*. Sua atual classificação em dois grupos – crianças e adolescentes – tem o “único objeto de dar tratamento especial às pessoas em fase peculiar de desenvolvimento, em razão da maior ou menor maturidade” (Pereira, 2008, p. 33).

A proteção integral deve ser percebida como o “elemento substantivo essencial para a compreensão do Direito da Criança e do Adolescente” (Custódio, 2008, p. 28), cuja posição de destaque foi capaz de “reunir tal conjunto de valores, conceitos, regras, articulação de sistemas e legitimidade junto à comunidade científica que a elevou a um outro nível de base e fundamentos teóricos” (Custódio, 2008, p. 27-28). Também se tornou “prioritária a integração entre as disciplinas, sobretudo entre aquelas que diretamente irão contribuir para a proposta maior de proteção dos novos ‘sujeitos de direito’” (Pereira, 2008, p. 37). Portanto, a doutrina da proteção integral transborda os limites do Direito da Criança e do Adolescente, e informa outros ramos jurídicos, inclusive o Direito Previdenciário.

Não à toa o art. 26 da *Convenção sobre os direitos da criança* dispõe que “os Estados Partes devem reconhecer que todas as crianças têm o direito de usufruir da *previdência social*, inclusive do seguro social, e devem adotar as medidas necessárias para garantir a plena realização desse direito, em conformidade com sua legislação nacional” (Nações Unidas, [1989], grifo nosso).

Em consonância com a norma internacional, a CRFB incluiu a garantia aos direitos previdenciários como um dos aspectos da proteção especial devida a crianças e adolescentes (Brasil, [2023a], art. 227, § 3º, II).

2.2 O menor sob guarda na Previdência Social

No sistema brasileiro de seguro social, os direitos previdenciários de crianças e adolescentes concretizam-se primordialmente por meio do vínculo de dependência¹³ com seus responsáveis adultos, quando estão na condição de segurados, caso em que são oferecidas prestações de família e de maternidade conforme a Convenção nº 102 da OIT ([1952]) sobre normas mínimas da seguridade social.

¹³ Permite-se qualquer trabalho ao maior de 16 anos e, na condição de aprendiz, ao maior de 14 anos (Brasil, [2023a], art. 7º, XXXIII), e o menor que exerça atividade remunerada está obrigatória e automaticamente filiado ao RGPS na condição de segurado. Além disso, o adolescente maior de 14 anos pode contribuir facultativamente (Brasil, [2023c], art. 13). Aqui, contudo, tratar-se-á das hipóteses em que crianças e adolescentes figuram como dependentes previdenciários – e não segurados.

Os dependentes do segurado do RGPS são divididos em três classes¹⁴. A primeira é composta pelo cônjuge ou companheiro ou companheira e pelo filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave (Brasil, [2023c], art. 16, I).

Além do tutelado e do enteado, a Lei nº 8.213/1991 (Brasil, [2023c]), em sua redação original previa que se equiparava a filho o menor que, por determinação judicial, estivesse sob a guarda do segurado, mediante declaração deste, mantendo a previsão inserida na *Lei orgânica da Previdência Social* (Brasil, [1985], art. 11, § 2º, b) pelo Decreto-lei nº 66/1966 (Brasil, [1984]).

Todavia, em 1996 a MP nº 1.523, convertida na Lei nº 9.528/1997, com o intuito de coibir fraudes (Bittencourt; Borsio; Pires, 2021, p. 67-68), alterou a redação do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/1991, para dispor que o “enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica” (Brasil, [2023c]).

Portanto, a norma excluiu a um só tempo a menção ao menor sob guarda e exigiu a comprovação da dependência econômica – encargo superior à mera declaração do segurado – para equiparar o enteado e o tutelado à condição de filho. A presunção de dependência econômica, portanto, ficou restrita aos filhos.

Criou-se também um conflito entre a nova redação do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/1991 e o ECA, cujo art. 33, no § 3º, dispõe que “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, *inclusive previdenciários*” (Brasil, [2023b], grifo nosso).

A mudança causou enorme celeuma na doutrina e na jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, chamado a decidir acerca da legalidade da nova norma, oscilou em suas decisões – ora não conferindo ao menor sob guarda a condição de dependente previdenciário se o segurado tivesse falecido após a vigência da MP¹⁵, ora garantindo-lhe o benefício¹⁶ independentemente da data de óbito do segurado.

As decisões calcavam-se no critério da especialidade da norma como meio de interpretação e decisão do conflito. Contudo, uns entendiam ser a lei previdenciária a norma especial – além de mais recente –, ao passo que outros viam no ECA a especialidade.

Apenas em 2018, o STJ fixou no Tema Repetitivo 732¹⁷ a tese jurídica de que o menor sob guarda tem direito à concessão do benefício previdenciário, mesmo que o óbito do guardião tenha ocorrido após a vigência da MP nº 1.523/1996, fundando-se a “conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária” (Brasil, 2017, p. 3).

¹⁴ Estão na segunda classe os pais e, na terceira, o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave, de modo que a existência de dependentes numa classe exclui os pertencentes às classes seguintes (Brasil, [2023c], art. 16).

¹⁵ Como exemplo, AgRg no REsp nº 750.520/RS (Brasil, 2006a).

¹⁶ Como exemplo, REsp nº 642.915/RS (Brasil, 2006b).

¹⁷ Baseado no REsp nº 1.411.258/RS (Brasil, 2017).

O dispositivo também foi questionado perante o STF em duas ADIs – ADI nº 4.878/DF e ADI nº 5.083/DF (Brasil, 2021a, 2021b) –, a primeira delas ajuizada em novembro de 2012 e ambas finalmente julgadas em junho de 2021, com trânsito em julgado do acórdão em março de 2022. Na ocasião, o STF conferiu ao dispositivo interpretação conforme, de modo a contemplar em seu âmbito de proteção o menor sob guarda, desde que comprovada a dependência econômica.

No entanto, antes mesmo desse julgamento, a Reforma Previdenciária levada a cabo pela EC nº 103/2019, ao tratar das normas relativas à pensão por morte (Brasil, 2019b, art. 23, § 6º), já dispusera que se equiparam “a filho, para fins de recebimento da pensão por morte, exclusivamente o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica”. Ao usar o termo *exclusivamente* ficou clara a intenção do Constituinte derivado de excluir o menor sob guarda dessa proteção¹⁸.

A fim de compreender as razões que levaram o STF a proferir sua decisão em 2021 e, em última análise, as perspectivas diante da última Reforma Previdenciária, é necessário tratar do instituto da guarda de menores.

2.3 A compreensão da guarda de crianças e adolescentes e suas complexidades

A guarda é o “instituto jurídico por meio do qual alguém, parente ou não, assume a responsabilidade sobre uma criança ou adolescente [...], passando a dispensar-lhe todos os cuidados próprios da idade, além de ministrar-lhe assistência” (Fonseca, 2015, p. 153). O instituto tem assento no Direito das Famílias – com regulamentação na Lei nº 10.406/2002 (*Código civil*) (CC) (Brasil, [2023d]) – e no Direito da Criança e do Adolescente – com regimento no ECA (Brasil, [2023b]).

Por ser um dos atributos do poder familiar, constituindo-se num direito e num dever, em regra, a guarda é atribuída aos genitores, e somente cessa com a morte ou em decorrência da maioridade ou da emancipação. Esse tipo de guarda é regulamentado pelo Direito das Famílias.

Todavia, há situações em que os pais não proveem os cuidados a que estão obrigados – seja por ação, seja por omissão – e, portanto, não podem exercer a guarda. Em tais casos, quando crianças e adolescentes não convivam com qualquer dos pais ou tenham seus direitos violados ou ameaçados, aplica-se a guarda como medida protetiva, regulada pelo ECA (Dias, 2017, p. 560).

Não se trata aqui de mera abdicação¹⁹ do direito de guarda em favor de terceiros, o que não pode ser feito “sem respaldo judicial [ou] com pretextos escusos” (Maciel, 2022,

¹⁸ Tavares (2022) destaca que esse seria um caso notório de *backlash* normativo entre o Judiciário, de um lado, e os Poderes Executivo e Legislativo do outro.

¹⁹ O art. 166 do ECA determina a adesão expressa dos pais ao pedido de colocação do filho em família substituta. Contudo, a adesão deve ser feita judicialmente, ouvido o Ministério Público, e dela decorrerá a declaração judicial da extinção do poder familiar.

p. 356). A guarda, como um múnus atribuído aos pais, deve ser por eles exercida, ainda que a criança ou o adolescente dependa economicamente de terceira pessoa – como se vê nos casos em que avós são acionados para pagar alimentos aos netos (Brasil, [2023d], art. 1.698).

Portanto, para serem postos sob a guarda de pessoa distinta de seus pais, deve-se demonstrar que a criança ou o adolescente “se encontra em qualquer tipo de situação peculiar, tal como problema de saúde física ou mental, que demande cuidados adicionais a serem despendidos pela família substituta” (Maciel, 2022, p. 356).

Nesses casos excepcionais, em que o direito do menor à convivência familiar²⁰ não possa ser exercido em sua *família natural* – formada pelos pais biológicos ou qualquer deles e seus descendentes²¹ –, seja em razão da ausência desta última, seja em razão do melhor interesse da criança, lança-se mão das medidas específicas de proteção previstas no ECA: a adoção, a tutela e a guarda.

A *tutela* consiste num “conjunto de poderes e encargos conferidos pela lei a um terceiro, que possua, preferencialmente, afinidade e afetividade com o pupilo, para que cuide não só da pessoa menor de 18 anos de idade que se encontra fora do poder familiar como também lhe administre os bens” (Maciel, 2022, p. 369). Diferentemente, a *adoção* é a modalidade mais completa de colocação do menor numa família substituta, pois “há a inserção da criança ou adolescente no seio de um novo núcleo familiar” (Bordallo, 2022, p. 389).

Por sua vez, a *guarda*, como medida de proteção, pode ser de três espécies²²: (i) provisória – quando concedida liminar ou incidentalmente em ação visando à tutela ou à adoção; (ii) permanente ou definitiva – concedida na ação que tenha como único objeto a própria guarda; e (iii) peculiar – cujo objetivo é o “suprimento de uma falta eventual dos pais, permitindo-se que o guardião represente o guardado em determinada situação” (Ishida, 2022, p. 171). Além disso, a guarda pode ou não pressupor a perda ou a extinção do poder familiar.

As três medidas de proteção, contudo, têm em comum o caráter da excepcionalidade, já que, pelo *princípio da prevalência da família*, sempre se deve dar preferência à manutenção ou à reintegração da criança e do adolescente à sua família natural, de modo que dela só seja afastada “depois da absoluta (e provada) impossibilidade de convivência familiar” (Fonseca, 2015, p. 104).

Há, assim, uma ordem de preferência²³ no cumprimento das medidas específicas de proteção às crianças e aos adolescentes e na própria concretização do seu direito fundamental a *terem uma família*: prefere-se sempre a convivência com a *família natural*, mantendo-se

20 O direito à convivência familiar está previsto no art. 6º da *Declaração universal dos direitos da criança*, no art. 227 da CRFB e no art. 19 do ECA (Brasil, [2023a], [2023b]), o qual prevê também o direito à convivência comunitária.

21 Art. 25, *caput*, do ECA (Brasil, [2023b]).

22 Adota-se aqui a classificação de Ishida (2022, p. 171-172), com a ressalva de que o autor faz menção a uma quarta modalidade de guarda – a compartilhada. Contudo, como permanece com os genitores, a guarda compartilhada não será analisada por não se tratar de uma medida de proteção e por fugir ao escopo deste estudo.

23 A Lei nº 12.010/2009 (Brasil, 2009) dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática para a garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes.

em segundo plano a *família extensa* ou *ampliada*, formada por parentes próximos com os quais o menor mantém vínculos de afinidade e afetividade²⁴, e, apenas em último caso²⁵, considera-se a *família substituta*²⁶. Justificam essa escolha os laços de consanguinidade, afinidade e afeto formados desde o nascimento com a família de origem e a instituição da família como base da sociedade e objeto especial de proteção do Estado pela CRFB (Brasil, [2023a], art. 226).

Desse modo, como *medida de proteção* não exercida pelos pais, a guarda confere algumas prerrogativas ao guardião, que passa a ser obrigado à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor e pode, inclusive, na observância do seu melhor interesse, opor-se a terceiros e aos próprios pais (Brasil, [2023b], art. 33). À criança e ao adolescente a guarda confere a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, “inclusive previdenciários”, segundo a literalidade do art. 33, § 3º, do ECA (Brasil, [2023b]).

A dependência – notadamente a material ou econômica – do menor em relação ao guardião é, assim, uma *consequência*, e não um *fundamento* da guarda (Maciel, 2022, p. 356-361). Afinal, a simples dependência econômica do menor com relação a terceiros que efetivamente o sustentem, como o provimento da subsistência dos netos pelos avós, não autoriza por si só que eles tenham a sua guarda. Portanto, “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar” (Brasil, [2023b], art. 23), pois o dever de sustento (Brasil, [2023b], art. 22) é encargo também da família ampliada.

Desse modo, a *família extensa ou ampliada*, além de poder exercer (i) o papel de família substituta – quando o menor é posto sob sua guarda sempre que não puder ou não dever ser mantido com os genitores, em razão da “falta, omissão, negligência de ambos os pais” (Maciel, 2022, p. 344-345) –, pode assumir (ii) um papel cooperativo e complementar às funções dos pais, o que configura sua finalidade original e primária de corresponsável pela manutenção da integridade biopsicossocial da própria família natural. Via de regra, só na primeira hipótese a guarda é concedida judicialmente aos avós – ou a outros parentes.

No entanto, não se podem fechar os olhos às mudanças contemporâneas nas estruturas familiares, particularmente para o fenômeno das *famílias multigeracionais* (Santos, 2015); nelas, múltiplas gerações convivem “no mesmo espaço residencial e sob outra chefia, não a do adulto em idade considerada produtiva, mas a do idoso provedor” (Santana; Lima, 2012, p. 182). São arranjos familiares em crescimento²⁷, já que dados estatísticos revelam uma

²⁴ Art. 25, parágrafo único, do ECA (Brasil, [2023b]).

²⁵ Para a colocação da criança ou adolescente em família substituta exige-se, de forma absoluta, a demonstração da impossibilidade de sua permanência com a família natural ou extensa, que deve ser declarada judicialmente (Fonseca, 2015, p. 122).

²⁶ Essa ordem de preferência, contudo, não é rígida; deve ser analisada caso a caso, sempre em favor do melhor interesse da criança. Fala-se, assim, em *preferência qualificada* (Fonseca, 2015, p. 109).

²⁷ Segundo dados de pesquisa conduzida pelo Centro de Políticas Sociais da Fundação Getulio Vargas, em 2018 os idosos representavam 19,3% das pessoas de referência ou chefes de domicílio. Além disso, os domicílios com idosos eram 25,6% maiores em número de pessoas que os demais domicílios (Neri, 2020).

“expressiva quantidade de idosos como chefes de domicílio” (Santana; Lima, 2012, p. 183), particularmente entre famílias de baixa renda, nas quais “o rendimento e o trabalho do idoso são essenciais para a sua manutenção” (Santana; Lima, 2012, p. 185).

Situações outras, como a gravidez na adolescência, também favorecem esse tipo de arranjo familiar^{28 29}. Outro exemplo de desafio que propicia essas novas configurações familiares é o abandono paterno, ainda muito expressivo no Brasil³⁰.

Desse modo, fatores relacionados aos mais diversos tipos de vulnerabilidade – como baixos rendimentos familiares, gravidez precoce, falecimento de um dos pais e o novo papel do idoso na entidade familiar – propiciam que a participação do membro de terceira geração na família – ou outro parente colateral – por vezes ultrapasse o mero sustento financeiro, com o exercício também de “funções de autoridade naquele meio para com seus descendentes, contribuindo de forma decisiva para o sustento, guarda e educação dos menores de idade que lá residem” (Santos; Maciel, 2015, p. 92). Em tais casos há uma complementação assistencial em sentido amplo, que transborda a necessidade financeira, não limitada à obrigação de prestar alimentos (Brasil, [2023d], art. 1.698). Para alguns autores³¹, nessas hipóteses seria cabível também uma *guarda compartilhada da família ampliada*, em concorrência com os pais. Com base em análises casuísticas, o Poder Judiciário, ainda que muito cautelosamente, tem reconhecido o direito a essa espécie de guarda; contudo, veda-se a chamada *guarda previdenciária*, cuja finalidade exclusiva é a inclusão do menor como dependente do pretense guardião com o fim de receber benefício previdenciário.

Por conseguinte, “ainda que a guarda compartilhada não se destine, originariamente, a regular a guarda entre pessoas que não detêm o poder familiar, inexistente impedimento legal para tanto” (Rio Grande do Sul, 2017); desse modo, demonstrado o melhor interesse da criança, a relação de afeto e afinidade entre o parente e a criança ou adolescente e que a pretensão não tem unicamente finalidade previdenciária, pode ser deferida a “guarda compartilhada entre membros da família extensa” (Maciel, 2022, p. 347).

Entretanto, a complexidade do instituto da guarda, que reúne um conjunto de modalidades para dar respostas a situações fáticas diversas, não parece ter sido objeto de ponderação pelo legislador (seja o ordinário, seja o constituinte reformador), nem pelo Judiciário. Este, ao analisar a constitucionalidade da norma que excluiu o menor sob guarda do rol dos

²⁸ Embora a quantidade de mães adolescentes venha caindo ao longo dos anos, o Brasil ainda registra números 50% superiores à média mundial (Casos [...], 2022). Os dados consideram mães adolescentes aquelas até os 19 anos de idade.

²⁹ Relatório da Fundação Abrinq (2022, p. 35-36) mostra que 14% dos nascidos vivos no Brasil em 2020 eram de mães com até 19 anos de idade, e 4,6% dessas mães tinham entre 10 e 14 anos.

³⁰ Dados do Portal da Transparência de Registro Civil apontam, apenas nos primeiros sete meses de 2022, mais de 100 mil registros em que está ausente o nome do pai – o que representa 6,6% das crianças registradas. Embora alguns casos possam relacionar-se com a ausência do genitor no momento do nascimento ou do registro, a situação mais comum é a negligência, segundo analisa a presidente da Comissão Nacional de Notários e Registradores do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) (“Quem [...], 2022).

³¹ Sobre o tema, ver Santos e Maciel (2015).

dependentes previdenciários (Brasil, [2023c], art. 16, § 2º), dispensou o mesmo tratamento a todas as crianças e adolescentes sob guarda.

3 O Supremo Tribunal Federal e sua interpretação sobre a proteção previdenciária do menor sob guarda: ADIs 4.878/DF e 5.083/DF

3.1 Análise dos fundamentos fáticos e jurídicos da decisão: votos vencedores e dissidentes

O § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/1991 (Brasil, [2023c]), com redação dada pela MP nº 1.596/1997 (e reedições), convertida na Lei nº 9.528/1997, foi questionado em controle concentrado de constitucionalidade perante o STF nas ADIs nºs 4.878/DF e 5.083/DF (Brasil, 2021a, 2021b). Aquela foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR), sob o argumento de que, após a modificação legislativa, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) passou a obstar o direito à percepção da pensão por morte aos menores sob guarda, o que violaria o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente (Brasil, [2023a], art. 227, § 3º), bem como o de que a nova redação da *Lei de benefícios previdenciários* não revoga o § 3º do art. 33 do ECA (Brasil, [2023b]), norma especial de proteção que confere ao menor sob guarda a condição de dependente de seu guardião, inclusive para fins previdenciários.

Na outra, a ADI nº 5.083/DF (Brasil, 2021b), o Conselho Federal da OAB (requerente) fundamentou a pretensão na violação aos princípios da proibição do retrocesso social, da isonomia e da proteção integral e prioritária de crianças e adolescentes. Por maioria de 6 votos a 5, a Corte julgou procedente o pedido³², para conferir ao dispositivo interpretação conforme à Constituição, de modo a contemplar o menor sob guarda em seu âmbito de proteção, desde que comprovada a dependência econômica.

O ministro relator Gilmar Mendes decidiu em sentido contrário. Para ele, a alteração legislativa não violou os princípios da igualdade, proibição do retrocesso e proteção integral da criança e do adolescente. O relator partiu de alguns pressupostos para fundamentar seu voto: (i) durante a redação original do dispositivo, “era comum que avós, segurados do INSS ou servidores públicos, assumissem a guarda dos netos, de modo a torná-los potenciais beneficiários de sua pensão por morte”, fato que teria sido “registrado por Maria Berenice Dias, em seu Manual de Direito das Famílias”; (ii) segundo o legislador³³, a medida fora instituída “para alcançar o equilíbrio financeiro do INSS”, ameaçado pela pressão dos gastos previdenciários sobre as contas públicas e o crescente déficit; (iii) “o fato de o menor estar sob guarda de um terceiro não determina, necessariamente, sua condição de dependente

³² A ADI nº 4.878/DF foi julgada procedente; e a ADI nº 5.083/DF, parcialmente procedente.

³³ Parecer nº 53/1997, do senador José Fogaça (PPS-RS), aprovado pela Comissão Mista instituída no Congresso Nacional para analisar a MP nº 1.596/1997.

deste, quer pela provisoriedade da guarda, quer pela manutenção, em muitos casos, do poder familiar e da condição de dependente de seu genitor, mesmo que falecido, quer por estar sob os cuidados do Estado”; e (iv) diante da exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários pela EC nº 103/2019, norma constitucional, fica “superada a discussão sobre a prevalência do ECA ou da lei previdenciária” (Brasil, 2021a, p. 10-23, 2021b, p. 10-23).

Abriu a divergência o ministro Edson Fachin, que apontou a inconstitucionalidade da exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários, sob os seguintes fundamentos: (i) a doutrina da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta, adotados pelo art. 227 da CRFB e pelo ECA, ressignificam o *status* protetivo de crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento; (ii) direitos fundamentais devem observar o princípio da máxima eficácia; (iii) o § 3º do art. 33 do ECA assegura ao menor sob guarda a condição de dependente de seu guardião para todos os fins de direito, inclusive previdenciários; (iv) o deferimento judicial da guarda – seja nas hipóteses do CC, seja nas do ECA – exige formalidades legais, com intervenção obrigatória do Ministério Público, o que evita a ocorrência de fraudes; e (v) o argumento da fraude pauta-se na presunção de má-fé e não pode ser usado para impedir o acesso de crianças e adolescentes aos seus direitos previdenciários (Brasil, 2021a, 2021b).

Acompanharam a divergência os ministros Ricardo Lewandowski, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Dias Toffoli e Cármen Lúcia; tornaram-se vencidos, além do relator, os ministros Alexandre de Moraes, Marco Aurélio Mello, Nunes Marques e Luiz Fux.

Apesar de ter saído vencedora a tese que mantém o menor sob guarda no rol de dependentes previdenciários, alguns fatores indicam que a questão está longe de ser estabilizada: (i) nos embargos de declaração opostos nas ADIs, foi esclarecido que não se procedeu à verificação da constitucionalidade do art. 23 da EC nº 103/2019, em obediência ao princípio da demanda, o que indica que a questão deverá ser levada novamente à Corte; (ii) desde a decisão, o STF sofreu – e ainda sofrerá – substanciais mudanças em sua composição³⁴, o que expõe a fragilidade da decisão em decorrência do placar muito apertado; e (iii) ainda se observa certa resistência à manutenção do menor sob guarda como dependente previdenciário do guardião.

Um exemplo desse tipo de resistência é a decisão recente da Segunda Turma do STJ, no Recurso Especial (REsp) nº 1.947.690/DF (Brasil, 2022, p. 4), cujo teor chancelou o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, segundo o qual, “diante do reconhecimento do direito à percepção da pensão temporária por morte, com base nas

³⁴ Caso a questão volte a ser debatida nos próximos meses, o STF não contará com três dos onze ministros que julgaram as ADIs nºs 4.878/DF e 5.083/DF: o ministro Marco Aurélio Mello, que se aposentou em 9/7/2021 e foi substituído pelo ministro André Mendonça; o ministro Ricardo Lewandowski, que se aposentou em 11/4/2023 e foi substituído pelo ministro Cristiano Zanin; e a ministra Rosa Weber, que se aposentou em 30/9/2023 e foi substituída pelo ministro Flávio Dino. Trata-se, pois, de mudança substancial na composição da Corte – particularmente se se levar em conta o placar apertado do julgamento –, o que não permite antever como se resolverá a questão quando novamente posta à sua apreciação.

normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, o pagamento do benefício deve cessar na data em que a autora completa 18 anos, art. 2º do referido diploma legal”. Embora o caso versasse sobre pensão de Regime Próprio, a *ratio decidendi* poderia ser facilmente aplicada em casos envolvendo o RGPS.

Como a questão ainda não está estabilizada, devem-se enfrentar os principais argumentos usados para justificar a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários: a ocorrência de fraude na concessão da guarda e a busca de equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

3.2 Os argumentos da fraude e do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário

No voto vencido do ministro Gilmar Mendes, relator das ADIs nºs 4.878/DF e 5.083/DF, destacam-se os argumentos da possível ocorrência de fraude na concessão da guarda e da busca de equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

Não são apontados números da *alegada concessão da guarda de menores a avós – ou mesmo outros parentes – de modo fraudulento*, com o único objetivo de habilitá-los a receber benefícios previdenciários. No voto, faz-se menção a um texto de Maria Berenice Dias, em seu *Manual de Direito das Famílias*, segundo o qual “há uma prática bem difundida, de os avós buscarem a guarda dos netos exclusivamente para fins previdenciários” (Dias, 2017, p. 561).

Contudo, além de não haver menção a qualquer dado estatístico também na obra de Berenice Dias, a própria autora defende a prevalência do ECA sobre a *Lei de benefícios previdenciários*, entendendo pela manutenção da condição de beneficiário do menor sob guarda, “quer porque é proibido o retrocesso social, quer porque lei geral não revoga lei de caráter protetivo” (Dias, 2017, p. 561).

Porém, mesmo que se admita haver tal prática “difundida”, é preciso identificar onde estaria ocorrendo a falha. Afinal, a guarda como medida protetiva de colocação da criança em família substituta – conquanto tal função seja preferencialmente abraçada pela família ampliada ou extensa – só pode ser deferida judicialmente, em processo com intervenção obrigatória do Ministério Público, e a autoridade judiciária pode determinar, até mesmo de ofício, “a realização de estudo social ou, se possível, perícia por equipe interprofissional” (Brasil, [2023b], art. 167). Nesse procedimento, sempre que possível, a criança ou o adolescente deve ser ouvido (art. 168), e o juiz “declarará a extinção do poder familiar” (Brasil, [2023b], art. 166, § 1º, II). Ademais, uma consulta a precedentes judiciais sobre a matéria demonstra um combate veemente³⁵ ao que a jurisprudência chama de “guarda previdenciária” – requerida para fins meramente de percepção de benefício pelo menor.

Entretanto, além de burlar o Judiciário, quem pretende fraudar o sistema ainda deve passar pelo crivo do INSS, e a prova da dependência econômica do menor servirá como

³⁵ Como exemplo, REsp nº 1.186.086/RO (Brasil, 2011).

segundo filtro para a concessão do benefício. Produzida administrativamente, essa prova é um requisito adicional a ser vencido pelo pretense fraudador.

Sob outro aspecto, não se pode criar uma presunção de má-fé de avô, avó ou outro parente que postula a guarda do menor, particularmente quando, pela própria ordem hierárquica para a colocação da criança em família substituta, a família extensa aparece em primeiro lugar, como se observou na subseção 2.3. Portanto, entre os membros da família extensa, os avós são, via de regra, justamente os parentes mais próximos, com os quais há maior probabilidade de a criança ou o adolescente ter laços de afinidade e afetividade – e, assim, quase sempre os que terão preferência na guarda. Em outras palavras, é estranho que se presuma uma fraude praticada por avós – ou, embora em menor escala, por outros parentes – quando a própria lei lhes dá preferência para a convivência com o menor nos casos em que medidas protetivas sejam necessárias.

Ainda assim, destaque-se que no voto vencedor, do ministro Edson Fachin, não se nega nem se questiona essa premissa fática (“prática difundida de avós buscarem a guarda dos netos para fins previdenciários”). O redator do acórdão apenas defende que o argumento deve ser rejeitado, por se pautar na presunção de má-fé e porque existem “meios de combater as fraudes sem que, com isso, haja privação de direitos” (Brasil, 2021a, p. 31, 2021b, p. 31).

Outro argumento para que se exclua o menor sob guarda do rol de dependentes da Previdência Social é a *busca pelo equilíbrio financeiro e atuarial* do sistema. Trata-se de uma dupla exigência constitucional (Brasil, [2023a], art. 201): (i) a “manutenção do adequado funcionamento do sistema no momento atual e futuro, com o cumprimento de todas as obrigações pecuniárias, decorrentes de pagamentos de benefícios previdenciários” (Ibrahim, 2011, p. 171) – equilíbrio financeiro; e (ii) a “estabilização de massa, isto é, [o] controle e prevenção de variações graves no perfil da clientela, [...] as quais trazem desequilíbrio ao sistema inicialmente projetado” (Ibrahim, 2011, p. 171) – equilíbrio atuarial. Busca-se, assim, que o sistema não opere constantemente no prejuízo, sem perder de vista também que não foi criado para gerar lucros.

Uma das formas de se concretizar esse equilíbrio é a *seletividade e distributividade* na prestação dos benefícios e serviços³⁶, um dos princípios que informam a Previdência Social e, segundo o qual, o legislador é chamado a selecionar os riscos sociais a serem protegidos e, em seguida, deve distribuir as prestações e os serviços relacionados a eles na medida das necessidades dos membros da sociedade. Nessa operação, em face dos ditames da justiça social, da solidariedade e da isonomia, admite-se uma distribuição desigual, desde que produza um resultado tendente à igualdade.

A seletividade impõe “a concessão e manutenção das prestações sociais de maior relevância, levando-se em conta os objetivos constitucionais do bem-estar e justiça social” (Ibrahim, 2019, p. 67). A distributividade reflete um ideal da justiça, que visa corrigir

³⁶ Art. 194, parágrafo único, III, da CRFB (Brasil, [2023a]).

distorções no meio social e ilumina o campo de ação do legislador na direção de medidas redutoras das desigualdades sociais e regionais (Balera, 2016, p. 37).

Ao fazer tais escolhas, o legislador deve guiar-se pelo *princípio da prioridade absoluta* de crianças e adolescentes (Brasil, [2023a], art. 227); em razão da sua fragilidade e de seu *status* de pessoas em desenvolvimento, a eles devem ser conferidos tratamento e atendimento prioritários (Fonseca, 2015, p. 20-29). Isso significa que a proteção infanto-juvenil deve sobrepor-se “às medidas de ajustes econômicos, sendo universalmente salvaguardados os seus direitos fundamentais” (Pereira, 2008, p. 22), e tal prioridade não se limita às garantias previstas no parágrafo único do art. 4º do ECA (Brasil, [2023b])³⁷; para muitos (Fonseca, 2015, p. 22), trata-se de rol meramente exemplificativo.

Assim, à luz desse princípio, na busca pela redução das despesas com a Previdência Social, outros direitos deveriam ser sacrificados antes de se atingirem o da criança e do adolescente – ou ao menos o legislador deveria ter demonstrado fundamentadamente não lhe restar alternativa.

Todavia, não foi o que se viu no Parecer nº 53/1997, da Comissão Mista do Congresso Nacional, incumbida de apreciar a constitucionalidade e o mérito da MP nº 1.596/1997. O senador José Fogaça (PPS³⁸-RS), quanto à nova redação do § 2º do art. 16 da Lei nº 8.213/1991, apenas relatou que a norma “visou impedir que o menor que, sob determinação judicial, esteja sob a guarda de segurado seja seu dependente, para fins previdenciários” (Brasil, 1997 *apud* Brasil, 2021b, p. 11). Tampouco foi o que se viu na mensagem que o Executivo encaminhou ao Legislativo na Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 6/2019 – que deu origem à EC nº 103 (Brasil, 2019a, 2019b). Embora tenha mantido na condição de equiparados a filho apenas o menor tutelado e o enteado, não há uma linha sequer no texto sobre essa decisão³⁹.

Dada a colisão de princípios – o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial e o princípio da prioridade absoluta –, atribuem-se a eles pesos diferentes à luz do caso concreto, de modo que aquele com maior peso tenha precedência sobre o outro (Alexy, 2017, p. 93-94). Ilustrativamente, no melhor cenário, ao buscar concretizar o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, deve-se evitar violar o princípio da prioridade absoluta – por exemplo, com a adoção de medidas que realizem cortes em outros benefícios ou aumentem a receita. Caso seja possível manter incólume o princípio da prioridade absoluta, o legislador ou o julgador,

³⁷ Art. 4º do ECA. “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude” (Brasil, [2023b]).

³⁸ Em 2019, o Partido Popular Socialista (PPS) passou a chamar-se Cidadania.

³⁹ A tônica da mensagem foi que a adoção das medidas propostas se mostrava “imprescindível para garantir, de forma gradual, a sustentabilidade do sistema atual, evitando custos excessivos para as futuras gerações e comprometimento do pagamento dos benefícios dos aposentados e pensionistas” (Brasil, 2019c).

como intérpretes da Constituição, devem fazer *concessões recíprocas* (Barroso, 2019, p. 323) por meio de um processo interpretativo conduzido pela máxima da proporcionalidade em suas três acepções – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (Alexy, 2017, p. 116-117). Nesse caso, devem ser adotadas medidas menos gravosas que promovam “a máxima concordância prática entre os direitos em conflito” (Barroso, 2019, p. 323), a exemplo das propostas sugeridas na seção 4 deste texto.

Ainda que se analise a questão sob uma óptica exclusivamente fática – e não jurídica – e se adote uma visão utilitarista, a vulnerabilidade na qual crianças e adolescentes serão deixados devido ao falecimento de seus guardiões representa um custo socioeconômico muito maior que o despendido com os benefícios previdenciários devidos a dependentes, pois essa desproteção ocorre justamente na fase da vida em que estão se desenvolvendo.

Segundo dados do Anuário Estatístico da Previdência Social (Brasil, 2024), em 2021, dentre os 4.149.470 benefícios previdenciários concedidos, 565.933⁴⁰ (13,64%) foram pensões por morte e 7.171 (0,17%), auxílio-reclusão. Em valores, também em 2021, dos R\$ 6,621 bilhões gastos em benefícios do RGPS, as pensões por morte custaram R\$ 953,134 milhões (14,4%), ao passo que a despesa com o auxílio-reclusão foi de R\$ 9,366 milhões (0,14%).

Embora não haja dados que permitam aferir quanto dessa fatia foi paga a dependentes menores – uma vez que em regra o filho ou equiparado perde a qualidade de dependente ao completar 21 anos de idade –, é seguro afirmar que boa parte dessas prestações foi paga apenas ao cônjuge ou companheiro – que em geral recebem prestações por longos períodos –, de modo que o *impacto da concessão de benefícios para crianças e adolescentes é menor do que expressam esses números* – e ainda menor se se considerarem apenas os menores sob guarda.

Não tendo havido qualquer mudança fática ou jurídica substantiva desde a apreciação pelo STF da nova redação do § 2º do art. 16 da *Lei de benefícios previdenciários*, deve-se questionar se a disposição contida na EC nº 103/2019 – que mais uma vez retirou o menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários – representa uma superação daquele precedente ou uma inconstitucionalidade.

4 A Reforma Previdenciária de 2019 e propostas para a proteção de crianças e adolescentes sob guarda

4.1 O menor sob guarda na Reforma Previdenciária de 2019: superação do precedente ou inconstitucionalidade?

Além de não representar o melhor resultado na ponderação entre os princípios do equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social e o princípio da prioridade absoluta

⁴⁰ Os números aqui apresentados compreendem as pensões por morte previdenciárias e acidentárias.

de crianças e adolescentes, a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários pela EC nº 103/2019 também viola outros princípios constitucionais.

Um deles é o princípio da igualdade disposto no *caput* do art. 5º da CRFB (Brasil, [2023a]), que preconiza serem todos iguais perante a lei. Pretende-se, assim, evitar tratamento não uniforme às pessoas, muito embora a função precípua da lei “resid[a] exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais” (Mello, 1997, p. 12). Desse modo, em conformidade com a máxima aristotélica de que *a igualdade consiste em tratar igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais*, o princípio ajuda a investigar “quais discriminações são juridicamente intoleráveis” (Mello, 1997, p. 11).

Explica Mello (1997, p. 13-14) que três requisitos devem estar presentes em qualquer norma, para que não se quebre a isonomia: (i) o elemento tomado como fator de discriminação “há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada” (Mello, 1997, p. 23), mas não em fatores neutros em relação a elas; (ii) deve haver uma correlação lógica – justificativa racional – entre o fator de discriminação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico; e (iii) tal correlação deve estar em consonância com os interesses e valores adotados pelo sistema constitucional.

Com esteio nesse roteiro para investigar a conformidade da norma com o princípio da igualdade, atende ao primeiro requisito a regra que exclui o menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários. Afinal, estar sob a guarda de terceiro é um traço diferencial desse grupo de pessoas. Por sua vez, a justificativa racional para o fator de discriminação (menores sob guarda) e a disparidade legal (exclusão do rol de dependentes previdenciários) não parece tão clara, particularmente quando se garante o direito a outros menores equiparados a filho – o enteado e o tutelado.

Nos termos das discussões parlamentares e do próprio voto dissidente do ministro Gilmar Mendes, as justificativas para a relação entre o fator de discriminação e a exclusão do direito residiriam na “prática difundida” de fraude na obtenção da guarda para fins meramente previdenciários, na precariedade da guarda – da qual não deriva necessariamente a dependência econômica em relação ao guardião – e do fato de o menor sob guarda não ter direitos sucessórios em relação ao guardião.

Quanto às alegações de fraude, já se demonstrou aqui como são eivadas de imensa carga moral e carentes de qualquer comprovação empírico-científica. Por sua vez, embora aparentemente criem uma relação lógica com a razão da discriminação, a dependência econômica e a ausência de direitos sucessórios não podem ser consideradas quando a mesma condição se observa nos outros dois tipos de menores equiparados a filho pela lei previdenciária – o enteado e o menor tutelado.

Como tanto o enteado quanto o tutelado não necessariamente dependem economicamente do segurado, a lei lhes exige a comprovação da dependência, assim como, na interpretação do Supremo, deve ser feito com relação ao menor sob guarda. De igual modo, o enteado e o tutelado não têm direitos sucessórios com relação tanto ao padrasto ou à madrasta quanto ao tutor.

De qualquer forma, a norma tampouco resistiria ao último requisito apresentado por Mello (1997) – a consonância com os interesses e valores adotados pelo sistema constitucional –, já que afronta a doutrina da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta.

Além do princípio da igualdade, a norma que exclui o menor sob guarda da proteção previdenciária na condição de dependente desrespeita o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais previsto no § 1º do art. 5º da CRFB⁴¹, segundo o qual se deve adotar a interpretação que confira maior efetividade ao Direito. Essa ideia, sintetiza Barroso (2019, p. 293), “significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados”, aproximando-se o “*dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”.

Por sua vez, a máxima eficácia, junto com outros princípios e argumentos jurídico-constitucionais – o princípio do Estado democrático social de Direito (com sua especial proteção à segurança jurídica e à confiança), o princípio da dignidade da pessoa humana, a proteção constitucional contra medidas retroativas e a vinculação de órgãos estatais à concretização das imposições constitucionais –, fundamentam o reconhecimento da existência implícita do *princípio da vedação ao retrocesso* (Sarlet, 2018, p. 464-470). O princípio volta-se não apenas ao legislador infraconstitucional e aos demais órgãos estatais mas também ao poder constituinte reformador, que já é limitado formal e materialmente pelo art. 60 da CRFB.

Certamente – e em especial quando se trata de direitos sociais –, defender uma proibição absoluta ao retrocesso significaria até mesmo sua própria insustentabilidade. Contudo, seguidos alguns critérios materiais, há quem defenda a sua utilização em relação a todos os direitos fundamentais. Assim, qualquer medida restritiva desses direitos e, portanto, de caráter retrocessivo, “deve, além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar – em qualquer hipótese – o núcleo essencial dos direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade” (Sarlet, 2018, p. 474).

No caso da proteção previdenciária do menor sob guarda, como salientou a ministra Rosa Weber em seu voto nas ADIs nºs 4.878/DF e 5.083/DF (Brasil, 2021a, p. 42, 2021b, p. 44), sua retirada do rol de dependentes da lei previdenciária “revela-se inconstitucional, sobretudo à luz da proibição do retrocesso quanto aos direitos sociais e do seu desenvolvimento progressivo”. Se não há qualquer diferença entre o que fez o legislador ordinário e o constituinte derivado, conclui-se que também o texto da EC nº 103/2019 viola o princípio da vedação ao retrocesso, particularmente quando frustra a concretização do direito de crianças e adolescentes à proteção previdenciária (Brasil, [2023a], art. 227, § 3º, II).

Desse modo, a alteração no texto da CRFB não salvaguardou o núcleo essencial desse direito nem sequer foi justificada ou fundamentada, a não ser pela busca do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, como já se assinalou. Por conseguinte, em resposta à

⁴¹ “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (Brasil, [2023a]).

pergunta que intitula esta subseção, a mudança levada a cabo pelo legislador reformador de 2019 viola os princípios da igualdade, da proteção integral, da prioridade absoluta, da máxima eficácia dos direitos fundamentais e da vedação do retrocesso.

Quando uma criança ou adolescente é posto sob a guarda de outra pessoa que não seus pais, já se presume um trauma, de modo que o desamparar materialmente, como faz a regra previdenciária, deixa-o em situação de vulnerabilidade ainda maior.

É inegável a importância de se buscar o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário, pois dele depende sua própria sobrevivência. Não obstante, a simples exclusão dos menores sob guarda de sua proteção, sem qualquer elemento objetivo demonstrável quanto ao efetivo gasto com esse público, infringe princípios constitucionais e pode gerar prejuízo muito maior e mais custoso para a sociedade.

Mesmo demonstrada a extrema necessidade, cortes em benefícios devem ser realizados sempre em vista dos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta de crianças e adolescentes, o que pode ser alcançado por medidas que não os excluam completamente da proteção previdenciária e preservem situações dignas de proteção.

4.2 Três propostas para a proteção previdenciária de crianças e adolescentes sob guarda

Antes de apresentar algumas propostas alternativas para a proteção previdenciária do menor sob guarda, reafirma-se que a redução de despesas com a Previdência Social não deve ser um fim em si mesmo. Desse modo, qualquer proposta que vise à redução de direitos, além de salvaguardar seu núcleo essencial, deve ser precedida de estudos financeiros, atuariais e socioeconômicos, para averiguar não só a efetiva necessidade mas também o custo-benefício desses cortes, em especial quando se dirijam a crianças e adolescentes, o único grupo de indivíduos a quem o constituinte conferiu prioridade absoluta.

Essa prioridade é a proteção integral do menor sob guarda como dependente previdenciário de seu guardião, com destaque para o fato de que a exigência de comprovação da dependência econômica em relação ao guardião já seria suficiente para evitar qualquer descaminho ou pagamento desnecessário de benefício ao menor. Não obstante, no caso de ser necessária alguma restrição, três propostas podem ser estudadas.

A primeira proposta consiste em não permitir a acumulação de benefícios de qualquer dos pais e do guardião ou permitir que se escolha o mais vantajoso, como já acontece com outros casos de acumulação de benefícios previdenciários⁴². Essa alternativa resolveria, inclusive, casos de guarda compartilhada da família extensa com um ou ambos os genitores – ou seja, hipótese em que a guarda não configura medida protetiva –, além de observar o melhor interesse da criança.

⁴² É o que se passa, por exemplo, com a vedação à acumulação de mais de uma pensão do mesmo regime deixada por cônjuge ou companheiro, ressalvado o direito de opção pela mais vantajosa (Brasil, [2023c], art. 124, VI).

Isso já acontece administrativamente. Mesmo sem qualquer previsão na Lei nº 8.213/1991 ou no Decreto nº 3.048/1999 (Brasil, [2020], [2023c]), o INSS apenas permite ao menor sob guarda a acumulação da pensão por morte em decorrência do falecimento dos pais biológicos com a pensão por morte do guardião quando houver determinação judicial. É o que dispõe o art. 645 da Instrução Normativa (IN) nº 128/2022 (Instituto Nacional do Seguro Social, 2022), que disciplina as regras, procedimentos e rotinas necessárias à efetiva aplicação das normas de Direito Previdenciário. Essa regra já estava prevista na IN anterior – nº 77/2015 (art. 528, § 8º).

A *segunda* proposta consiste na *limitação da concessão dos benefícios a algumas espécies de guarda*. Sugere-se a concessão (i) à guarda apenas como medida protetiva ou (ii) à guarda instrumental – na ação que busca a tutela ou a adoção. Nessa segunda hipótese, não se justifica imputar à criança a delonga na conclusão do processo de tutela ou adoção. Ficaria excluída, nesse caso, a guarda compartilhada com os pais concedida à família extensa unicamente com base no Direito das Famílias.

A *terceira* proposta – sem dúvida, a mais polêmica e de constitucionalidade duvidosa – consiste em *limitar os benefícios pagos a menores sob guarda até os 18 anos de idade*, tal como tem decidido o STJ⁴³, ao determinar em tais casos a aplicação integral do ECA. Embora nesse caso se crie uma distinção com relação a outros equiparados a filho – e aí talvez resida sua inconstitucionalidade por violação ao princípio da igualdade –, ao menos se teria a proteção durante toda a infância e adolescência.

Nas três propostas, defende-se que se mantenha a exigência da prova da dependência econômica, seja em razão da isonomia de tratamento em relação aos outros equiparados a filho (enteado e tutelado), seja porque tal procedimento serve como segundo filtro contra condutas fraudulentas.

Registre-se também a proposta de Souza (2012), que, para fins previdenciários, classifica a guarda em três modalidades: (i) na guarda para fins de adoção, deve-se equiparar o menor ao filho e não se exigir prova de sua dependência econômica, em razão dos efeitos retroativos da guarda (Brasil, [2023b], art. 42, § 6º, art. 47, § 7º); (ii) na guarda decorrente da posse de fato, dever-se-ia comprovar a dependência econômica, pois nesse caso não cessa o dever dos pais de prestar alimentos (Brasil, [2023b], art. 33, § 4º); e (iii) no acolhimento sob a forma de guarda – política pública em que o menor é inserido numa família substituta, de forma alternativa ao acolhimento institucional e de maneira transitória –, não haveria dependência previdenciária dada à sua precariedade (Souza, 2012, p. 66-69).

⁴³ AgRg no REsp nº 1.387.323/MG (Brasil, 2016).

5 Conclusão

Muito mais que não retroceder em termos de conquista de direitos sociais, deve-se buscar sempre progredir. Não à toa, o *Pacto de San Jose da Costa Rica* (Organização dos Estados Americanos, [1969]) prevê o *desenvolvimento progressivo*, por meio do qual os Estados signatários se comprometeram a atingir paulatinamente a plena efetividade e concretização de direitos sociais, dentre outros previstos na Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

A Previdência Social deveria garantir segurança material a crianças e adolescentes sob guarda, que têm de lidar com o trauma de perder alguém responsável pela sua criação. No entanto, a proteção previdenciária desse público trilhou um caminho de avanços e retrocessos, aumentando a insegurança a que crianças e adolescentes já estão expostos em tantos outros âmbitos de suas vidas.

Os retrocessos em termos de proteção costumam vir acompanhados de um forte discurso em prol do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário – o que, contudo, não pode ser considerado um fim em si mesmo ou autorizar a desproteção justamente daqueles a quem o Constituinte determinou que fosse dada prioridade absoluta.

A redução de despesas que leve à redução de direitos deve ser sempre considerada pelo legislador como uma decisão cuidadosa. Antes mesmo que se façam escolhas, qualquer medida tem que ter sua necessidade objetivamente demonstrada e suas alternativas profundamente estudadas.

Neste artigo, viu-se que isso não foi feito no caso da proteção previdenciária de crianças e adolescentes sob guarda. É urgente o aprofundamento desse debate, particularmente em razão da nova previsão sobre o tema na EC nº 103/2019, o qual possivelmente será reapreciado em breve pelo STF.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. (Teoria & Direito Público).

ASSIS, Fabiana. Casal gay de Rio Claro adota 5 irmãos para não separar família: ‘amor é um ato de coragem’. *GI*, [s. l.], 22 mar. 2022. São Carlos e Araraquara. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2022/03/22/casal-gay-de-rio-claro-adota-cinco-irmaos-para-nao-separar-familia-amor-e-um-ato-de-coragem.ghtml>. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Enfermeiro consegue guarda provisória dos 5 irmãos adotados por marido que morreu em março: “posso viver com meus filhos sem medo”. *GI*, [s. l.], 16 abr. 2023. São Carlos e Araraquara. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2023/04/16/enfermeiro-consegue-guarda-provisoria-dos-5-irmaos-adotados-por-marido-que-morreu-em-marco-posso-viver-com-meus-filhos-sem-medo.ghtml>. Acesso em: 5 fev. 2024.

BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016.

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BITTENCOURT, Renata Osório Caciquinho; BORSIO, Marcelo Fernando; PIRES, Luiz Henrique Paiva. A (in) visibilidade do menor sob guarda e a pensão por morte. *Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social*, [s. l.], v. 7, n. 2, p. 63-79, jul./dez. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9865/2021.v7i2.8340>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/8340>. Acesso em: 5 jan. 2024.
- BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 6, de 2019*. Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459>. Acesso em: 5 jan. 2024.
- _____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.
- _____. *Decreto-lei nº 66, de 21 de novembro de 1966*. Altera disposições da Lei nº 3.607, de 26 de agosto de 1960, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1984]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0066.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.
- _____. *Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999*. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.
- _____. *Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927*. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1979]. Revogado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.
- _____. *Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019*. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, 2019b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.
- _____. *Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960*. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.
- _____. *Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979*. Institui o Código de Menores. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Revogada. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.
- _____. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.
- _____. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023c]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.
- _____. *Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997*. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9528.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.
- _____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2023d]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. *Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009*. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Ministério da Economia. *EM nº 00029/2019 ME*. Brasília, DF: Presidência da República, 2019c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projeto/ExpMotiv/REFORMA%202019/ME/2019/00029.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Ministério da Previdência Social. *Dados estatísticos – Previdência Social e INSS*. [Brasília, DF]: Ministério da Previdência Social, 3 jan. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/dados-estatisticos-previdencia-social-e-inss>. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 750.520/RS*. Pensão por morte. Menor sob guarda. Incidência da Lei nº 9.528/97. Inaplicabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente [...]. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Interessado: Gilmar Luiz. Relator: Min. Nilson Naves, 4 de maio de 2006a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2391705&num_registro=200500800328&data=20060605&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.387.323/MG*. [...] Violação ao art. 535, II, do CPC. Não ocorrência. Menor sob guarda. Bisavó falecida, não contribuinte obrigatória de instituto de previdência. Direito à pensão por morte, de sua bisavó, reconhecida pelo Tribunal de origem, com fundamento na Lei 8.059/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Termo final do benefício fixado com fundamento no art. 2º, *caput*, do ECA (dezoito anos de idade). Natureza especial do ECA, em relação ao art. 9º, *caput*, do Código Civil de 1916 [...]. Agravante: Bruna Gonçalves Antunes. Agravado: Estado de Minas Gerais: Relatora: Min. Assusete Magalhães, 16 de fevereiro de 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301761730&dt_publicacao=24/02/2016. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso Especial nº 642.915/RS*. Previdenciário. Recurso especial. Pensão por morte. Menor sob guarda. Dependente do segurado. Equiparação a filho. Legislação de proteção ao menor e adolescente. Observância [...]. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrida: Rosane Alves dos Santos (menor). Relatora: Min. Laurita Vaz, 22 de agosto de 2006b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2516183&num_registro=200400366932&data=20061016&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.186.086/RO*. [...] 1. *In casu*, deve-se considerar que não se está diante daquilo que se convencionou chamar de “guarda previdenciária”, é dizer, daquela que tem como finalidade tão-somente angariar efeitos previdenciários [...]. Recorrentes: D. M. de P. e outro. Relator: Min. Massami Uyeda, 3 de fevereiro de 2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=13937780&num_registro=201000492556&data=20110214&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Recurso Especial nº 1.411.258/RS*. [...] Direito do menor sob guarda à pensão por morte do seu mantenedor. Embora a Lei 9.528/97 o tenha excluído do rol dos dependentes previdenciários naturais ou legais dos segurados do INSS. Proibição de retrocesso. Diretrizes constitucionais de isonomia, prioridade absoluta e proteção integral à criança e ao adolescente (art. 227 da CF). Aplicação prioritária ou preferencial do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), por ser específica, para assegurar a máxima efetividade do preceito constitucional de proteção [...]. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrida: Tássia Cristiane Ferreira dos Santos. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 11 de outubro de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=53986477&num_registro=201303392039&data=20180221&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial nº 1.947.690/DF*. [...] Menor sob guarda da avó falecida. Direito à pensão temporária por morte, reconhecida pelo Tribunal de origem, com fundamento no art. 33, § 3º, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Acórdão em consonância com o entendimento do STJ. Termo final do benefício fixado com fundamento no art. 2º, *caput*, da Lei 8.069/90 (dezoito anos de idade). Fundamentos da Corte de origem inatacados [...]. Recorrentes: Kamilla Cristal dos Santos Araújo; Instituto de Previdência dos Servidores do Distrito Federal; Distrito Federal. Recorridos: Os mesmos. Relatora: Min. Assusete Magalhães, 17 de maio de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102087830&dt_publicacao=23/05/2022. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.878/DF*. [...] 6. ADI 4878 julgada procedente e ADI 5083 julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 16, da Lei nº 8.213/1991, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o “menor sob guarda”, na categoria de dependentes do Regime Geral de Previdência Social, em consonância com o princípio da proteção integral e da prioridade absoluta, nos termos do art. 227 da Constituição da República, desde que comprovada a dependência econômica, nos termos em que exige a legislação previdenciária (art. 16, § 2º, Lei 8.213/1991 e Decreto 3048/1999). Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 8 de junho de 2021a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756677410>. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.083/DF*. [...] 6. ADI 4878 julgada procedente e ADI 5083 julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 16, da Lei nº 8.213/1991, para contemplar, em seu âmbito de proteção, o *menor sob guarda*, na categoria de dependentes do Regime Geral de Previdência Social, em consonância com o princípio da proteção integral e da prioridade absoluta, nos termos do art. 227 da Constituição da República, desde que comprovada a dependência econômica, nos termos em que exige a legislação previdenciária (art. 16, § 2º, Lei 8.213/1991 e Decreto 3048/1999). Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Interessados: Câmara dos Deputados; Senado Federal; Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 8 de junho de 2021b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756677411>. Acesso em: 5 jan. 2024.

CASOS de gravidez na adolescência diminuíram, em média, 18% desde 2019. *MDH Notícias*, [Brasília, DF], 31 out. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2022/fevereiro/casos-de-gravidez-na-adolescencia-diminuiram-em-media-18-desde-2019>. Acesso em: 5 jan. 2024.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. *Revista do Direito*, [s. l.], n. 29, p. 22-43, jan./jun. 2008. DOI: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v0i29.657>. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657>. Acesso em: 5 jan. 2024.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: a criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. 3. ed. ampl., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FUNDAÇÃO ABRINQ. *Cenário da infância e adolescência no Brasil 2022*. [São Paulo]: Fundação Abrinq, 2022. Disponível em: https://www.fadc.org.br/sites/default/files/2022-03/cenario-da-infancia-e-adolescencia-no-brasil-2022_0.pdf. Acesso em: 5 jan. 2024.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A previdência social no Estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação*. Niterói: Impetus, 2011.

_____. *Curso de direito previdenciário*. 24. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2019.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (Brasil). *Instrução Normativa PRES/INSS nº 128, de 28 de março de 2022*. Disciplina as regras, procedimentos e rotinas necessárias à efetiva aplicação das normas de direito previdenciário. [Brasília, DF]: Imprensa Nacional, 2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-pres/inss-n-128-de-28-de-marco-de-2022-389275446>. Acesso em: 5 jan. 2024.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Extending social security to all: a guide through challenges and options*. Geneva: ILO, Social Security Department, 2010. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_146616.pdf. Acesso em: 5 jan. 2024.

ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente*: doutrina e jurisprudência. 22. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2022.

MACHADO, Simone. Ele adotou 5 irmãos, ganhou prêmio no Huck e ficou viúvo: 'Muito rápido'. UOL, [s. l.], 28 mar. 2023. Cotidiano. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2023/03/28/enfermeiro-perde-o-marido-apos-casal-adotar-cinco-criancas.htm>. Acesso em: 5 jan. 2024.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Guarda. In: _____ (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente*: aspectos teóricos e práticos. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. [S. l.]: Unicef, [1989]. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. Assembleia Geral. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [S. l.]: Unicef, [1948]. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 5 jan. 2024.

NERI, Marcelo (coord.). *Onde estão os idosos?: conhecimento contra o Covid-19*. Rio de Janeiro: FGV Social, abr. 2020. Disponível em: <https://cps.fgv.br/covidage>. Acesso em: 5 jan. 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. [San José, CR]: CIDH, [1969]. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 5. Idade Mínima de Admissão nos Trabalhos Industriais*. [Washington, DC]: OIT, [1919a]. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_234872/lang--pt/index.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. *Convenção nº 6. Trabalho Noturno dos Menores na Indústria*. [Washington, DC]: OIT, [1919b]. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235011/lang--pt/index.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.

_____. *Convenção nº 102. Normas Mínimas da Seguridade Social*. [Genebra]: OIT, [1952]. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235192/lang--pt/index.htm. Acesso em: 5 jan. 2024.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*: uma proposta interdisciplinar. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

“QUEM é o pai?": ausência paterna caracteriza mais de 100 mil registros lavrados nos primeiros sete meses de 2022 no Brasil. *IBDFAM Notícias*, Belo Horizonte, 1º set. 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/10012/%E2%80%9CQuem+%C3%A9+o+pai%3F%E2%80%9D%3A+aus%C3%Aancia+paterna+caracteriza+mais+de+100+mil+registros+lavrados+nos+primeiros+sete+meses+de+2022+no+Brasil>. Acesso em: 5 jan. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (8. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 70074827650*. Apelação cível. Guarda compartilhada entre genitores e tios-avós. Possibilidade. Situação que melhor atende ao interesse da criança. Apelantes: G. S. L.; A. M. S. Apelados: J. A. L. M.; G. S. M. Relator: Des. Rui Portanova, 7 de dezembro de 2017. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=&comarca=&numero_processo=&numero_processo_desktop=70074827650&CNJ=S&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em: 5 jan. 2024.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente*: Lei n. 8.069/90: comentado artigo por artigo. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

SANTANA, Nívia Cardoso Guirra; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. A nova velhice do provedor. *Mediações*, Londrina, v. 17, n. 2, p. 181-195, jul./dez. 2012. DOI: <https://doi.org/10.5433/2176-6665.2012v17n2p181>. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/14029>. Acesso em: 5 jan. 2024.

SANTOS, Ângela Maria Silveira dos; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Guarda exercida pela família extensa: substitutiva e complementar. *Revista IBDFAM: famílias e sucessões*, Belo Horizonte, n. 11, p. 87-105, set./out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SOUZA, Fábio. Interseções entre o direito previdenciário e o direito de família: alguns reflexos na análise dos dependentes. In: SOUZA, Fábio; SAADI, Jean Albert de Souza (coord.). *Previdência e família: interseções entre o direito previdenciário e o direito de família*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 51-70.

TAVARES, Marcelo Leonardo. O *backlash* institucional e normativo no Brasil e sua ocorrência no direito previdenciário e assistencial. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 11-33, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p11. Acesso em: 5 jan. 2024.

WORLD BANK; UNICEF. *Common ground: Unicef and World Bank approaches to building social protection systems*. [S. l.]: World Bank: Unicef, Jan. 2013. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/458431468326974775/pdf/750440REVISADOsystemsOnoteOrevised.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2024.

Licenciamento

Trabalho sob licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Sobrevitimização feminina: os nocivos impactos da publicização da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual

Women's over-victimization: the harmful impacts of the publicizing of criminal prosecution in crimes against sexual freedom

Fernando Laércio Alves da Silva¹

Marina Oliveira Guimarães²

Resumo

O artigo objetiva analisar as formas de sobrevitimização presentes na apuração e no julgamento de crimes sexuais contra mulheres no Brasil, com foco na recente alteração legislativa relacionada à ação penal pública incondicionada para esses crimes. Com isso, busca-se compreender se essa mudança legal resulta em nova forma de violência contra as mulheres, considerando o funcionamento do sistema penal. Destaca que as sucessivas alterações legislativas têm relegado as vítimas a uma posição secundária no processo, tratando-as frequentemente apenas como meios de prova, em vez de fortalecer sua autonomia e participação decisória. O trabalho enfatiza a necessidade de se implantarem medidas mais abrangentes e eficazes para combater a violência sexual e proteger os direitos das vítimas.

Palavras-chave: crimes contra a liberdade sexual; ação penal pública incondicionada; perspectivas feministas; sobrevitimização feminina.

¹ Fernando Laércio Alves da Silva é doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; pós-doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, Brasil; bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV), Viçosa, MG, Brasil; professor associado da UFV, Viçosa, MG, Brasil. E-mail: fernando.laercio@ufv.br

² Marina Oliveira Guimarães é doutora em Estudos Feministas pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, e em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil; mestra em Economia Doméstica pela Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, Brasil; bacharela em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil; professora adjunta da Universidade Federal de Juiz de Fora, campus de Governador Valadares, MG, Brasil. E-mail: marinaguimaraesufjf@gmail.com

Abstract

The article aims to analyze the forms of over-victimization present in the investigation and trial of sexual crimes against women in Brazil, focusing on the recent legislative change that made public criminal action unconditional for these crimes. With this, it seeks to understand if this legal change results in a new form of violence against women, considering the functioning of the criminal system. It highlights that successive legislative changes have relegated victims to a secondary position in the process, often treating them only as means of evidence, instead of strengthening their autonomy and decision-making participation. The text emphasizes the need to implement more comprehensive and effective measures to combat sexual violence, protect victims' rights.

Keywords: sexual crimes; criminal prosecution; feminist perspectives; women's over-victimization.

Recebido em 12/7/23

Aprovado em 19/1/24

Como citar este artigo: ABNT³ e APA⁴

1 Breves considerações introdutórias

Este trabalho analisa formas de sobrevivitização que perpassam a apuração e o julgamento dos crimes sexuais, mais especificamente em relação às mulheres. Propõe-se uma reflexão, com base na alteração legislativa de 2018 – que passou a considerar incondicionada a ação penal pública para os crimes sexuais – e analisa-se, no contexto de práticas construídas culturalmente para os crimes sexuais, se essa reforma legal serve como uma nova forma de violência contra as mulheres no âmbito do sistema penal que as julga.

Cada vez mais, os casos de violência sexual têm sido divulgados pela mídia, evidenciando a forma desumana e desrespeitosa como muitas mulheres são tratadas, inclusive pelo sistema judicial. Em novembro de 2020 foram divulgadas as imagens de uma audiência de instrução e julgamento realizada em ambiente virtual para a produção de provas num

³ SILVA, Fernando Laércio Alves da; GUIMARÃES, Marina Oliveira. Sobrevitização feminina: os nocivos impactos da publicização da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 241, p. 219-236, jan./mar. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p219

⁴ Silva, F. L. A. da, & Guimarães, M. O. (2024). Sobrevitização feminina: os nocivos impactos da publicização da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(241), 219-236. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p219

processo penal por crime de estupro – art. 213 do *Código penal* (CP). Elas tornaram pública a forma desumana e desrespeitosa como a vítima, Mariana Ferrer, foi culpabilizada e humilhada tanto pelo advogado de defesa do acusado quanto pelo silêncio complacente do juiz, do membro do Ministério Público e dos que estavam presentes na audiência virtual⁵. Essa realidade não é isolada, mas reflexo de um problema sistêmico no âmbito jurídico, especialmente quando se trata de crimes sexuais.

Nesse contexto, cresce a inquietação sobre como o sistema de Justiça criminal oferece respostas às vítimas de crimes contra a liberdade sexual, especialmente no que diz respeito às alterações efetuadas no CP. A mudança na titularidade da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual tem sido alvo de discussões e questionamentos. Anteriormente, a ação penal pública era condicionada à representação da vítima, mas, com a Lei nº 13.718/2018, passou a ser incondicionada, cabendo ao Ministério Público a propositura e a condução da acusação.

No entanto, é fundamental analisar – e esse foi o problema que orientou a condução desta pesquisa – se essa alteração legislativa é de fato a medida mais adequada para enfrentar a criminalidade sexual, que afeta predominantemente mulheres e meninas. A ação penal pública incondicionada gera outra forma de violência contra as vítimas? Essa mudança realmente promove a proteção efetiva das mulheres vítimas de violência sexual ou apenas contribui para a duplicação da violência, considerando a lógica de atuação do sistema de Justiça criminal nesses casos?

Para conduzir a investigação, a hipótese provisória – que se confirmou ao final – era a de que a mudança fora implantada ao arrepio do que orientam as perspectivas feministas e resultou não numa medida protetiva, mas num instrumento de sobrevivitização feminina.

Com base nesses questionamentos, este artigo analisa as modificações na titularidade da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual, a fim de compreender as implicações dessas mudanças para as vítimas. De um lado, estudaram-se os discursos criminológicos e feministas, com destaque para alguns aspectos do contexto sociojurídico dos delitos sexuais – compreendendo-os como produtos das relações de poder desiguais entre homens e mulheres; de outro, os contributos da teoria fazzalariana do processo, cujo eixo é a elevação dos indivíduos potencialmente atingidos pelo ato decisório ao palco central do processo.

Antes da Lei nº 13.718/2018, a ação penal pública era condicionada à representação da vítima, o que garantia seu direito de autorizar ou não a persecução penal. No entanto, dada a realidade da atuação do sistema de Justiça criminal em relação às mulheres, a mudança na titularidade da ação penal levanta preocupações sobre a proteção efetiva das vítimas.

Decorridos alguns anos, cumpre submeter essas reformas legislativas ao crivo da crítica científica tanto para interrogar acerca da validade dos fundamentos que levaram à

⁵ Em resposta a esses casos, em novembro de 2021 foi promulgada a Lei nº 14.245 – conhecida como *Lei Mariana Ferrer*, em referência à vítima no caso. Ela estabelece punições para atos que violem a dignidade das vítimas de violência sexual e testemunhas durante julgamentos. Embora possa representar algum avanço, é importante reconhecer que essa prática não será totalmente combatida com a punição estabelecida nessa lei.

tramitação da ação penal de privada para pública condicionada e, posteriormente, pública incondicionada, como para indagar se essa medida resultou em ganhos concretos.

Com este estudo, espera-se contribuir para o debate acadêmico e promover reflexões sobre a necessidade de medidas mais abrangentes e eficazes no combate à violência sexual, de modo a garantir a proteção e os direitos das mulheres e meninas vítimas desses crimes.

2 O lugar da vítima no processo penal

2.1 Um breve panorama da legitimidade ativa no processo penal e do lugar que normalmente é conferido à vítima

No ordenamento brasileiro – e não apenas nele – vigora a regra segundo a qual a legitimidade para a propositura⁶ da ação penal pertence ao Ministério Público, que o faz ora mediante a identificação de elementos que o convençam da existência de crime a ser processado e punido, ora limitado em seu dever-poder de agir pela prévia manifestação da vítima ou – tratando-se de hipotético crime contra determinados agentes públicos – do ministro da Justiça. No primeiro caso, trata-se da chamada *ação penal pública incondicionada*; e no segundo, da *ação penal pública condicionada a representação ou a requisição*.

Em ambos os casos, o papel atribuído à vítima no processo penal é sobremaneira limitado. No primeiro, ela é chamada a atuar no processo somente na qualidade de produtora de prova oral já na fase instrutória, e sua vontade ou opinião no processamento nem sequer é aventada; deve limitar-se a responder às questões que lhe forem apresentadas pelos sujeitos efetivamente legitimados à causa (membro do Ministério Público como demandante e acusado como demandado).

O fundamento⁷ *doutrinário*⁸ é apresentado por Silveira (2018, p. 114) ao diagnosticar que

6 Concordarmos com a posição de Lopes Júnior (2012, p. 301, 377), para quem “constitui uma impropriedade falar em ação penal pública e privada, eis que toda ação penal é pública, posto que é uma declaração petitoria, que provoca a atuação jurisdicional para instrumentalizar o Direito Penal e permitir a atuação da função punitiva estatal. [...] tecnicamente é errado falar em ação penal ‘pública’, pois [...] toda ação é um direito público”. Como isso torna mais adequado falar-se em “ação penal de iniciativa pública ou de iniciativa privada”, utilizamos neste ensaio as terminologia tradicional a fim de facilitar a compreensão do leitor.

7 Ou talvez seja mais adequado dizer o *argumento*; afinal, trata-se de um mantra acriticamente replicado desde longa data nas obras propedêuticas de Direito Penal e de Direito Processual Penal.

8 O termo é aqui empregado em itálico como forma de demonstrar nossa discordância em sua ainda persistente utilização tanto nas salas de aula – seja no bacharelado, seja na pós-graduação –, quanto nos textos acadêmico-científicos e na lida forense. É fato que a expressão é antiga e, no Direito, frequentemente empregada como sinônimo do que, nos demais campos do saber, se identifica com os termos *autores*, *livros*, *literatura*, *escritos*, *obras*, *linhas de pensamento* etc. O problema está na força retórica com que é frequentemente empregado no Direito, o que o blinda do argumento e o imuniza à crítica. Afinal, não se pode esquecer que a etimologia do termo *doutrina* também se conecta à ideia de princípios fundamentais de uma crença, sistema ou ciência. Assim, insistir no emprego “inocente” do termo *doutrina* transmite ao leitor – e não apenas transmite, mas reforça – a percepção de que se está a tratar de um instituto basilar inquestionável, de um dogma que deve apenas ser lido, compreendido e acolhido, pois é derivada das mentes mais brilhantes, tal como na religião.

[é] conclusão quase unânime na manualística da doutrina hegemônica o fato de que a proibição da autotutela dos direitos (vingança privada) é o fundamento político da ação processual penal, o que se faz na esteira do discurso processual civil equivalente. Isto é, fundado nas mais tradicionais teorias sobre a formação do Estado, e com base contratualista, o argumento reza que a compulsoriedade das regras de conduta estabelecidas pelo poder soberano – em especial aquela que veda a autotutela dos direitos pelos cidadãos – impõe ao próprio Estado o dever de prestar tutela àqueles que foram preteridos da livre realização de seus direitos.

Em exceção a essa regra – a da legitimidade ativa para a propositura da ação penal pertencer ao órgão estatal –, estabelecida nas legislações penais e processuais penais, tem-se a segunda modalidade de ação penal: a chamada *ação penal privada*. Nos casos previstos em lei como de ação penal privada, o papel da vítima é alterado: ela deixa de ser mero meio de prova, como na ação pública incondicionada, ou simples sujeito autorizador do processamento, no caso da ação pública condicionada a representação, e passa à condição de sujeito processual principal.

Neste ponto, é necessário recordar que tal estrutura (que não é recente nem é construção tipicamente brasileira) de estabelecimento, como regra, da vítima em posição de simples meio de prova confere o controle da ação penal a um órgão estatal sem qualquer relação com o evento (suposto crime) e altera a posição da vítima para a de legitimado ativo da ação penal apenas como exceção. Longe disso. Como explica Barros (2008, p. 12), trata-se de tema que remonta ao período da formação dos Estados nacionais no continente europeu:

Com o Estado Nacional, portanto, passa-se a coibir a luta entre as partes. Os indivíduos, protagonistas do litígio penal, não poderão mais resolvê-lo sozinhos. Será necessária a intervenção do poder real, por intermédio de seus juizes, que representam o Rei em sua ubiquidade, de modo que o delito, antes de atingir a vítima, atinge primeiro a pessoa do soberano. A vítima passa a ser estigmatizada, pois seu único interesse é a vingança.

Isso porque, prossegue Barros (2008, p. 14-16), agora com apoio em Michel Foucault,

a “reforma” operada no século XVIII desloca do direito de punir, que antes era compreendido como ofensa pessoal ao Rei, que atingia a sua soberania, para ser compreendido como defesa da sociedade, que, portanto, deve punir o criminoso, que participa da punição, haja vista que é um componente da mesma [...]. Cremos que a expropriação do conflito entre vítima e autor justifica-se, primeiramente, pela manutenção da soberania do príncipe, que corporifica o Estado; portanto, o crime atingia-o pessoalmente. Posteriormente, a sociedade é que passou a figurar como lesada pelo crime, pois o criminoso teria desrespeitado a sua parcela de responsabilidade no pacto, demonstrando a preocupação com a manutenção da coesão social.

Desde essa época, estabeleceu-se nos ordenamentos jurídicos de tradição europeia – quase como um dogma canônico – a ideia de que deve caber ao Estado, e não ao indivíduo lesado, o monopólio da função jurisdicional penal e, além dele, a legitimidade para a persecução penal⁹.

A legitimação da própria vítima à propositura e condução da ação penal, sob essa óptica, foi relegada a casos excepcionais, na chamada *ação penal privada subsidiária da pública* – na qual a legitimação da vítima tem origem na mora do Ministério Público na propositura da ação penal pública – e privada originária – e a legitimação originária e exclusiva é conferida à vítima no próprio texto legal para os casos em que, na visão do Estado, o interesse decisório da vítima em relação ao processamento se sobrepõe ao interesse punitivo estatal.

Em resumo: sob essa lógica, a vítima normalmente é posicionada como mero elemento de prova numa estrutura processual que tem como sujeitos parciais o Ministério Público, pela acusação, e o réu – acompanhado por seu defensor –, pela defesa. Nesse contexto, não se conferem à vítima direitos ou ônus processuais, mas tão somente *deveres*, como o de comparecer em juízo para prestar depoimento quando intimada e o de submeter-se aos exames periciais quando necessário, sem qualquer liberdade de negativa ou mesmo opinativa, sob pena de condução coercitiva¹⁰ – o que por si só já caracteriza um ato de violência contra ela legitimado pelo Estado.

Afora essas duas hipóteses, à vítima resta apenas a opção de integrar a lide penal, nos casos de ação penal pública, na qualidade de assistente de acusação. Uma modalidade de atuação que há muito se critica em razão de sua natureza limitada: “[O] ofendido no papel de assistente não é parte principal, nem litisconsorte ativo, de vez que não exerce a ação penal. É um terceiro interveniente voluntário, que auxilia o Ministério Público, sendo indevidamente chamado de parte adjunta, acessória, contingente” (Fernandes, 1995, p. 136).

Sempre há como pano de fundo a ideia de que a vítima pretende a realização do processo penal motivada unicamente por uma vingança pessoal contra o acusado ou pelo interesse patrimonialista de obtenção de um título executivo judicial para alcançar no cível a reparação do dano causado¹¹.

⁹ Perfil de pensamento que, a título de exemplo, também se identifica no Direito português, conforme lições de Santos (2020, p. 97): o “sistema de justiça penal radica na ideia de que, excluída a vindita privada, cabe ao Estado – e apenas ao Estado, que detém o monopólio da função jurisdicional penal – a perseguição e a punição das condutas delituosas. A compreensão do crime enquanto conduta que ofende de forma significativa valores que a comunidade considera essenciais fortalece a crença na necessidade de a defesa de tais valores caber a quem legitimamente representa a comunidade, não podendo a tutela daqueles – precisamente por força da sua essencialidade – ficar dependente da vontade, da diligência ou do empenho dos indivíduos diretamente envolvidos no conflito”.

¹⁰ Nos termos do art. 201, § 1º, do *Código de processo penal* (CPP) (Brasil, [2023]).

¹¹ Barros (2008, p. 99) lembra que “as restrições à participação da vítima no processo penal se ampliam quando decorrem da compreensão inicial de que seus interesses tutelados pelo processo penal são exclusivamente o de obter título executivo para ação civil de reparação de danos, ou seja, apenas ‘interesses civis’”.

2.2 A vítima como legitimada à ação penal privada originária

Ao tratar da classificação das ações penais com base na iniciativa de sua propositura, Rocha (2013, p. 640) afirma que, “nos crimes de iniciativa privada, o legislador¹² reconheceu que a publicização do fato, pela persecução penal, poderia ofender ainda mais os interesses do lesado e, assim, conferiu a este um juízo de oportunidade e conveniência sobre a propositura da ação penal”.

De fato, em síntese, esse é o eixo de fundamentação – ao menos para boa parte dos autores tradicionais do Direito Processual Penal – da decisão legislativa de determinar a legitimidade para a propositura da ação penal para o Ministério Público ou para a própria vítima – a necessidade de verificação do grau de ofensa e danosidade que o próprio desenvolvimento da estrutura processual penal poderia acarretar à vítima, a ponto de gerar-lhe uma sobrevivitização devida ao interesse estatal na persecução dos crimes.

Assim, nos casos em que a balança pendesse em favor do interesse persecutório estatal, a legitimidade ativa seria atribuída ordinariamente ao Ministério Público; por sua vez, pendendo em favor da vítima, seria a ela atribuída. Tudo isso em razão da dicotomia entre as regras da indisponibilidade, legalmente previstas para a ação penal pública, e da disponibilidade, prevista para a ação privada¹³. Segundo elas, ao membro do Ministério Público não seria dado verificar a pertinência da propositura da ação pública se presentes os indícios de autoria e materialidade delitiva, mesmo que isso acarretasse danos patrimoniais, emocionais ou de qualquer outra natureza à vítima. Vigora, no caso, a ideia do *dura lex sed lex*. Por outro lado, nos casos de ação penal de iniciativa privada, à vítima – ou quem por ela pudesse atuar – seria conferida a possibilidade de escolha entre propor ou não a ação ou mesmo de prosseguir ou não na ação penal acaso já proposta¹⁴.

Uma breve leitura do texto do CP¹⁵ permite verificar que poucos são os tipos penais para os quais se conferiu à própria vítima a legitimidade para a propositura da ação penal. A lista é curta e abarca apenas os crimes: contra a honra¹⁶, de esbulho possessório de propriedade particular¹⁷, de dano¹⁸, de introdução ou abandono de animais em propriedade

12 Esse ser mítico e intangível.

13 Sobre o debate acerca da natureza jurídica da indisponibilidade e da disponibilidade da ação penal como regra ou princípio, ver Silveira (2018) e Silva (2018).

14 Desde que, por óbvio, estejam presentes os demais elementos necessários à propositura da ação.

15 Embora o CP não seja o único texto normativo que estabelece as condutas tipificadas como crime, pode ser considerado o principal deles. Por esse motivo, a título meramente exemplificativo, menciona-se o CP e não a integralidade da legislação penal brasileira.

16 Exceto nos casos de: a) injúria real, em que a ação será pública incondicionada; b) injúria contra o presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro, quando será condicionada a requisição do ministro da Justiça; c) contra funcionário público em razão de suas funções, ou contra os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal; ou d) injúria na utilização de elementos referentes à religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência, quando será condicionada a representação (Brasil, [2024]).

17 Desde que praticado sem violência contra a pessoa.

18 Ressalvados os casos dos incisos I a III do parágrafo único do art. 163 (Brasil, [2024]).

alheia, de fraude à execução, de violação de direito autoral, de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento e de exercício arbitrário das próprias razões (Brasil, [2024])¹⁹.

Em todos esses casos, constatam-se dois elementos em comum: de um lado, o fato de tratar-se de crimes praticados sem violência contra a pessoa; de outro, o fato de serem condutas para as quais se preveem no CP penas privativas de liberdade substancialmente baixas e, portanto, passíveis de substituição por penas alternativas.

Isso leva a imaginar que o *legislador*²⁰ prioriza o grau de ofensa e danosidade em vez do próprio desenvolvimento da estrutura processual penal que poderia trazer à vítima e de sua consequente sobrevivitização apenas em casos de pouca relevância. Ou o que é mais grave: casos em que a sobrevivitização materialmente não se verifica. Afinal, o que se tem à mesa de julgamento em qualquer dos crimes acima mencionados não é a imagem, a honra, a intimidade ou outro direito/interesse da vítima em relação aos quais seja possível sua sobrevivitização.

Situação diversa verificava-se desde a edição do CP em 1940 até 2009, quando foi promulgada a Lei nº 12.015 em relação aos crimes sexuais previstos entre os arts. 213 e 222 do CP. Isso porque, para esse conjunto de crimes, até então componentes da categoria dos *crimes contra os costumes*²¹, a regra estabelecida no CP era a de seu processamento por meio de ação penal de iniciativa privada da vítima. A legitimidade para a propositura da ação penal era transferida ao Ministério Público apenas excepcionalmente, ou seja, nos casos em que a vítima não tivesse condições financeiras para custear as despesas processuais sem prejuízo à própria manutenção ou quando o crime fosse cometido com abuso do *pátrio poder*²² – ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador. No primeiro caso, tratava-se de ação penal pública condicionada a representação; no segundo, de ação penal pública incondicionada.

A situação aqui apresentada é distinta das anteriores em razão da natureza dos crimes em que o agente atenta contra direitos, liberdades e autonomias muito mais preciosas à vítima – e, por consequência, causa-lhe maior sofrimento físico e emocional. Não bastasse isso, situações em que a prática criminosa se realizava por meio de violência física e/ou grave ameaça à pessoa –, hipóteses em que, para as demais modalidades de crimes de ação penal privada, a legitimidade ativa era transferida para o órgão estatal.

Segundo o discurso legislativo e acadêmico *oficial*, tal como nos demais casos, a ação penal era de iniciativa privada em razão da preocupação com o melhor interesse da vítima.

¹⁹ Desde que praticado sem violência.

²⁰ Novamente essa entidade mítica.

²¹ Com a edição da Lei nº 12.015/2009, o Título VI da Parte Especial do CP deixou de chamar-se Dos crimes contra os costumes para chamar-se Dos crimes contra a dignidade sexual. Da mesma forma, o Capítulo II desse mesmo Título, até então chamado Da sedução e da corrupção de menores, foi intitulado Dos crimes sexuais contra vulnerável. Além dessas alterações de nomenclatura, essa lei promoveu substanciais alterações em diversos dispositivos do Título VI da Parte Especial do CP, com base nas quais se verificou a fusão de alguns tipos penais, a criação, a reestruturação e a revogação de outros, além da própria alteração do modelo de processamento desses crimes, com especial ênfase neste trabalho aos dispositivos previstos nos Capítulos I a IV daquele Título.

²² Desde a edição do *Código civil* (CC) em 2002, abandonou-se o uso da expressão *pátrio poder*, em razão de sua desatualização histórica e científica, passando a falar-se em *poder familiar*.

“A regra do processamento penal, nos crimes contra os costumes, consta do art. 225, *caput*; procede-se mediante queixa. Justifica-se, não raro, o *strepitus fori* terá consequências mais danosas à vítima. Poderá ela preferir o silêncio à punição do culpado” (Costa Júnior, 1999, p. 519).

Contudo, considerou-se (ou ainda se considera?) melhor interesse da vítima não a preocupação em protegê-la dos efeitos traumáticos que lhe poderia causar um novo encontro com seu algoz, a submissão vexatória ao exame de corpo de delito, as perguntas – por vezes inoportunas e misóginas que lhe direcionam os demais sujeitos processuais – ou até mesmo a (indevida) divulgação do caso.

Em verdade, ao falar em *consequências mais danosas à vítima*, tinha-se (ou ainda se tem) em vista a imagem, o valor social e a “honra objetiva” das vítimas – em especial quando as vítimas fossem mulheres, discriminadas e, muitas vezes, vistas como “de menor valor social” (para usar um eufemismo), quando, por qualquer motivo, não preservassem sua condição virginal até o matrimônio²³. O foco não era bem a liberdade ou a autonomia sexual da vítima, mas sim a patrimonialização de sua genitalidade como *ativo* para o alcance de um (bom) casamento – modo de pensar que se evidencia na fala de Hungria (1954, p. 230), ao afirmar que, como os crimes sexuais “afetam profundamente o valor social das vítimas e a honorabilidade de suas famílias, muitas vezes é preferível o silêncio ao *strepitus iudicii* em torno deles”.

Quando a sociedade brasileira avançou (ou supostamente avançou) para reconhecer que se protege (ou, pelo menos, se deveria proteger) a autonomia e a liberdade sexuais da vítima, por meio dos tipos penais referentes aos crimes sexuais, o discurso acerca da necessidade de revisão do regramento dos crimes sexuais não caminhou no sentido de fortalecer e empoderar a vítima, especialmente no caso da vítima mulher.

Em vez disso, manteve-se preso à lógica patriarcal secular, sustentando a posição da vítima (mulher) em oposição ao interesse punitivo estatal. E, dessa vez, passou a pender em favor do último. Com a promulgação da Lei nº 12.015/2009 – a partir da qual a ação penal nos crimes sexuais se tornou de iniciativa pública condicionada à representação da vítima, e da promulgação da Lei nº 13.718/2018, que a tornou pública incondicionada –, paulatinamente a vítima (em especial, a vítima mulher) perdeu de modo absoluto qualquer possibilidade de manifestação de vontade sobre a propositura ou não da ação penal.

E o que parece mais grave: fez-se por meio de um raciocínio sofisticado e primário que atribui ao avanço da pauta feminista e à conquista de direitos pelas mulheres a necessidade de se lhes retirar o direito ao controle da ação penal em questão que lhes é tão essencial – como a que se relaciona à sua liberdade e intimidade sexual –, em prol de uma suposta

²³ Não à toa, até então o CP previa a extinção de punibilidade do agente nos crimes sexuais em caso de casamento da vítima com ele próprio ou mesmo com terceira pessoa.

necessidade de *busca da verdade* e de aplicação da lei penal. Enfim, *submete-se* novamente a mulher sob o argumento de que esse seria o melhor meio de *protegê-la*²⁴.

Embora isso desperte indignação, não causa estranheza. Afinal, nada supera o campo discursivo; e, no mundo real, o direito ao corpo ainda não foi efetivamente conquistado pelas mulheres: ele ainda é vislumbrado como mero direito reprodutivo ou como *valor* ou *dote* que lhe assegura lugar de *respeito* e *honra* no meio social.

Mesmo entre autores que não têm nas questões de gênero uma chave de leitura para sua análise – nem entram no mérito de a mulher ser vítima preferencial nos crimes sexuais –, é considerada catastrófica a alteração implantada para a legitimação ativa da ação penal nos termos apresentados nesta seção. A propósito, é dura a crítica apresentada por Bitencourt (2021, p. 199):

Fica claro que não compartilhamos do *entusiasmo* daqueles que veem na *publicização da ação penal* maior proteção às vítimas da violência sexual, pois, a nosso juízo, não passa de um grande e grave *equivoco ideológico*; além de representar uma violência não apenas à *liberdade sexual*, mas, fundamentalmente, *ao seu exercício*, que é tolhido pelo constrangimento estatal, que obriga a vítima a se submeter publicamente ao *strepitus fori*, à exploração midiática, aos fuxicos tradicionais que casos como esses, invariavelmente, provocam. Atribuir, por outro lado, a titularidade da ação penal ao *Parquet* não é sinônimo de maior proteção à vítima ou ao bem jurídico tutelado; pelo contrário, desrespeita o direito daquela que, nesses casos, tem o direito preponderante à proteção de sua intimidade e sua privacidade [...]. Aliás, ninguém se preocupa mais que a própria vítima, com seus valores morais, íntimos e pessoais e, inclusive, com sua *dignidade sexual*.

Quando se substituem essas lentes de leitura por perspectivas feministas, torna-se mais evidente a catástrofe decorrente da alteração do CP relacionada à titularidade da ação penal nos crimes sexuais – situação que, mais que estranheza, causa indignação.

24 Por todos, cita-se a fala de Luiz Regis Prado, emblemática e sintomática da situação que se busca descortinar. Assim se pronunciou ele em 2004, alguns anos antes do advento da Lei nº 12.015/2009, e, portanto, num tempo em que a ação penal nos crimes sexuais ainda era, em regra, privada: “se, outrora, poder-se-ia dar razão ao legislador, hoje não mais se justifica, mormente em face da evolução social e da própria conquista dos direitos da mulher que, rompendo históricos preconceitos, se impôs na sociedade brasileira, conseguindo que o princípio de igualdade entre os sexos fosse insculpido na Constituição Federal (art. 5º, I). Assim, a ação penal em tais casos não trará maiores danos à honorabilidade da vítima e de sua família; ao contrário, a ofendida sentir-se-á conformada com a condenação do agente que praticou o delito. [...] *De lege ferenda* deve ser extirpada a ação de iniciativa privada nos crimes sexuais praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, transmutando-a em ação pública incondicionada ou em ação pública condicionada, dependente de representação da vítima ou de seu representante legal” (Prado, 2004, p. 356-357).

3 A autonomia das mulheres, o controle sobre o corpo feminino e o objetivo da *descoberta da verdade*

A consideração anterior sobre o lugar da vítima no processo penal e sobre as modificações legislativas referentes à ação penal assume relevância quando se trata de crimes sexuais. Segundo estudo conduzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), com base em dados da Pesquisa Nacional da Saúde (PNS-IBGE) e do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan-Ministério da Saúde), o País registra aproximadamente 822 mil casos de estupro por ano²⁵, o que equivale a quase dois casos por minuto. É alarmante constatar que mais de 80% das vítimas são mulheres. Quanto aos agressores, a maioria é composta por homens, com quatro grupos principais em destaque: parceiros e ex-parceiros, amigos ou conhecidos, familiares (excluídos os relacionamentos de casal) e desconhecidos (Ferreira; Coelho; Cerqueira; Alves; Semente, 2023).

Em termos históricos, as alterações legais dos tipos de ação penal nos delitos contra a liberdade sexual não se distanciam da visão patriarcal de sociedade brasileira, revelando maior preocupação com a moralidade do que com a autodeterminação sexual das vítimas – o que não parece ter-se alterado na atualidade. Modificadas algumas estratégias, historicamente manteve-se a negativa de autonomia às mulheres.

Antes de 2009, os crimes sexuais eram considerados “crimes contra os costumes”, conforme estabelecido no Título IV do CP. Somente após a Lei nº 12.015/2009, passaram a ser classificados como “crimes contra a dignidade sexual”, afastando-se um pouco da abordagem moralizante que cercava a interpretação dos crimes sexuais como crimes contra os costumes (Silva, 2020).

Antes da promulgação dessa lei, a ação penal referente a crimes sexuais era de natureza privada. Isso ocorria porque a lei se baseava numa lógica que buscava manter os crimes em sigilo para evitar “potenciais escândalos” (Silva, 2020) que pudessem afetar os costumes. A ênfase era dada à proteção da honra e da reputação das vítimas, geralmente mulheres, refletindo na verdade o desejo de preservar a “honra” de suas famílias. Assim, eram obscurecidos os danos sofridos pelas vítimas e sua própria liberdade de escolher denunciar tais crimes.

Entretanto, ocorreu outra mudança significativa com a promulgação da Lei nº 13.718/2018 em relação à ação penal nos crimes sexuais, que passaram a ser processados por meio da ação penal pública incondicionada. Parte significativa da motivação parlamentar²⁶ para essa alteração baseou-se principalmente na questão da impunidade desses crimes

²⁵ Em 2019, de acordo com a PNS, 612.481 vítimas de estupro eram adultas, resultando em uma taxa de 393 estupros a cada 100 mil adultos (Ferreira; Coelho; Cerqueira; Alves; Semente, 2023).

²⁶ “A Câmara [dos Deputados] compreendeu, portanto, que a apuração dos crimes sexuais interessa à [sic] toda a sociedade, e não somente à vítima, o que é extremamente justo e razoável. Não cremos que o receio de eventual ‘escândalo do processo’ seja motivo bastante para evitar a persecução criminal de crimes tão bárbaros. Trata-se de uma visão privatista do processo penal, de uma suposta proteção da vítima, que, em verdade, oculta a relevante cifra de impunidade dos crimes sexuais” (Brasil, 2018, p. 3).

e no interesse do Estado pela persecução penal. Os argumentos apresentados em favor da proposta de reforma basearam-se na ideia de que, independentemente da vontade da vítima, o Ministério Público teria o dever de iniciar a ação penal contra os agressores, o que incrementaria a punição aos crimes (Brasil, 2018; Silva, 2020).

Todavia, é necessário realizar uma análise crítica em relação a essa mudança, levando em consideração outras questões relevantes. A transição para a ação penal pública incondicionada pode negligenciar aspectos cruciais presentes nesse contexto e criar a falsa impressão de que alguns problemas graves foram resolvidos, quando nem sequer foram realmente abordados ou até foram por ela agravados.

Assim, é importante considerar a alarmante quantidade de subnotificações relacionadas a tais crimes. De acordo com a pesquisa do Ipea, apenas 8,5% dos casos de estupro no Brasil têm sido identificados pelo sistema policial e 4,2% pelo sistema de Saúde (Ferreira; Coelho; Cerqueira; Alves; Semente, 2023).

Outra questão: ao assumir o dever de punir “a qualquer custo” o agressor sexual, o Estado negligencia a autonomia da vítima nesse processo. É crucial respeitar a decisão das mulheres em relação a denunciar ou não, pois são elas que melhor conhecem suas necessidades e seus limites. Como esse questionamento remete à problemática do sistema de Justiça na sobrevivitização das mulheres ao submetê-las a situações de *revitimização* durante o processo judicial, é fundamental ir além do interesse estatal pela descoberta da verdade processual a qualquer custo e discutir o respeito à autonomia e à intimidade da vítima.

A adoção de uma abordagem punitivista, em que se retira a representação das vítimas para a ação penal na esperança de combater a ocorrência desses crimes e sua impunidade, faz crescer o risco de reforçar a desigualdade de poder entre o Estado e as vítimas, as quais frequentemente enfrentam dificuldades ao denunciar crimes sexuais devido ao estigma, ao medo de retaliação e à falta de confiança no sistema de Justiça (Silva, 2020). Como consequência, pode ainda surtir o efeito de reduzir ainda mais o número de mulheres que buscam no Judiciário respostas aos crimes, quando o fariam de forma espontânea e contributiva para o processo.

O processo de sobrevivitização, especialmente nos crimes sexuais, ocorre quando há desrespeito às garantias e aos direitos fundamentais das vítimas durante a investigação ou o processo penal, e essa situação tende a perdurar ao longo de todo o procedimento criminal.

Muitas práticas judiciais no campo do Direito, influenciadas por uma visão androcêntrica, reforçam o papel e o lugar dos homens como referência universal, ao passo que veem as mulheres e outros grupos como “outros” subalternizados. As mulheres têm seus direitos tolhidos, e muitas reformas legais acabam sendo meras formalidades que não transformam efetivamente essa realidade (Freitas, 2018).

Apesar dos esforços do sistema jurídico em combater essa situação, há diversos discursos judiciais que se mantêm fiéis a modelos que regulam as relações de gênero. Como destaca Duarte (2012, p. 68), “as imagens sociais ou os preconceitos relativos às mulheres interagem no cotidiano dos Tribunais, e designadamente na produção do discurso judiciário”.

Estudos realizados por Figueiredo (2002b, 2004) corroboram essa realidade e sugerem que diversos sistemas judiciais criminais ao redor do mundo constroem e reforçam uma tipologia idealizada de mulheres vítimas de estupro. Essa tipologia varia de acordo com o nível de consentimento da mulher (principalmente nos casos de estupro marital), a resistência ao crime e a vida pregressa da vítima.

Para algumas teóricas, essa forma de tratamento reproduz a violência de gênero – um “duplo estupro” (Figueiredo, 2002a) – ou até mesmo uma vitimização secundária (Santos, 2019). Os crimes contra a liberdade sexual são delitos de gênero (Silva, 2020) e, como já se demonstrou, são predominantemente praticados por homens contra mulheres.

Os crimes de violência sexual deixam consequências psicológicas extremas nas vítimas, apresentando um alto risco de distúrbios e suicídios quando comparados a outros crimes, como os de maus-tratos (Rovinski, 2004). O despreparo do Estado para lidar com o impacto psicológico sofrido pelas vítimas é evidente, uma vez que são obrigadas a reviver suas histórias dolorosas sem o devido acompanhamento profissional, além de serem novamente submetidas a preconceitos de gênero e raça.

O primeiro contato das mulheres vítimas com o sistema de Justiça geralmente ocorre nas delegacias de polícia, onde são obrigadas a relatar todos os detalhes de sua violação a um estranho, expondo sua intimidade mesmo contra sua vontade. Infelizmente, nesse processo, não são oferecidos quaisquer suportes psicológicos adequados; ao contrário, esses ambientes muitas vezes são masculinizados. Como resultado, esse primeiro contato é frequentemente impessoal e pouco acolhedor, com procedimentos de interrogatório excessivamente invasivos. Nesse ambiente, é notória a falta de empatia. Consequentemente, dependendo de como essa primeira instância formal lida com o caso, em vez de minimizar e reparar os danos causados pelo crime, implicará o risco significativo de amplificar os efeitos prejudiciais do delito.

O que ocorre nas demais instâncias judiciais não é diferente. Nos momentos de audiência, nos quais têm contato direto com o agressor, os procedimentos são substancialmente inquisitivos, como o caso de Mariana Ferrer evidenciou.

MacKinnon (1989) afirma que o crime de estupro é definido pela distinção entre uma relação consentida e um ato de violência. Campos (2020) confirma MacKinnon, ao exemplificar que, quando confrontada judicialmente sobre ter sofrido um estupro, a mulher é interrogada para provar que resistiu e que não provocou o agressor por meio de seu comportamento.

A lógica da honestidade impera no sistema de Justiça, especialmente quando envolve julgamentos de crimes sexuais contra as mulheres. A palavra da vítima e seu comportamento são constantemente testados para verificar se ela se enquadra no perfil de uma mulher honesta ou se não desejava a relação sexual. Assim, antes de verificar o delito, nesse caso o constrangimento para a prática sexual, o Judiciário julga a vítima, buscando atestar de que modo ela se adequa aos papéis sociais estereotipados de gênero. Dessa forma, “o processo

criminal consiste em uma via institucionalizada de violência, capaz de amplificar os danos já sofridos pela vítima durante o crime” (Santos, 2019, p. 141).

Diante desses fatos, a imposição de processos criminais contra os agressores, mesmo contra a vontade da vítima, reflete não apenas uma concepção ultrapassada sobre o papel da mulher e sua autonomia sexual, mas também desconsidera os valores constitucionais que reconhecem a mulher como detentora de direitos e digna de respeito em todas as áreas da vida – é, por isso, uma violência institucionalizada contra as vítimas.

A falta de autonomia da vítima para decidir se quer ou não expor sua vida e dignidade sexual revela uma visão arcaica que subjuga a mulher e reforça estereótipos discriminatórios. Ao retirar a liberdade de escolha da vítima para representar criminalmente, a lei perpetua uma lógica patriarcal que desconsidera sua agência e autonomia na tomada de decisões sobre seu próprio corpo e bem-estar. Além disso, essa abordagem é paternalista: desconsidera que as mulheres têm a capacidade de tomar decisões sobre sua própria vida, incluindo a escolha de enfrentar ou não o processo judicial.

A imposição de processos criminais contra os agressores, mesmo contra a vontade da vítima, não rompe com o elemento fomentador do crime. Pelo contrário, nessa abordagem, o sistema judicial – que é um mecanismo de controle social estruturado pelo sistema patriarcal e a serviço de uma sociedade machista – controla e sanciona a exacerbação do uso do poder pelos opressores em relação aos oprimidos. Isso não contribui para reverter o quadro de violência e transgressões e não restitui à vítima o elemento necessário para interromper a violação de seus direitos (Santos, 2019).

A exposição pública do caso e o envolvimento com o sistema judicial podem resultar em estigmatização, julgamentos sociais, pressões psicológicas e até mesmo represálias do agressor ou de pessoas ligadas a ele. A vítima pode enfrentar dificuldades em seus relacionamentos pessoais, no ambiente de trabalho e até mesmo em sua própria comunidade.

Uma investigação policial sem ao menos a representação da vítima seria demasiadamente invasiva, uma vez que ela teria que expor sua intimidade quantas vezes fossem necessárias para satisfazer à busca da *verdade real*. Impor processos criminais contra os agressores, mesmo contra a vontade da vítima, que enfrentará uma sobrevivitização pelo sistema de Justiça, significa impor novas formas de violência contra as mulheres sob o argumento de protegê-las e impor maior punição aos crimes sexuais.

Assim, a revisão e a atualização da legislação são cruciais para garantir que as mulheres tenham o poder de decidir sobre a persecução penal, em virtude das implicações pessoais envolvidas. Respeitar a autonomia e a emancipação das vítimas e oferecer-lhes suporte adequado é fundamental para promover sua recuperação e contribuir para a construção de um sistema de Justiça mais igualitário.

4 Considerações finais

O artigo destaca que as sucessivas alterações legislativas referentes à ação penal em casos de crimes sexuais contra mulheres têm levado a um processo de sobrevivitização das vítimas. Ao transformar esses crimes em ação penal pública incondicionada, as vítimas são relegadas a uma posição secundária no processo, perdem o direito fundamental de participação ativa e são tratadas, em muitos casos, apenas como meios de prova.

Trata-se de alterações que, embora realizadas no corpo do CP, são essencialmente de natureza processual penal, pois afetam a estrutura de desenvolvimento do processo penal nos casos de suposta prática de crimes sexuais; no entanto, tiveram por objetivo *atacar um problema* de natureza penal. Diante disso, não há como não lembrar as palavras de Coutinho (2018, p. 297) ao concluir que “o Direito Penal não se conserta por reformas no processo penal. A crise no Direito Penal é determinada por fatores outros e, de forma alguma, pode ser solucionada através de seu instrumento, em que pese a insistência de alguns, de todo equivocada”.

Não bastasse o fato de estarem essas alterações na contramão de alguns dos debates mais atualizados sobre o exercício da função acusatória pelo Ministério Público e das próprias características da ação penal pública à luz das perspectivas do modelo constitucional de processo e de seu perfil acusatório-adversarial (Silva, 2018; Silveira, 2018), a modificação introduzida pela Lei nº 12.015/2009 e aprofundada pela Lei nº 13.718/2018 é responsável por um processo de sobrevivitização da vítima, tolhendo-lhe o pouco que lhe restou após o crime: o direito fundamental à participação no processo.

Como titular da ação penal privada, a mulher vítima de crime contra sua liberdade sexual era, ao menos no plano processual, reconhecida como sujeito interessado no provimento final e, por isso, parte na estrutura do processo judicial (Fazzalari, 1992), com direito à participação no debate em contraditório, à apresentação de argumentos e provas – inclusive, ao mais caro direito à disponibilidade da própria ação penal²⁷. Por outro lado, convertidos os crimes contra a liberdade sexual em crimes de ação penal pública incondicionada, torna-se ela uma espécie de *sujeito processual de segunda categoria* – apenas meio de prova ou, quando muito, assistente de acusação.

Perdendo a condição de titular da ação, de querelante, para recolher-se ao limitado espaço processual definido tradicionalmente para as vítimas, na prática a mulher volta a ser mero objeto do processo – sua voz, simples elemento de prova oral, e seu corpo, objeto de

²⁷ Barros (2008, p. 197) esclarece que “como participante do contraditório realizado pelos afetados no processo, deve a ela ser garantido o direito de especificar provas, pois se as provas visam à reconstrução do fato no qual a vítima foi uma das participantes, pode ela autonomamente produzir provas para comprovar sua atuação e seu comportamento (art. 59 do CP), não estando ela limitada a propor elementos de prova que poderão ser acatados pelo juiz em virtude de seus ‘poderes instrutórios’, resquício de um processo penal de tipo inquisitório, no qual o juiz atua como gestor das provas”.

realização dos exames periciais²⁸, de insinuações e de olhares julgadores. Além de estarem na contramão dos debates mais atuais sobre o exercício da função acusatória pelo Ministério Público e das características do modelo constitucional de processo, que busca um perfil acusatório-adversarial, perpetuam um sistema de Justiça penal antiquado e patriarcal, no qual o interesse e a dignidade das vítimas não estão no centro do sistema de Justiça penal.

Em vez de discutir exclusivamente a titularidade da ação penal, o artigo ressalta a importância de criar mecanismos e estruturas de proteção para as vítimas de crimes sexuais. Além disso, propõe a adoção de mecanismos processuais que assegurem maior respeito à sua dignidade e preservem seu espaço como sujeitos processuais, em busca da sua efetiva participação e empoderamento. O problema central está na insistência de se oferecerem respostas²⁹ a questões recentemente descortinadas e a direitos tardiamente reconhecidos, as quais se fundam em receituários de um antiquado processo penal de base patriarcal e inquisitória.

Antes de discutir a titularidade da ação penal, o debate deveria pautar-se pela criação de mecanismos e estrutura de proteção das mulheres vítimas de crimes contra a liberdade sexual. Quanto ao desenrolar do processo em si, em vez de simplesmente retirar de suas mãos o pouco que lhes cabia, dever-se-ia discutir a inserção de mecanismos processuais voltados ao maior resguardo da dignidade das vítimas e à preservação de seu espaço como sujeitos processuais.

Referências

BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública: arts. 213 a 311-A*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 4.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. *Parecer ao Projeto de Lei nº 5.452, de 2016*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2086414>. Acesso em: 30 jan. 2024.

_____. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 jan. 2024.

_____. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 30 jan. 2024.

CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia feminista: teoria feminista e crítica às criminologias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

²⁸ Geralmente num ambiente inóspito e, por vezes, por um profissional jamais visto anteriormente por ela e, conseqüentemente, que não goza minimamente de sua confiança para a realização de exames física e psicologicamente invasivos.

²⁹ Porque de fato não são soluções no sentido pleno da expressão, mas meras respostas.

- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal: curso completo*. 6. ed. rev. e consolidada em um único volume. São Paulo: Saraiva, 1999.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. (Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, v. 1).
- DUARTE, Madalena. O lugar do direito nas políticas contra a violência doméstica. *Ex aequo*, Lisboa, n. 25, p. 59-73, 2012. Disponível em: https://scielo.pt/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0874-55602012000100006&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 30 jan. 2024.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6. ed. Padova: Cedam, 1992.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FERREIRA, Helder; COELHO, Danilo Santa Cruz; CERQUEIRA, Daniel; ALVES, Paloma; SEMENTE, Marcella. Elucidando a prevalência de estupro no Brasil a partir de diferentes bases de dados. *Ipea: texto para discussão*, Rio de Janeiro, n. 2.880, p. 1-30, maio 2023. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/11814>. Acesso em: 30 jan. 2024.
- FIGUEIREDO, Débora de Carvalho. Decisões legais em casos de estupro como parte de uma pedagogia do comportamento. *Linguagem em (Dis)curso*, Tubarão, v. 2, n. 2, jan./jul. 2002a. Disponível em: https://portaldeperiodicos.animaeducacao.com.br/index.php/Linguagem_Discurso/article/view/223. Acesso em: 30 jan. 2024.
- _____. Violência sexual e controle legal: uma análise crítica de três extratos de sentenças em caso de violência contra a mulher. *Linguagem em (Dis)curso*, Tubarão, v. 4, n. especial, p. 61-83, 2004. Disponível em: https://portaldeperiodicos.animaeducacao.com.br/index.php/Linguagem_Discurso/article/view/291. Acesso em: 30 jan. 2024.
- _____. Vítimas e vilãs, “monstros” e “desesperados”. Como o discurso judicial representa os participantes de um crime de estupro. *Linguagem em (Dis)curso*, Tubarão, v. 3, n. 1, p. 135-155, jul./dez. 2002b. Disponível em: https://portaldeperiodicos.animaeducacao.com.br/index.php/Linguagem_Discurso/article/view/229. Acesso em: 30 jan. 2024.
- FREITAS, Lúcia Gonçalves de. A decisão do STF sobre aborto de fetos anencéfalos: uma análise feminista de discurso. *Alfa: revista de linguística*, São Paulo, v. 62, n. 1, p. 11-34, jan./mar. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/1981-5794-1804-1>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/alfa/a/StF9ygBFHgdgJ9Cs6YQMZ8J/?lang=pt>. Acesso em: 30 jan. 2024.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1954. v. 8.
- LOPES JÚNIOR, Aury Celso. *Direito processual penal: e sua conformidade constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MACKINNON, Catharine A. Sexuality. In: _____. *Toward a feminist theory of the state*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1989. p. 126-154.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 3.
- ROCHA, Fernando Antonio Nogueira Galvão da. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. *Dano psíquico em mulheres vítimas de violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SANTOS, Cláudia Cruz. *O direito processual penal português em mudança: rupturas e continuidades*. Coimbra: Almedina, 2020. (Manuais Universitários).
- SANTOS, Natália Petersen Nascimento. *O estupro como instrumento de poder e o equívoco da ação penal pública incondicionada para os crimes sexuais*. 2019. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/32260>. Acesso em: 30 jan. 2024.

SILVA, Fernando Laércio Alves da. Rediscutindo a obrigatoriedade e a indisponibilidade da ação penal pública: há espaço para elas em um processo penal de base democrática? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. v. 4, p. 197-225.

SILVA, Luiza Ferreira. Ação penal pública incondicionada nos crimes contra a liberdade sexual: simbolismo penal à custa da invisibilidade das vítimas. *Caderno Espaço Feminino*, Uberlândia, v. 33, n. 1, p. 176-197, jan./jun. 2020. DOI: <https://doi.org/10.14393/CEF-v33n1-2020-8>. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/leguem/article/view/55348>. Acesso em: 30 jan. 2024.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *Por uma teoria da ação processual penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Acusatória, 2018. (Coleção Mentalidade Acusatória, v. 1).

Licenciamento

Trabalho sob licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Interesse positivo e negativo como mecanismo de aferição do dano reparável no Direito brasileiro

Positive and negative interest as a mechanism for assessing repairable damage in Brazilian Law

Maria Gabriela Staut¹

Resumo

A pesquisa analisa se é possível reconhecer o interesse positivo e o interesse negativo como instrumentos úteis à adequada quantificação do dano indenizável e como o intérprete deve atuar, à luz da metodologia civil-constitucional na atual fase da pós-constitucionalização, para garantir mais segurança e previsibilidade aos contratantes. Para isso, parte-se do método hipotético-dedutivo e utiliza-se o procedimento bibliográfico. Como resultado, são apontadas algumas críticas e soluções para que a indenização do interesse positivo e do negativo não seja rechaçada de plano pelo julgador, sem a necessária análise do caso concreto.

Palavras-chave: Direito Civil-Constitucional; pós-constitucionalização do Direito Civil; responsabilidade civil contratual; interesse positivo e negativo; dano indenizável.

Abstract

The research analyzes whether it is possible to recognize the positive and negative interest as a useful instrument for adequate quantification of the indemnifiable damage and how the interpreter should act, in the light of the civil-constitutional methodology in the current phase of post-constitutionalization, to bring more security and predictability to the contractors. To do so, we start from the hypothetical-deductive method and use the bibliographic procedure. As a result, some criticisms and solutions are pointed out so that the compensation of the positive and negative interest is not rejected by the judge, without the necessary analysis of the concrete case.

¹ Maria Gabriela Staut é mestra em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, Londrina, PR, Brasil; especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Londrina, PR, Brasil; advogada e professora. E-mail: gabriela@stautadvocacia.com.br

Keywords: Civil-Constitutional Law; Post-Constitutionalization of Civil Law; contractual civil liability; positive and negative interest; indemnifiable damage.

Recebido em 5/6/23

Aprovado em 6/10/23

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

Este estudo pretende analisar se é possível reconhecer, à luz da metodologia civil-constitucional, o interesse negativo e o interesse positivo como mecanismos úteis à aferição do dano reparável no Direito brasileiro. Para confirmar a hipótese, adota-se o método hipotético-dedutivo e o procedimento bibliográfico.

Na primeira seção, apresentam-se as premissas da constitucionalização do Direito Civil a partir da vigência do Estado Constitucional, com ênfase nas necessidades, nos objetivos e na forma como a metodologia tem sido vivenciada e aplicada no século XXI. Passa-se, então, a analisar as consequências da denominada *pós-constitucionalização* do Direito Civil e seus impactos nas relações contratuais e na esfera da responsabilidade civil.

Na segunda seção, detalham-se as consequências do inadimplemento contratual com base no conceito pós-moderno de contrato e na existência de relação obrigacional complexa entre credor e devedor. Traça-se um panorama do inadimplemento absoluto e do relativo para, na terceira seção, apresentar os remédios de que dispõe o credor lesado e o papel do interesse positivo e negativo como instrumento útil para a aferição do dano reparável.

Conclui-se que é possível, à luz da metodologia civil-constitucional, reconhecer a indenização do interesse positivo e negativo como mecanismos adequados à parametrização do dano indenizável. Entretanto, no atual cenário de pós-constitucionalização, para viabilizar a construção de um sistema de precedentes que traga segurança jurídica, o intérprete deve adotar critérios lógicos e axiológicos na análise de casos concretos paradigmáticos do dano decorrente do evento lesivo e na definição do *quantum* indenizatório segundo o interesse positivo e negativo, de modo a viabilizar a reparação integral do credor lesado.

² STAUT, Maria Gabriela. Interesse positivo e negativo como mecanismo de aferição do dano reparável no Direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 241, p. 237-254, jan./mar. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p237

³ Staut, M. G. (2024). Interesse positivo e negativo como mecanismo de aferição do dano reparável no Direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(241), 237-254. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p237

2 A pós-constitucionalização do Direito Civil e seus impactos nas relações contratuais e na responsabilidade civil

A passagem do Estado legislativo para o Estado constitucional acarretou profundas alterações na compreensão do Direito (Mitidiero, 2017, p. 19-41) e representou importante virada conceitual, com repercussões em todos os ramos do direito, inclusive no Direito Civil.

O reconhecimento da força normativa dos princípios transformou qualitativamente o campo da teoria das normas, fazendo com que a dignidade humana e a solidariedade social passassem a ocupar o ápice axiológico do ordenamento jurídico. A par disso, a ampliação das fontes do Direito fez surgir a busca de unidade axiológica e de compreensão sistêmica do ordenamento jurídico.

As alterações no campo da teoria das normas levaram a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) a estabelecer não apenas limites ao legislador ordinário mas também a necessidade de aplicação direta e indireta das normas constitucionais nas relações privadas, de modo a adaptar o Direito à realidade social e conferir eficácia às relações pessoais e socioeconômicas (Perlingieri, 2008, p. 589-590).

Perlingieri (2008, p. 589-590) assevera que a historicidade dos conceitos, a unidade e a complexidade do ordenamento jurídico são corolários da influência recíproca entre Direito e realidade social. Na contemporaneidade, em especial devido às novas tecnologias, observa-se o aumento da possibilidade de novos danos e a potencialização de riscos. Nesse contexto, além da elevação da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social ao ápice das constituições, ocorreu outra alteração na compreensão do Direito: a mudança da técnica legislativa.

Com a valorização do papel da doutrina e da jurisprudência, reduziu-se o uso da técnica da subsunção das regras ao caso concreto. O legislador passou a utilizar conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais; os julgadores, por sua vez, viram-se diante da necessidade de interpretar e corretamente aplicar esses conceitos e cláusulas, de modo a permitir a necessária abertura do sistema para absorver a identidade cultural da sociedade e conferir maior eficácia às relações de Direito Civil (Tepedino, 2021, p. 205). A alteração da técnica legislativa, que parte ora de técnicas casuísticas, ora de técnicas abertas (uso de cláusulas gerais e princípios), reflete o Direito contemporâneo, pois seria impossível ao legislador prever e regulamentar todas as situações da vida.

Nesse contexto, altera-se também a interpretação jurídica: na aplicação tanto dos princípios quanto das regras, a atividade jurisdicional passa a significar uma reconstrução do sentido normativo dos textos. Diante da colisão entre interesses num caso concreto, é necessário utilizar as técnicas da ponderação e da razoabilidade para compatibilizá-los com os valores constitucionais.

As regras, as cláusulas gerais e os princípios devem incorporar os valores constitucionais para afastar a subjetividade do intérprete, que não faz parte do debate democrático (Tepedino, 2022). Quando se apega ao formalismo, o magistrado normalmente se esquia

da adequada fundamentação da decisão, o que impede o controle social da sua atuação. No mesmo sentido dispõe Moraes (2013, p. 13) ao afirmar que a subsunção

traduz uma segurança ilusória e uma neutralidade falsa, por trás das quais apenas se mascaram as escolhas políticas existentes no processo [...]. Ao que parece, todavia, parte do Judiciário não percebeu que a derrubada do limite externo, formal, que restringia o intérprete – o dogma da subsunção – não significou a consagração do arbítrio, mas, ao contrário, impôs um limite interno – metodológico – a exigência de fundamentação (argumentativa) da sentença.

As alterações no campo da teoria das normas, na técnica legislativa e na interpretação jurídica levaram o civilista a perceber seu dever de “reler” todo o sistema jurídico à luz dos princípios constitucionais e comunitários, de forma a fazer com que a aplicação do Direito seja mais aderente às escolhas de fundo da sociedade contemporânea (Perlingieri, 2008, p. 137).

Fruto dessas mudanças, a constitucionalização do Direito Civil integra a nova realidade jurídica e social como um “método de transformação das instituições tradicionais do Direito Civil, visando à eficácia da norma constitucional sobre as relações privadas a partir do reconhecimento da pessoa humana como locus normativo privilegiado”. A norma constitucional passa a ser reconhecida como regra hermenêutica e de comportamento que, por um processo argumentativo lógico e axiológico, incide direta ou indiretamente no conteúdo de todas as relações jurídicas, promove a sua funcionalização e dá forma e unidade ao sistema (Nalin; Venazzi; Copi, 2021, p. 40-41).

A nova tábua axiológica definida pela CRFB impôs a releitura do *Código civil* de 2002 (CC). Em que pese enraizado em ideologias liberais burguesas, seus institutos tradicionais passaram a ser interpretados e aplicados na perspectiva da tutela integral da pessoa humana, o que resultou na *despatrimonialização* do Direito Civil e na prevalência dos valores existenciais sobre os patrimoniais. Além disso, a complexidade do ordenamento jurídico impôs a necessidade de abertura do sistema e de aplicação (in)direta das normas constitucionais às relações privadas, de forma a permitir a permeabilidade da identidade cultural da sociedade.

O principal objetivo da metodologia civil-constitucional nas relações intersubjetivas é oxigenar as bases teóricas do Direito Civil em busca da otimização dos instrumentos atribuídos à autonomia privada em favor da pessoa humana, da igualdade substancial e dos demais valores da CRFB (Tepedino, 2021, p. 206). Dito de outra forma, constatada a relatividade e historicidade dos conceitos, o objetivo é promover os valores fundamentais da CRFB e superar antigos dogmas por meio da releitura dos institutos tradicionais do Direito Civil. Já que o Direito é essencialmente cultura, o ordenamento jurídico deve refletir os valores da sociedade – não apenas os econômicos, mas o conjunto de variações axiológicas que orientam a sociedade em dado momento histórico.

Assim, a metodologia civil-constitucional parte de três premissas: a prioridade da função dos institutos jurídicos em relação à sua estrutura; a preocupação com a historicidade e a relatividade na interpretação e aplicação do Direito; e a prevalência de situações jurídicas existenciais sobre as patrimoniais (Nogaroli; Pavan, 2021, p. 141). Para concretizar tais premissas, a metodologia exige a observância de duas técnicas pelo magistrado: quando não existir norma infraconstitucional, o juiz deve extrair da norma constitucional o conteúdo necessário para a resolução do conflito; quando a matéria for objeto de norma infraconstitucional, esta deverá ser interpretada conforme às normas constitucionais (Nalin; Venazzi; Copi, 2021, p. 45).

Pautada no binômio direito *versus* responsabilidade (Tepedino, 2022), que funciona de modo integrado para viabilizar a reformulação das categorias jurídicas com base em sua funcionalização, a metodologia civil-constitucional fundamenta-se em valores como a liberdade e a solidariedade na construção da legalidade constitucional. Funcionalizar é atribuir ao instituto jurídico uma utilidade ou impor-lhe um papel social relacionado à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais (Nalin, 2008, p. 215); é atividade dirigida a um fim de realização dos interesses sociais (Lôbo, 2020, p. 50).

Os interesses jurídicos também passam a funcionar em adequação com os instrumentos hermenêuticos que relativizam as relações patrimoniais e garantem maior validade e eficácia às relações existenciais, com ênfase no valor da pessoa humana, e não mais exclusivamente da propriedade privada.

No entanto, ainda há muitos desafios a serem enfrentados. Os principais referem-se à incerteza jurídica da aplicação prática da metodologia por falta de balizas objetivas para direcionar o magistrado na justa solução do caso concreto. Supostamente, a tomada de decisões com base em regras seria preferível às tomadas com base em princípios, pois impediria a ampliação demasiada da discricionariedade judicial e do ativismo judicial (Nalin; Venazzi; Copi, 2021, p. 41-43). Todavia, diante do reconhecimento de que se vive uma nova fase, a *pós-constitucionalização* do Direito Civil, o importante agora é interpretar e aplicar a metodologia com fundamento na nova tábua axiológica imposta pela CRFB para construir um efetivo sistema de precedentes, o qual garanta estabilidade, coerência e porosidade às decisões judiciais (Nalin; Venazzi; Copi, 2021, p. 44).

De fato, a *pós-constitucionalização* exige alteração do referencial de segurança jurídica: não mais apenas a estática declaração da lei ou dos precedentes, mas a dinâmica construção da relação entre lei, doutrina e precedentes, fundamentada em parâmetros racionais de justificação (Mitidiero, 2018, p. 88). No mesmo sentido, Tepedino (2021, p. 209) afirma que

[o] princípio da segurança jurídica, portanto, adquire novos contornos, não mais associado à letra fria das chamadas regras claras – que, a rigor, não dispensam interpretação e tampouco asseguram estabilidade –, mas subordinado à construção do direito vivo, decorrente da solução casuística propiciada por normas que, em abstrato, oferecem baixa definição analítica das hipóteses fáticas sobre as quais incidem.

No âmbito das relações contratuais e da responsabilidade civil, é preciso um olhar ainda mais atento, pois a releitura do negócio jurídico exige ir além da sua estrutura, ou seja, além do *modus operandi* estabelecido pelo ordenamento jurídico. A finalidade do negócio jurídico passa a ser a sua utilidade social, para atender tanto aos anseios de seu titular quanto aos da coletividade. A função, portanto, antecede a estrutura:

Não se trata de investigar a função social do contrato ou a função social da propriedade, mas de todos os negócios e atividades, analisados em concreto e incidentes sobre bens jurídicos, associando-se, imediatamente, liberdade e responsabilidade, autonomia privada e solidariedade na promoção dos valores que, apreendidos pelo Constituinte, definem a identidade cultural da sociedade (Tepedino, 2022, p. 3).

A funcionalização dos negócios jurídicos parte do contexto em que estão inseridos, e a relativização de seu conceito se dá de acordo com as circunstâncias fáticas e históricas, especialmente diante das tecnologias atuais e do surgimento de novos danos numa sociedade complexa e de riscos.

Na fase da pós-constitucionalização, a releitura da responsabilidade civil pela metodologia civil-constitucional deve passar pela visão *polifuncional*, que transcende a mera reparação dos danos e serve de instrumento efetivo para tutelar a pessoa humana:

A metodologia civil constitucional comporta uma visão polifuncional da responsabilidade civil, fundamentada na tutela integral da pessoa, e orientada à proteção de situações existenciais, para além de sua reparação. [...] à função reparatória e compensatória agregam-se outras funções, tais como a preventiva, a punitiva e a restitutória, estando cada qual com seus mecanismos de estruturação e aplicação próprios. Isso, para garantir o acolhimento integral à vítima, e ampliar a coesão social pela adequada gestão do risco. Se a constitucionalização do direito civil colocou a reparação de danos em um patamar diferente do clássico, através do reconhecimento de danos extrapatrimoniais e da flexibilização dos filtros da responsabilidade civil em direção à plena indenização de todos os danos, a pós-constitucionalização do direito civil reserva à responsabilidade civil a polifuncionalidade, voltada não só à indenização dos danos, mas também à preservação e contenção de condutas ilícitas (Nogaroli; Pavan, 2021, p. 151-152).

No âmbito contratual, o conceito de *contrato* também passa por releitura nucleada pela solidariedade constitucional, transformando-se numa *relação complexa solidária*:

o contrato interprivado é a relação jurídica subjetiva, nucleada pela solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, mas também perante terceiros [...]. Contrato, hoje, é relação complexa solidária. É esse o axioma proposto, a partir do

qual todos os contratos, no campo de suas particularidades, devem guardar sintonia (Nalin, 2008, p. 253).

Fruto da complexidade e pluralidade contemporânea, a aplicação do contrato assume hoje como ponto de partida os valores sociais e as diretrizes constitucionais; a relevância dos princípios jurídicos com o consequente redirecionamento da função do juiz na aplicação do Direito; a proteção jurídica conferida ao contratante vulnerável; e a substituição do modelo antagonista dos interesses dos contratantes pelo modelo de cooperação na obtenção de um fim comum (Lôbo, 2020, p. 17-18).

À luz do conceito pós-moderno de contrato e da responsabilidade civil como instrumento de tutela da pessoa, é preciso reconhecer a indenização por interesse contratual positivo e negativo como efetivo mecanismo para a aferição do dano reparável em cada caso concreto, conforme se demonstrará a seguir.

3 Inadimplemento contratual e suas consequências no contexto da pós-constitucionalização

Com base nessas premissas e à luz do conceito pós-moderno de contrato, pretende-se avaliar se é possível reconhecer a indenização do interesse contratual positivo e negativo como instrumento para aferição do dano reparável no Direito Civil brasileiro pela metodologia civil-constitucional – fundada na tutela da pessoa humana – para a integral indenização do dano sofrido pela vítima.

Visto como *relação complexa solidária* pela metodologia civil-constitucional, o contrato tem consequências diretas na relação estabelecida entre as partes contratantes, pois

o crédito, como qualquer direito subjetivo, se ampara na eticidade da pessoa humana, deixando de ser um direito vazio que somente aponta para o(a) seu(ua) titular, para, mantendo-se como afirmação da autonomia pessoal que não pode ser exercida de forma ilegítima [...]. Em outras palavras, o conteúdo do direito seja igualmente preenchido por deveres e que seu exercício seja indissociável de uma nota de responsabilidade (Frota, 2019, p. 325).

A releitura do conceito de *contrato* implica a ideia de obrigação como processo – dever de colaboração dos contratantes em busca de uma finalidade comum e existência de deveres laterais de conduta – e acarreta a ampliação do campo da responsabilidade contratual (*in contrahendo*), de modo a abranger também a responsabilidade pré-contratual e pós-contratual (*post factum finitum*) diante do descumprimento de deveres indispensáveis à prestação avençada.

No Brasil, tanto a responsabilidade civil pré-contratual quanto as pós-contratuais encontram fundamentos jurídicos no princípio da dignidade da pessoa humana (Brasil, [2023a], art. 1º, III) – que se esteia nos princípios da solidariedade e da igualdade (Bianca, 1994, p. 15) – e no art. 422 do CC (Brasil, [2023b]), que dispõe sobre a aplicação da boa-fé objetiva durante e após a relação contratual, posteriormente ampliada para a fase pré-contratual pela doutrina e pela jurisprudência.

A doutrina alemã, introduzida no Brasil por Clóvis do Couto e Silva, define como deveres anexos ou laterais os que devem ser observados tanto na fase contratual quanto nas fases pré e pós-contratual. Segundo Silva (2006, p. 93),

os deveres secundários comportam tratamento que abranja toda a relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, da guarda, de cooperação, de assistência.

Nessa perspectiva, a relação jurídica obrigacional complexa passa a ser vista como estrutura e processo orientada para determinado fim; é o binômio obrigação-fim que a configura. A adequação a um fim e sua adaptação à evolução das circunstâncias é o que a caracteriza como um processo. Do ponto de vista estrutural, essa relação compreende as prestações primárias (típicas) – que correspondem ao fim do contrato almejado pelas partes; os deveres secundários – prestações autônomas que completam a prestação principal, sem a qual não teriam utilidade; e os deveres acessórios (laterais) de conduta – que decorrem da boa-fé e visam assegurar o fim secundário ou mediato da prestação.

Em face da relação obrigacional complexa, importa distinguir os deveres de prestação dos deveres de conduta, pois nem sempre estes últimos apresentam relação direta com a indenização pelo interesse positivo e negativo, objeto do presente estudo. Maia (2020, p. 42) propõe a adoção do critério de *perímetro contratual* para verificar se o dever acessório existe e se sua violação pode, de alguma forma, ser enquadrada no âmbito contratual, aplicando a ele as normas relativas à responsabilidade contratual. A ideia de *perímetro contratual*, portanto, está vinculada à noção de essencialidade quanto ao objeto e aos fins do contrato e tem de “ser cotejada com a dogmática geral da causalidade adequada entre dano e dever acessório violado”, visando à tutela da autonomia privada e ao necessário equilíbrio entre todos os valores previstos no ordenamento jurídico, decorrentes da boa-fé. E isso só pode ser feito por meio da análise de cada caso concreto, para verificar se o acessório está inserido no *perímetro contratual* (aplicando-se a responsabilidade contratual) ou se está fora (aplicando-se a responsabilidade extracontratual).

Feitas essas considerações, é necessário proceder à distinção entre *inadimplemento* e *responsabilidade contratual* sob a óptica dos deveres de prestação e dos deveres anexos.

Por *inadimplemento* entende-se a conduta de uma das partes que está em desconformidade com o que estava previsto no programa contratual, por ato imputável ao devedor (art. 396 do CC) e que, em regra, decorre de culpa (Brasil, [2023b], art. 393). Essa conduta pode estar fundada: a) no atraso do cumprimento da prestação – prestação não cumprida no momento certo mas que ainda pode ser cumprida (inadimplemento parcial ou relativo); b) no descumprimento de prestação que não pode mais ser cumprida e/ou que é inútil ao credor (inadimplemento absoluto); e c) no cumprimento da prestação de forma inexata (violação positiva do contrato) – realização de uma prestação mediante inobservância dos chamados deveres anexos ou laterais de conduta, fundados no princípio da boa-fé objetiva (cumprimento da obrigação de forma imperfeita pela parte, ou seja, mediante prestação viciada que cause danos ao lesado).

Sobre o inadimplemento absoluto, Alvim (1965, p. 59) já dizia que ele não se configura apenas com a impossibilidade de cumprimento da obrigação, em que pese ser a maior parte dos casos:

Com efeito, se admitirmos, como vulgarmente se diz, que o inadimplemento absoluto é a impossibilidade de ser cumprida a obrigação pelo devedor, veremos que esta fórmula é verdadeira para grande parte do número de casos, mas não para todos. Assim, se o devedor deixou perecer a coisa certa que devia entregar, a execução da obrigação tornou-se impossível para êle. Mas a fórmula deixa de ser exata, na hipótese de prestação de fato pessoal. Realmente se o escultor não quer fazer a obra prometida, poder-se-á dizer que o cumprimento da obrigação se tornou impossível para êle, isto é, que o devedor está impossibilitado de cumprir, como no primeiro exemplo? É evidente que não está. Bastará que o queira fazer. O credor, êsse sim é que está impedido de receber. Portanto, o inadimplemento absoluto é precisamente a impossibilidade de receber; e a mora a persistência dessa possibilidade.

A impossibilidade de cumprimento ou não da prestação decorre do fato objetivo de a prestação ter ou não se tornado inútil para o credor ou impossível de ser recebida, e tal análise é feita de acordo com o caso concreto, não cabendo ao credor decidir de forma arbitrária. A finalidade é buscar uma utilidade objetivada, aferida pelo acordo entabulado entre as partes para compor os interesses em jogo (Terra, 2022, p. 127).

Verificada qualquer das hipóteses de inadimplemento, nasce para o contratante lesante duas responsabilidades. Segundo Terra (2022), a responsabilidade decorrente do inadimplemento, tanto absoluto quanto relativo, pode ser considerada *gênero*, inerente a quem assume obrigação e responde com seu patrimônio, pois trata-se de responsabilidade atrelada ao crédito. Por sua vez, a responsabilidade civil decorrente do inadimplemento é *espécie* e configura-se somente se houver prejuízo, ou seja, se houver perdas e danos efetivamente comprovados, podendo ser aliado com qualquer dos meios de tutela do crédito previstos pelo ordenamento jurídico (Terra, 2022, p. 133).

Quando se fala em responsabilidade civil, seja ela decorrente de violação de deveres gerais de conduta (extracontratual) ou do inadimplemento de um contrato (contratual), há necessidade de serem preenchidos todos os seus pressupostos: a conduta ou atividade lícita ou ilícita; o dano; e a existência denexo causal entre o inadimplemento e o dano. Assim, na esfera do inadimplemento contratual (absoluto, relativo ou violação positiva do contrato), a responsabilidade civil somente se verificará se houver prejuízo efetivamente comprovado e se houver nexo causal entre o inadimplemento e o dano experimentado pelo contratante lesado, sempre dentro do perímetro contratual.

Dado que no âmbito da responsabilidade civil a metodologia civil-constitucional alargou o conceito de *danos ressarcíveis*, passa-se a dar maior atenção à vítima do evento lesivo em busca de sua integral indenização, com fundamento na proteção da dignidade da pessoa humana, na redução das desigualdades, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária e na erradicação da pobreza. Dessa forma, se houve dano injusto, ou seja, violação a um interesse legítimo do indivíduo (contratante) – interesse de inegável relevância que afete a convivência relacional de tal modo que abale a estabilidade social e o equilíbrio necessários numa sociedade que se pretende justa e solidária –, então a responsabilidade civil é o instrumento adequado para a tutela integral da pessoa humana e para a garantia da sustentabilidade das relações sociais interpretadas (Amaral; Pona, 2012).

Como a noção de *dano* é fluida e dinâmica, ou seja, altera-se conforme o espaço social, ao analisar a indenização pelo interesse positivo e pelo interesse negativo é preciso considerar a historicidade e a relatividade desses conceitos e ter em mente que o principal objetivo da responsabilidade civil consiste em definir, entre os inúmeros eventos danosos que se verificam quotidianamente, quais devem ser transferidos do lesado ao autor do dano, em conformidade às ideias de justiça e equidade dominantes na sociedade (Facchini Neto, 2010).

Neste ponto, passam-se a analisar os remédios de que dispõe o contratante lesado e o uso do interesse positivo e negativo como parâmetros efetivos para a reparação dos danos em razão do inadimplemento contratual.

4 Remédios disponíveis ao credor lesado e responsabilidade civil pelo inadimplemento contratual: interesse positivo e interesse negativo como instrumento para a aferição do dano reparável

Embora o CC tenha mantido o foco no conceito de descumprimento obrigacional, e não no de descumprimento contratual, a doutrina (Steiner, 2021; Terra, 2022; Frota, 2019) aponta os remédios de que dispõe o credor lesado e entre os quais ele pode optar, desde que com base em dois critérios objetivos: a (im)possibilidade no cumprimento da prestação pelo devedor e o interesse do credor no seu cumprimento.

Se houver mora do devedor e a prestação ainda puder ser cumprida, o credor pode optar pela *execução específica*, também conhecida como *cumprimento específico* ou *cumprimento*

in natura, considerado o remédio prioritário entre os demais, com fundamento legal nos arts. 497 e 499 do *Código de processo civil* (CPC). Nessa hipótese, a execução do crédito fica vinculada à contraprestação do credor. No caso de mora, outra opção do credor é a *execução por terceiro* nas hipóteses de prestação fungível, nos termos previstos no art. 249 do CC (Brasil, [2023b]), e no procedimento previsto nos arts. 497 e 499 do CPC (Brasil, [2023c]); promove-se, dessa forma, o resultado prático equivalente ao cumprimento da obrigação.

Em ambas as hipóteses, é possível ao devedor cumprir a prestação, e há interesse do credor em recebê-la. Trata-se de tutela de execução do pactuado, e não de indenização propriamente dita. Nessas hipóteses, a responsabilidade do devedor está vinculada ao cumprimento da prestação contratada, ou seja, está atrelada ao crédito.

Por outro lado, quando diante do suporte fático do inadimplemento absoluto (o credor entende pela inutilidade da prestação ou há impossibilidade ou extrema onerosidade de cumprimento pelo devedor), aplica-se o art. 475 do CC. A esse respeito, Terra (2022, p. 131) dispõe que,

se a prestação se tornou impossível para o devedor ou inútil para o credor, a execução específica e a execução por terceiro se afiguram inapropriadas, já que incapazes de conferir ao credor aquilo a que se propõem. Com efeito, diante de inadimplemento absoluto, outros instrumentos de tutela serão disponibilizados ao credor, que poderá optar entre resolver a relação obrigacional, com o retorno ao *status quo ante* dinâmico, ou exigir o cumprimento, não *in natura* – e aqui está o segundo equívoco apontado anteriormente –, mas pelo equivalente pecuniário da prestação, isto é, o seu valor em dinheiro, sem prejuízo, em ambas as hipóteses, da indenização pelas eventuais perdas e danos experimentados.

A execução pelo equivalente, conhecida como *cumprimento pelo equivalente* ou *execução por sub-rogação* (mas não a prevista no art. 497 do CPC), também pode ser chamada de *execução genérica*. Trata-se de opção do credor, caso haja perda da coisa por culpa do devedor nas obrigações de dar (art. 234 do CC) ou restituir (art. 239 do CC) ou diante da impossibilidade da prestação por culpa de um dos devedores solidários (Brasil, [2023b], art. 279).

Há controvérsia doutrinária quanto à natureza jurídica da execução pelo equivalente, mais especificamente a natureza da rubrica *equivalente*, que compõe o chamado cumprimento pelo equivalente. Steiner (2021) defende tratar-se de remédio indenizatório⁴ do qual fazem parte tanto perdas e danos quanto o equivalente – isto é, o equivalente é um dos elementos do dever de indenizar ao lado das perdas e danos (tudo na esfera da responsabilidade civil).

⁴ “Descumprido o contrato, o credor lesado deixa de obter o cumprimento da prestação ou do dever contratual violado. A falta de recebimento dessa prestação ou desse dever é, por si só, um prejuízo decorrente da violação contratual. É, porém, possível e frequente que, além desse prejuízo, haja outros danos a reparar. O lesado pode, então, fazer jus tanto ao valor que equivale à obrigação descumprida, como à reparação das perdas e danos causadas pelo fato de não ter recebido tal obrigação” (Steiner, 2021, p. 322).

De outro lado, Terra (2022) defende a sub-rogação objetiva da prestação *in natura* pelo seu equivalente pecuniário (responsabilidade pelo crédito), que não deixa de ser a prestação em si, sem conteúdo indenizatório, que pode somar-se às perdas e danos (responsabilidade civil), se houver prejuízo efetivo e comprovado em razão do inadimplemento. Uma das consequências práticas desse posicionamento é que não haveria abrangência das cláusulas penais substitutivas de não indenizar e de limitação da responsabilidade (compensatórias) no que se refere à prestação, pois são cláusulas que se dirigem apenas à indenização.

Por fim, outro remédio para o credor lesado na hipótese de inadimplemento absoluto é a resolução do contrato, se não preferir exigir o cumprimento pelo equivalente. A principal controvérsia desse mecanismo de tutela refere-se à definição do *dano indenizável*, ou seja, se deve ser medido pelo interesse positivo ou pelo interesse negativo no campo afeto às perdas e danos.

Assim, em qualquer dos remédios de que dispõe o lesado – cumprimento específico (*in natura*), cumprimento por terceiro, cumprimento pelo equivalente ou resolução do contrato –, o credor pode pleitear perdas e danos, nos termos previstos no art. 402 do CC (Brasil, [2023b]), e esse conteúdo indenizatório será medido pelo interesse positivo e pelo interesse negativo.

Terra (2022, p. 133) defende que as perdas e danos apresentam função complementar em qualquer dos meios de tutela previstos pelo ordenamento jurídico, pois não se relacionam à responsabilidade pelo crédito (gênero), mas à responsabilidade civil como espécie, somente sendo aplicadas se houver prejuízo efetivamente comprovado. Diante do dever genérico de reparar, as perdas e danos devem reconduzir o lesado à situação em que ele estaria sem o dano, nos termos do art. 944 do CC (Brasil, [2023b]) – e a indenização deve ser medida pela extensão do dano.

Nas relações contratuais, o dever de reparar danos oriundos de contratos inadimplidos pode corresponder a inúmeras situações fáticas, como a de erro que anula o negócio jurídico (arts. 139 ao 144 do CC) ou a de conduta que resulte na não formação do contrato ou na formação de contrato inválido. De toda sorte, o fundamento jurídico para pleitear as perdas e danos decorrentes de descumprimento contratual, seja decorrente do inadimplemento absoluto ou relativo, é o art. 475 do CC (Brasil, [2023b]), que autoriza o credor lesado a pedir indenização se sua esfera jurídica foi violada, não se limitando aos danos patrimoniais sofridos. Os parâmetros que podem ser utilizados para aferir as consequências do inadimplemento contratual são o interesse positivo e o interesse negativo.

Desse modo, o interesse positivo e o negativo revelam-se úteis e necessários para a definição do dano reparável em cada caso concreto (Frota, 2019), desde que atinjam direta ou indiretamente a prestação; em outras palavras, desde que estejam dentro do denominado *perímetro contratual*. Ambos são mecanismos que permitem compreender o evento lesivo e a consequência reparatória (Steiner, 2016, p. 329).

Nesse contexto, o papel do intérprete é fundamental, na medida em que cabe a ele verificar se as prestações principais e acessórias foram cumpridas, e se foram observados

os deveres de proteção, de informação e de cooperação que garantem o desenvolvimento eficiente do programa contratual para a satisfação das expectativas de todos os interessados, conforme o pré-estabelecido pelos contratantes (Frota, 2019, p. 328).

Como o interesse é uma situação juridicamente protegida, e o dano é consequência da lesão a esse interesse, a indenização pautada no interesse positivo e negativo é objeto da reparação para definição do *quantum* indenizatório. Steiner (2016, p. 40) esclarece que “[a] noção de interesse como objeto de proteção delimita a obtenção do fundamento da reparação, isto é, o evento lesivo que atinge um interesse protegido. Já sua definição como objeto da reparação, ou como as perdas e danos reparáveis, define o seu *quantum*”.

Por interesse positivo entende-se “a situação hipotética patrimonial na qual o lesado estaria se o contrato houvesse sido integral e adequadamente cumprido”, que “pressupõe a recolocação do lesado em um estado que se poderia chamar [...] de *ad quem*”, realizando-se a adição de um elemento que deveria ter ocorrido, e não ocorreu, isto é, o cumprimento do contrato (Steiner, 2016, p. 45). Em outros termos, o interesse positivo deve ser compreendido como “a síntese da indenização que economicamente conduza o lesado à situação em que estaria se o contrato tivesse sido efetivamente cumprido”, o que pode eventualmente ir além da simples indenização que substitua a prestação em sentido estrito (Steiner, 2016, p. 146-149).

Por sua vez, o interesse negativo configura a situação “hipotética de recondução do lesado, representada pela [...] situação patrimonial em que ele estaria se nem sequer houvesse cogitado do contrato, ou seja, se não houvesse iniciado contatos negociais”, que corresponde “à reconstrução de uma situação hipotética *a quo*, fundamentalmente obtida pela abstração de algo que aconteceu, ou seja, de um elemento negativo”, a inexistência do contrato ou do início das tratativas (Steiner, 2016, p. 46).

Assim, o ponto-chave para a compreensão do dano indenizável é o evento lesivo, parametrizado pelo interesse positivo ou pelo negativo para identificar o *quantum* indenizatório em cada caso concreto, dentro de balizas legais e fáticas, sem definições apriorísticas.

Dada a relatividade do conceito de *dano*, que é fluido e mutável no tempo e no espaço, a conclusão lógica é que os conceitos de interesse positivo e negativo também o são, devendo ser buscados por meio da análise do evento lesivo. Em que pese tal fato, é comum que a tutela positiva da confiança seja vinculada ao interesse positivo; entretanto, há exceções que devem ser consideradas pelo magistrado, pois a tutela da confiança apresenta múltipla incidência nas relações obrigacionais complexas.

Sobre o tema, as decisões dos tribunais são divergentes (Steiner, 2016, p. 123), a exemplo do que ocorre no descumprimento de compromisso de compra e venda de imóveis, pois ora se concede indenização dos danos oriundos com a conclusão do contrato com base no interesse negativo (despesas com corretagem) (São Paulo, 2015), ora se confere indenização ao comprador lesado pelo interesse positivo (valorização do imóvel que deixou de receber) (Brasil, 2002). Da mesma forma ocorre em relação à frustração da expectativa quanto à conclusão de contrato de trabalho, concedendo indenização em relação às expectativas geradas

na fase das negociações ora com base no interesse positivo (pagamento de salários a que o lesado teria direito) (São Paulo, 2011), ora com base no interesse negativo (ressarcimento de custos tornados inúteis) (São Paulo, 2010). Tais decisões são diametralmente opostas, pois ora conferem “ao lesado a indenização do interesse positivo, ora do [...] negativo, sem que se vislumbre uma distinção de eventos lesivos que justifique essa diversidade” (Steiner, 2016, p. 124).

É imprescindível analisar pormenorizadamente cada situação fática para identificar a relação entre evento lesivo, nexos causal e dano indenizável para conferir ao lesado a indenização do interesse positivo e/ou do negativo. Dessa forma, a atuação do intérprete deve ser pautada num processo argumentativo lógico e axiológico que proporcione a necessária e suficiente previsibilidade e segurança do sistema (Konder, 2021, p. 82).

Visto que a atuação do Poder Judiciário é uma resposta necessária aos problemas oriundos da ampliação de danos numa sociedade cada vez mais complexa, essa atuação deve ser pautada sempre em critérios axiológicos e lógicos, tendo como premissa os valores previstos na CRFB, em especial a submissão do contrato aos seus valores sociais, sem perder de vista o papel da responsabilidade civil de reparação integral do lesado. Por essa razão, não se pode vincular um interesse a determinadas situações fáticas, como muitas vezes ocorre em relação à frustração de expectativas geradas na fase das negociações, normalmente vinculadas exclusivamente ao interesse negativo:

Os interesses negativo e positivo não fundam o dever de reparar, pois este depende da concretização dos pressupostos da responsabilidade civil por danos (fato jurídico danoso + nexos causal + dano reparável + nexos de imputação), mas como consequências reparatórias derivadas da responsabilização do lesante, sempre respeitando a extensão do dano em cada fato jurídico danoso concreto. Por isso, não pode haver uma conexão obrigatória entre interesse positivo ou de cumprimento e interesse negativo ou de dano à confiança na fase pré-negocial, não obstante essa vinculação possa ocorrer [sic] em diversos casos (Frota, 2019, p. 346).

Por conseguinte, o procedimento de interpretação do Direito deve ser necessariamente guiado pela lógica formal que permeia a argumentação, fundada na presença tanto do texto como do intérprete numa atividade conjunta de significação para a realização dos valores constitucionais. Pela fundamentação, é possível averiguar se os elementos extrajurídicos foram absorvidos por elementos normativos, se os valores ali referidos são sociais e culturais, e não pessoais, viabilizando, em última instância, o controle final sobre os argumentos adotados pelo juiz (Konder, 2021, p. 81-84).

Dessa interpretação racional – devidamente contextualizada – surge uma segura densificação do Direito, desde que realizada de forma justificada para atingir um resultado coerente e universalizável. A interpretação, portanto, é uma atividade adscrita a um sentido possível, empreendida pela jurisdição reconstrutiva da ordem jurídica, que afasta a

perspectiva cognitivista da interpretação e a declaratória da jurisdição. O Direito deve ser densificado, precisado e devidamente comunicado aos destinatários pela interpretação dada pela jurisdição (Mitidiero, 2018, p. 74-79):

Se o direito é duplamente indeterminado e a sua densificação depende da interpretação que é dada pela jurisdição, então a tônica da legislação não basta para guiar os comportamentos sociais. Sendo a interpretação uma atividade adscritiva de sentido, é preciso que o direito seja visto como o produto de uma relação dinâmica e cooperativa que se estabelece entre a legislação, a doutrina e a jurisdição. Daí que a orientação de comportamentos que o direito tem o dever de oferecer tem a sua tônica deslocada – da legislação para a jurisdição. Sendo a tônica na jurisdição, naturalmente que a densificação da segurança jurídica e a promoção da liberdade e da igualdade passam a ter como referencial a interpretação que é dada pela jurisdição à Constituição e à legislação (Mitidiero, 2018, p. 78).

Ao deparar-se com as perdas e danos decorrentes do inadimplemento contratual, deve o magistrado valer-se da adequação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da coerência e da congruência (Perlingieri, 2008, p. 104-105) para decidir, em cada caso concreto, sobre a existência da indenização e quantificá-la tanto pelo interesse positivo quanto pelo negativo. Ao agir assim, o intérprete passa a ser fiel não só ao texto da lei mas também ao ordenamento jurídico; decide com coerência, e não com base num sistema formal e neutro de conceitos, e sim no sistema de normas e princípios fundado em valores culturais e sociais (Konder, 2021, p. 83-84).

No contexto de pós-constitucionalização do Direito Civil, em caso de inadimplemento não é possível afastar de plano o interesse positivo ou o negativo de qualquer indenização sem avaliar o evento lesivo *in concreto* e de forma justificada⁵. Quanto ao interesse positivo, Steiner (2016, p. 128-130) propõe dois filtros possíveis de análise para instrumentalizar a delimitação da reparação de danos: o evento danoso que direciona a causalidade para conduzir à situação projetada da vítima sem o dano, o interesse a ser protegido (positivo), o objetivo da prestação reparatória; e o aprofundamento do evento lesivo com a confirmação do interesse violado e a consequente reparação (prestação no lugar ou ao lado do cumprimento contratual).

Em cada caso concreto em que se pede indenização pelo interesse positivo deve-se provar se o evento danoso (descumprimento contratual) tem nexos causal com os danos sofridos pela vítima, cuja causalidade tem o sentido atribuído pela teoria da formação da circunstância danosa, o que resulta na afirmação de que a indenização pelo interesse

⁵ No mesmo sentido, Tepedino (2021, p. 216) afirma que “é preciso resistir a essa cíclica e renitente tentativa de regulamentação de toda vida social, empoderando-se, ao contrário, o magistrado com a atribuição do dever de esgotar o dado normativo possível, a partir da aplicação, em cada sentença, da totalidade do ordenamento, informado pelos valores constitucionais incidentes no caso concreto”.

positivo no Brasil é plenamente possível (Frota, 2019, p. 351), não podendo ser afastada de plano pelo julgador.

Assim, no contexto da pós-constitucionalização do Direito Civil, seja para reconhecer o interesse positivo, seja para reconhecer o interesse negativo como critério de aferição do dano indenizável num caso concreto, assume papel relevante o processo argumentativo realizado pelo intérprete, de modo a conceder unidade ao ordenamento jurídico e a viabilizar a construção de um sistema de precedentes que confira segurança jurídica aos conceitos de interesse positivo e de interesse negativo, com base em casos concretos paradigmáticos que considerem o evento lesivo como fator determinante.

5 Considerações finais

A pesquisa teve como referencial teórico a metodologia civil-constitucional na atual fase de pós-constitucionalização, em que se exige do intérprete a atuação pautada por argumentos fundados em critérios lógicos e axiológicos que possam ser objeto de controle à luz do evento lesivo.

Nesse contexto, conclui-se que não se pode afastar de plano a possibilidade de indenização do interesse positivo e negativo sem a devida análise do caso concreto, sendo necessário o aprofundamento da análise do evento danoso, do nexos de causalidade, do dano e do interesse violado.

Somente a interpretação racional contextualizada assegurará a densificação do Direito e a construção de um efetivo sistema de precedentes em relação ao tema em questão.

Referências

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1965. (Biblioteca Jurídica).

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Everton Willian. Ampliando horizontes: expansão da categoria dos danos ressarcíveis como garantia da sustentabilidade jurídico-social nas relações privadas. In: KEMPFER, Marlene; ESPOADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa (org.). *Estudos em direito negocial e sustentabilidade*. Curitiba: CRV, 2012. p. 9-42.

BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*. Milano: Giuffrè, 1994. v. 5.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 out. 2023.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2023b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 out. 2023.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2023c]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 403.037/SP*. Promessa de compra e venda. Inadimplemento da promissária vendedora. Indenização. Valor atual do imóvel. Lucros cessantes. Dano positivo [...]. Recorrente: Louis Albin. Recorrida: S/A Indústrias Votorantim. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, 28 de maio de 2002. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200200013708&dt_publicacao=05/08/2002. Acesso em: 25 out. 2023.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, DF, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/13478>. Acesso em: 25 out. 2023.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Descumprimento contratual e a possibilidade de reparação pelo interesse positivo no direito privado brasileiro. In: BARBOSA, Mafalda Miranda; ROSENVALD, Nelson; MUNIZ, Francisco (coord.). *Desafios da nova responsabilidade civil*. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 315-352.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; DE CICCO, Maria Cristina; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (coord.). *Direito civil na legalidade constitucional: algumas aplicações*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 71-86.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 3.

MAIA, Gil Valente. Boa fé e responsabilidade civil decorrente da violação de deveres acessórios de conduta: o critério do “perímetro contratual” na delimitação do regime de responsabilidade aplicável. *Julgare*, Lisboa, p. 1-42, jan. 2020. Disponível em: <https://julgar.pt/boa-fe-e-responsabilidade-civil-decorrente-da-violacao-de-deveres-acessorios-de-conduta-o-criterio-do-perimetro-contratual-na-delimitacao-do-regime-de-responsabilidade-aplicavel/>. Acesso em: 25 out. 2023.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação- interpretação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 11-30, out./dez. 2013.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008. (Pensamento Jurídico).

NALIN, Paulo; VENAZZI, Karen; COPI, Lygia Maria. Introdução sobre a metodologia civil constitucional e a sua pós-constitucionalização. In: NALIN, Paulo; COPI, Lygia Maria; PAVAN, Vitor Ottoboni (org.). *Pós-constitucionalização do direito civil*. Londrina: Thoth, 2021. p. 31-46.

NOGAROLI, Rafaella; PAVAN, Vitor Ottoboni. Violação e responsabilidade. In: NALIN, Paulo; COPI, Lygia Maria; PAVAN, Vitor Ottoboni (org.). *Pós-constitucionalização do direito civil*. Londrina: Thoth, 2021. p. 105-154.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (4. Câmara de Direito Privado). *Apelação Cível nº 990.10.500647-7*. Indenização – Dano moral – Responsabilidade pré-contratual – Culpa *in contrahendo* – Contratação de serviços de assessoria e intermediação para obtenção de vaga de emprego [...]. Apelante: Mario Romani Monteiro. Apelada: SH6 Brasil Turismo Ltda – EPP. Relator: Des. Francisco Loureiro, 9 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 25 out. 2023.

_____. Tribunal de Justiça (7. Câmara de Direito Privado). *Apelação Cível nº 0001179-90.2010.8.26.0301*. Compromisso de compra e venda. Inadimplemento absoluto da vendedora. Exercício da cláusula resolutiva tácita. Restituição das parcelas do preço, assim como dos prejuízos decorrentes da inexecução. Interesse negativo. Recurso desprovido. Apelante: Terra Azul Marketing Imobiliário Ltda. Apelada: Ana Lúcia Frias Conti. Relator: Des. Rômulo Russo, 13 de março de 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 25 out. 2023.

_____. Tribunal de Justiça (3. Câmara de Direito Privado). *Apelação Cível nº 9141091-18.2006.8.26.0000*. Responsabilidade civil pré-contratual. Autor que foi selecionado após realização de entrevista e aguardou por cinco meses a contratação definitiva frustrada ao final de tal prazo. Situação em que foram geradas falsas expectativas [...]. Apelante: Construdecor S.A. Apelado: Geraldo Majela Lopes da Silva. Relator: Des. Adilson de Andrade, 14 de junho de 2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 25 out. 2023.

SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

STEINER, Renata Carlos. Descumprimento contratual: remédios à disposição do credor lesado. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2021. v. 2, p. 297-342.

_____. *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no direito privado brasileiro*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-20082016-121314/pt-br.php>. Acesso em: 25 out. 2023.

TEPEDINO, Gustavo. A perseverante construção da legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos (coord.). *Direito civil constitucional: a construção da legalidade constitucional nas relações privadas: anais VII Congresso do IBDCivil*. Indaiatuba: Foco, 2022. p. 3-12.

_____. Notas esparsas sobre o direito civil na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; DE CICCIO, Maria Cristina; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (coord.). *Direito civil na legalidade constitucional: algumas aplicações*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 205-218.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente. In: TEPEDINO, Gustavo; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos (coord.). *Direito civil constitucional: a construção da legalidade constitucional nas relações privadas: anais VII Congresso do IBDCivil*. Indaiatuba: Foco, 2022. p. 125-148.

Licenciamento

Trabalho sob licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii



Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/ril

