



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

Revista de Informação Legislativa

volume 61

242

abril a junho 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

volume 61

242

p. 1-234

abril a junho 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 Seriadas, 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. – v. 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília, DF : Senado Federal, 1964-.
Trimestral.
v. 1-3, n. 1-10, publicada pelo Serviço de Informação Legislativa; v. 3-9, n. 11-33, publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; v. 9-50, n. 34-198, publicada pela Subsecretaria de Edições Técnicas; v. 50-, n. 199-, publicada pela Coordenação de Edições Técnicas.

ISSN 0034-835X (Impresso)
ISSN 2596-0466 (Online)

1. Direito – Periódico. 2. Ciência Política – Periódico. 3. Relações Internacionais – 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. Alejandro Knaesel Arrabal, Fundação Universidade Regional de Blumenau, Blumenau, SC, 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. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, 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 Passos, 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. Caio Henrique Lopes Ramiro, Faculdade Maringá, Maringá, PR, 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 Spricigo 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 / Me. Clay Souza e Teles, Senado Federal, 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. Ednilson Donisete Machado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Eduardo Modena Lacerda, Senado Federal, Brasília, DF, 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. Fabio Carvalho de Alvarenga Peixoto, Procuradoria-Geral do Estado do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Federico Nunes de Mato, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Felipe Lima Gomes, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Me. Felipe Luiz Machado Barros, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, Macaíba, RN, Brasil / Dr. Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Fernando Gaburri de Souza Lima, Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Fernando Nagib Marcos Coelho, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, 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 / Dr. Gustavo Ferreira Ribeiro, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Gustavo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Gustavo Schneider Fossati, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, 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 Felipe 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 / Dr. José Filomeno de Moraes Filho, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, 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 / Dra. Leila Giandoni Ollaik, Ministério da Economia, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leila Maria da Juda Bijos, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, 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 / 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 Laurentis, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. Lucas Fucci Amato, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Me. Luciano Henrique da Silva Oliveira, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Luciano Moreira de Oliveira, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Luiz Fernando Afonso, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Marcelo Dias Varella, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marcelo Schenk Duque, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Márcia Carolina Trivellato Perazzo, PhD Mentoria, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marciano Seabra de Godói, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marco Aurélio Nogueira, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 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 / 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 / Dra. Patrícia Lichs Cunha Silva de Almeida, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Santa Salete, SP, 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. Raoni Macedo Bielschowsky, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, 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 / Dra. Roberta Simões Nascimento, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Roberto Gomes de Albuquerque Melo Júnior, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Rodrigo da Silva Brandalise, Universidade de Lisboa, 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. Rogerio Mayer, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens Valtecidas 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. Thales Torres Quintão, Instituto Guaciyu, Belo Horizonte, MG, 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

Antonio Oliveira Lima Neto é doutorando em Direito na Universidade do Minho, Braga, Portugal; mestre em Direito pelo Centro Universitário Cesmac, Maceió, AL, Brasil; advogado. / Carlos Vinicius Ribeiro Ferreira é mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; graduado em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; advogado. / Cláudio Drewes José de Siqueira é mestre em Direito pela Universidade de Sevilha, Andaluzia, Espanha; doutorando em Direito na Universidade de Salamanca, Castela e Leão, Espanha; graduado em Direito pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; procurador-regional da República. / Dayson Pereira Bezerra de Almeida é mestre em Economia do Setor Público pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; especialista em Orçamento Público pelo Instituto Serzedello Corrêa, do Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, Brasil; graduado em Ciências Contábeis pela Universidade Federal de Campina Grande, Campina Grande, PB, Brasil; consultor de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil. / Fábio Carvalho Leite é doutor em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor dos programas de pós-graduação em Direito (doutorado e mestrado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Fábio Zambitte Ibrahim é doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor associado da Uerj, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; advogado. / Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida é doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor assistente do Insper, São Paulo, SP, Brasil. / Gustavo Afonso Sabóia Vieira é mestre em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, DF, Brasil; graduado em Direito pelo Centro Universitário, Brasília, DF, Brasil; analista legislativo do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil; advogado. / Gustavo Fossati é doutor em Direito Tributário pela Universidade de Münster, Münster, Alemanha; mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), Porto Alegre, RS, Brasil; especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; graduado em Direito pela PUC-RS, Porto Alegre, RS, Brasil; professor dos programas de graduação e pós-graduação em Direito da Regulação da Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; advogado. / Ivan Furlan Falconi é mestre em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, DF, Brasil; graduado em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; graduado em Direito pelo IDP, Brasília, DF, Brasil; analista legislativo do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil. / Jahyr-Philippe Bichara é doutor *summa cum laude* pela École Doctorale de Droit International et Européen da Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, Paris, França; mestre em Direito Internacional Econômico pela Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, Paris, França; mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professor titular de Direito Internacional do curso de Direito e do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil; coordenador do grupo de pesquisa Direito Internacional e Soberania do Estado brasileiro (CNPq). / João Paulo Atilio Godri é mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), Curitiba, PR, Brasil; doutorando em Direito Econômico e Desenvolvimento na PUC-PR, Curitiba, PR, Brasil; professor de Direito Empresarial do programa de graduação da Faculdade Inspirar, Curitiba, PR, Brasil; professor do programa de pós-graduação *lato sensu* da PUC-PR, Curitiba, PR, Brasil; vogal titular da Junta Comercial do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; advogado. / Julia Alves Marinho Rodrigues é mestra em Ciência Política pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; especialista em Democracia Participativa, República e Movimentos Sociais pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; graduada em Ciências Econômicas pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; consultora legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil; professora do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, e do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, DF, Brasil. / Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil, com estágio pós-doutoral na Humboldt-Universität zu Berlin, Berlin, Alemanha; professor dos programas de graduação, especialização e mestrado em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã, Recife, PE, Brasil; coordenador-geral de pós-graduação, pesquisa e extensão em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã, Recife, PE, Brasil. / Marcelo Leonardo Tavares é doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestre em Direito pela Uerj, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor associado da Uerj, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; advogado. / Marcia Carla Pereira Ribeiro é doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; pós-doutora pela Fundação Getulio Vargas, São Paulo, SP, Brasil, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal, e pela Universidade Paris I – Sorbonne, Paris, França; professora de Direito Empresarial e Análise Econômica do Direito dos programas de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; professora de Direito Empresarial e Análise Econômica do Direito da UFPR, Curitiba, PR, Brasil; advogada. / Marcos Ehrhardt Júnior é doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professor dos programas de graduação e pós-graduação em Direito Civil da Universidade Federal de Alagoas e do Centro Universitário Cesmac, Maceió, AL, Brasil; advogado. / Pedro Ivo Lins Moreira é mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná, Curitiba, PR, Brasil. / Rodolfo Assis é mestre em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor da Rede Doctum, Caratinga, MG, Brasil. / Valter Rodrigues de Carvalho é doutor em Ciência Política pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP),

São Paulo, SP, Brasil; licenciado em História pela PUC-SP, São Paulo, SP, Brasil; bacharel em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes, Mogi das Cruzes, SP, Brasil; advogado. / Simone de Sá Rosa Figueirêdo é doutora e mestra em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professora dos programas de graduação, especialização e mestrado em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã, Recife, PE, Brasil; advogada. / Victor Marcel Pinheiro é doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; mestre em Direito do Estado pela USP, São Paulo, SP, Brasil; graduado em Direito pela USP, São Paulo, SP, Brasil; professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa e do Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil; consultor legislativo do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil; advogado.

Sumário

AUTORES CONVIDADOS

- 11 **Presidencialismo de coalizão: poder de agenda e taxas de dominância e de sucesso nas relações entre o Executivo e o Legislativo**
Coalition presidentialism: government agenda and the executive dominance and success rates in Legislative-Executive relationship
Victor Marcel Pinheiro
Ivan Furlan Falconi
Gustavo Afonso Sabóia Vieira

ARTIGOS

- 35 **A regência dos direitos dos migrantes por motivos econômicos na União Europeia e no Mercosul**
The govern of the rights of migrants due to economic reasons in the European Union and the Mercosul
Jahyr-Philippe Bichara
- 61 **Jurisdição constitucional e ativismo judicial: diálogo crítico com as vertentes interpretativas da judicialização da política no Brasil**
Constitutional jurisdiction and judicial activism: critical dialogue with the interpretative aspects of the judicialization of politics in Brazil
Valter Rodrigues de Carvalho
- 95 **A analogia e a interpretação normativo-funcional da lei: um exame jurídico-penal da decisão do STF que criminalizou a homofobia**
Analogy and the normative-functional interpretation of the Law: a legal-criminal examination of the STF decision that criminalized homophobia
Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira
Simone de Sá Rosa Figueirêdo
- 113 **Reformas previdenciárias: aproximações entre o Brasil e a França**
Pensions Reforms: similarities between Brazil and France
Marcelo Leonardo Tavares
Fábio Zambitte Ibrahim
Carlos Vinicius Ribeiro Ferreira

- 141 **Quadro de despesas de médio prazo: instrumento útil para qualificar gastos públicos em contexto de forte restrição derivada de ajuste fiscal**
Medium-term expenditure framework: useful tool for qualifying public spending in a context of strong restrictions resulting from fiscal adjustment
Julia Alves Marinho Rodrigues
Dayson Pereira Bezerra de Almeida
Gustavo Fossati
- 159 **O financiamento do devedor em recuperação judicial após a reforma da Lei nº 11.101/2005**
Financing the debtor undergoing judicial recovery following reform of the Law no. 11.101/2005
Marcia Carla Pereira Ribeiro
João Paulo Atilio Godri
Pedro Ivo Lins Moreira
- 179 **A proteção dos vulneráveis no programa Minha casa, minha vida: uma análise do artigo 35-A da Lei nº 11.977/2009**
The protection of equals in the *My house, my life* program: an analysis of article 35-A of Law 11.977/2009
Antonio Oliveira Lima Neto
Marcos Ehrhardt Júnior
- 195 **O abuso de poder nas eleições: considerações para mudanças no novo Código eleitoral**
The abuse of power in elections: considerations for changes in the new *Electoral Code*
Cláudio Drewes José de Siqueira
- 215 **O Direito sem respeito às regras**
Law without deference for rules
Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida
Fábio Carvalho Leite
Rodolfo Assis

Presidencialismo de coalizão: poder de agenda e taxas de dominância e de sucesso nas relações entre o Executivo e o Legislativo

Coalition presidentialism: government agenda and the executive dominance and success rates in Legislative-Executive relationship

Victor Marcel Pinheiro¹

Ivan Furlan Falconi²

Gustavo Afonso Sabóia Vieira³

Resumo

O artigo analisa a relação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo na produção legislativa, centrando-se no modelo de presidencialismo de coalizão estabelecido pela Constituição de 1988. A discussão teórica sobre a eficácia desse modelo remonta à Redemocratização nos anos 1980, com alguns autores expressando ceticismo quanto ao seu funcionamento. Por outro lado, para os defensores do presidencialismo de coalizão, a dominação da pauta legislativa pelo Executivo é alcançada por meio de mecanismos institucionais e pela estrutura do Parlamento. Diante dessas concepções, o artigo analisa as taxas de dominância e de sucesso do Executivo de 1988 a 2022 para verificar se houve mudanças na participação do Poder Executivo na promulgação de normas. O estudo utiliza dados do Senado Federal e revisão bibliográfica para examinar essas questões e avaliar a influência do Executivo na agenda legislativa, concluindo por sua redução relativa nas legislaturas mais recentes.

¹ Victor Marcel Pinheiro é doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; mestre em Direito do Estado pela USP, São Paulo, SP, Brasil; graduado em Direito pela USP, São Paulo, SP, Brasil; professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa e do Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil; consultor legislativo do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil; advogado. E-mail: victor.marcel@idp.edu.br

² Ivan Furlan Falconi é mestre em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, DF, Brasil; graduado em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; graduado em Direito pelo IDP, Brasília, DF, Brasil; analista legislativo do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil. E-mail: iffalconi@yahoo.com.br

³ Gustavo Afonso Sabóia Vieira é mestre em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, DF, Brasil; graduado em Direito pelo Centro Universitário, Brasília, DF, Brasil; analista legislativo do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil; advogado. E-mail: gustavosaboia@gmail.com

Palavras-chave: Poder Legislativo; Poder Executivo; presidencialismo de coalizão; produção legislativa; taxa de dominância; taxa de sucesso.

Abstract

The article analyzes the relationship between the Executive and Legislative branches in Brazil's legislative production, focusing on the coalition presidentialism model established by the 1988 Constitution. The theoretical discussion regarding the effectiveness of this model dates back to the democratization period in the 1980s, with some authors expressing skepticism about its functioning. Conversely, advocates of coalition presidentialism argue that the Executive's dominance in legislative matters is achieved through institutional mechanisms and through the structure of the Parliament. Given these conceptions, the article analyzes the dominance and success rates of the Executive between 1988 and 2022 to verify whether there have been changes in the participation of the Executive Branch in the promulgation of norms. The study utilizes data from the Federal Senate and literature review to examine and evaluate the influence of the Executive on the legislative agenda, concluding by its relative reduction in the most recent legislatures.

Keywords: Legislative Power; Executive Power; coalition presidentialism; legislative production; executive dominance and success rate.

Como citar este artigo: ABNT⁴ e APA⁵

1 Introdução

A relação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo baseia-se no modelo institucional firmado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), com o estabelecimento de coalizões partidárias mediante as quais o presidente da República busca formar maiorias parlamentares que viabilizem a aprovação de proposições legislativas e, por conseguinte, a implantação de sua agenda de governo.

A discussão acerca da viabilidade do modelo e de sua eficiência remonta com maior ênfase ao período de Redemocratização. A par de manifestações de ceticismo e de críticas de parte dos autores, há quem considere que o modelo propiciou considerável estabilidade ao

4 PINHEIRO, Victor Marcel; FALCONI, Ivan Furlan; VIEIRA, Gustavo Afonso Sabóia. Presidencialismo de coalizão: poder de agenda e taxas de dominância e de sucesso nas relações entre o Executivo e o Legislativo. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 242, p. 11-33, abr./jun. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p11

5 Pinheiro, V. M., Falconi, I. F., & Vieira, G. A. S. (2024). Presidencialismo de coalizão: poder de agenda e taxas de dominância e de sucesso nas relações entre o Executivo e o Legislativo. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(242), 11-33. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p11

longo de sua vigência, devido à capacidade do Executivo de impor sua agenda ao Legislativo e consolidar suas diretivas.

Para a parcela dos autores que julga bem-sucedido o modelo do presidencialismo de coalizão, a dominância da pauta do Poder Legislativo pelo governo ocorre com a utilização de uma série de mecanismos institucionais – formais e informais – que criam incentivos para que os parlamentares cooperem com a agenda proposta pelo presidente da República, bem como em razão da própria estrutura interna de divisão de poderes no Parlamento, que desestimularia a ação isolada de seus integrantes, concentraria o poder nas mãos dos líderes partidários e facilitaria a negociação entre o Executivo e o Legislativo.

Como indicadores dessa capacidade de coordenação e liderança, aponta-se a chamada *taxa de dominância* do Executivo – a qual corresponde à parcela de proposições legislativas de autoria do presidente da República convertidas em normas jurídicas (considerado o total de proposições promulgadas em um período) – e a *taxa de sucesso*, entendida como o coeficiente entre as proposições legislativas convertidas em atos legislativos e o total de proposições apresentadas pelo Executivo.

Esse cenário institucional resultou em elevadas taxas de dominância e de sucesso do Executivo durante as duas primeiras décadas de vigência da CRFB. Em face disso, este trabalho propõe-se avaliar: (i) se tais taxas seguem os mesmos patamares durante as legislaturas mais recentes; (ii) no caso de ter havido alteração nessas taxas, qual é a tendência; e (iii), caso verificada a alteração na participação do Executivo, se ela pode ser entendida como uma distribuição do poder de agenda entre outros atores políticos, nomeadamente o Congresso Nacional, suas comissões e parlamentares ou se, mesmo com a queda numérica da dominância, o Executivo segue, por meio de outros mecanismos, exercendo forte influência sobre a agenda legislativa.

Com o fim de examinar esses questionamentos, o artigo esteia-se na revisão bibliográfica das correntes acadêmicas que analisam o presidencialismo de coalizão brasileiro. Em seguida, com base nas normas promulgadas disponíveis nos sistemas legislativos do site do Senado Federal, investiga a taxa de dominância e a de sucesso do Executivo entre 1988 e o final de 2022, e busca respostas para as questões i e ii. Por fim, com fundamento nessas constatações, procede-se a uma breve análise de trabalhos atuais a respeito da questão iii, de forma a avaliar se é possível responder a ela ou se a sua solução ainda é objeto de controvérsia entre os acadêmicos.

2 O modelo institucional do presidencialismo de coalizão: entre o pessimismo e o otimismo

Desde que foi cunhada, a expressão *presidencialismo de coalizão* tornou-se predominante nas análises do sistema político brasileiro. Seja para referir-se ao desenho institucional do País após a promulgação da CRFB, seja para tratar de questões relativas à governabilidade, o

conceito transbordou da Ciência Política para alcançar outros âmbitos e passou a ser usado por juristas, filósofos, historiadores, jornalistas e outros especialistas, com distintos vieses e nuances; e ainda há grandes controvérsias sobre sua definição e utilidade para compreender a dinâmica política brasileira. A respeito, Limongi e Figueiredo (2017, p. 82) afirmam que “[o] presidencialismo de coalizão é como uma esfinge à espera de quem a decifre”.

Os estudos destinados a compreender o conceito inserem-se num campo mais amplo da literatura da Ciência Política, a denominada *teoria das coalizões* (Couto; Soares; Livramento, 2021, p. 2). Governos de coalizão não são exclusividade dos sistemas presidencialistas; e, de fato, essa vertente originou-se do exame de sistemas parlamentaristas. Numa acepção ampla, governos de coalizão podem ser entendidos como aqueles em que “os partidos políticos e seus líderes concordam em compartilhar recursos políticos a fim de alcançar metas em comum” (Couto; Soares; Livramento, 2021, p. 1). Ou seja, são aqueles em que diferentes partidos pactuam uma gestão compartilhada do poder estatal; portanto, não se limitam a um sistema de governo específico.

Conforme Couto, Soares e Livramento (2021, p. 5), a evolução das teorias acerca de governos de coalizão pode ser classificada por gerações. Os primeiros escritos, entre as décadas de 1950 e 1970, centraram-se em aspectos eminentemente teóricos, cujo foco era a elaboração de pressupostos racionais para a criação e o funcionamento das coalizões. Somente na segunda geração adicionaram-se elementos empíricos às teorias, sobretudo por meio da análise comparativa de países parlamentaristas e multipartidários da Europa do pós-guerra. Apesar do incremento do número de pesquisas, ainda não se tinham desenvolvido estudos específicos de coalizões em regimes presidencialistas porque no início da década de 1970 não havia democracias multipartidárias de massa que adotassem o sistema presidencialista de governo. Apenas na terceira geração (entre o final da década de 1980 e o início da seguinte), e como resultado da ampliação da variedade de países e sistemas políticos, surgiram estudos sobre governos de coalizão sob o presidencialismo em democracias latino-americanas (Couto; Soares; Livramento, 2021, p. 5-12).

Aqui se enquadram os primeiros artigos publicados em periódicos brasileiros e estrangeiros que analisam aspectos institucionais da nova configuração política que se inaugurava com a Redemocratização. De início, essas primeiras teorizações adotavam vieses pessimistas acerca da sustentabilidade de governos (e do próprio regime democrático) nos países em que vigora o sistema presidencialista⁶. Tratavam a governabilidade (variável dependente) como resultado direto do desenho institucional (variáveis independentes) (Braga; Guimarães, 2015, p. 72), para, assim, levantar hipóteses acerca da inviabilidade (ou fragilidade) do surgimento de coalizões em sistemas presidenciais, regime que, em tese, não geraria incentivos para a cooperação entre os Poderes.

É nesse período que Sérgio Abranches publica em 1988 um relevante artigo da Ciência Política, responsável pela disseminação da expressão *presidencialismo de coalizão*. Para

⁶ Como exemplo, ver o ensaio clássico de Linz (1985).

expor suas premissas fáticas, Abranches (1988) inicia o artigo com a apresentação do quadro social e econômico do Brasil à época, marcado sobretudo pela heterogeneidade. Com uma divisão didática em três planos, o autor afirma que, no plano macrosociológico, a sociedade passava por intenso fracionamento da estrutura de classes, devido à emergência de novos segmentos sociais decorrentes da industrialização e do êxodo rural, o que multiplicava demandas setoriais competitivas e intensificava os potenciais conflitos sociais. No plano macroeconômico, essa heterogeneidade social evidenciava os grandes conflitos distributivos e as manifestas disparidades de distribuição de recursos e do nível de renda entre setores da economia e regiões. Por sua vez, no plano macropolítico, predominava um “pluralismo de valores”: em contextos distintos de desenvolvimento econômico, os grupos sociais atribuíam valorações diversas às instituições do Estado e aos instrumentos de representação e participação típicos das democracias liberais.

Esse quadro heterogêneo pressionava o Estado com múltiplas demandas de intervenção nos vários domínios da vida social e econômica. A atuação governamental agigantava-se, ao mesmo tempo que sofria limitações advindas das dificuldades de eliminação de subsídios e regulações, o que enfraquecia a capacidade do governo de enfrentar crises e promover reformas. O maior dos desafios das instituições era, pois,

encontrar um ordenamento institucional suficientemente eficiente para agregar e processar as pressões derivadas desse quadro heterogêneo, adquirindo, assim, bases mais sólidas para sua legitimidade, que o capacite a intervir de forma mais eficaz na redução das disparidades e na integração da ordem social (Abranches, 1988, p. 7-8).

Dadas essas premissas, Abranches analisa o modelo institucional que surgia, bem como a dinâmica política, com ênfase em seus elementos institucionais típicos (presidencialismo, federalismo, bicameralismo, multipartidarismo e representação proporcional), cuja combinação, em sua óptica, tendia à desestabilização da governabilidade. Para o autor, o Brasil era “o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o ‘presidencialismo imperial’, organiza o Executivo com base em grandes coalizões” (Abranches, 1988, p. 21).

Esse arcabouço institucional privilegiaria a formação de coalizões com um grande número de partidos e maior diversidade de ideologias, as quais poderiam representar um risco à estabilidade. O autor ressalta que, apesar de as coalizões com vários parceiros conferirem maior grau de liberdade de negociação e de espaço para manobras internas, haveria maior engessamento da atuação governamental, visto que o presidente cujo partido fosse minoritário no Parlamento poderia ficar prisioneiro de compromissos múltiplos, podendo ter sua autoridade contrastada por outras lideranças (Abranches, 1988, p. 26).

A gestão de uma coalizão desse tipo seria uma tarefa árdua. Discordâncias ou ausência de disciplina entre os seus membros colocariam o presidente em dificuldade, tendo que

atuar como mediador de conflitos entre elites políticas na busca por apoio a projetos de seu interesse (Alves; Paiva, 2017, p. 54). Desse modo, o “dilema institucional” era

o nó górdio do presidencialismo de coalizão. É um sistema caracterizado pela instabilidade, de alto risco e cuja sustentação baseia-se, quase exclusivamente, no desempenho corrente do governo e na sua disposição de respeitar estritamente os pontos ideológicos ou programáticos considerados inegociáveis, os quais nem sempre são explícita e coerentemente fixados na fase de formação da coalizão (Abranches, 1988, p. 27).

O pessimismo em relação a essa combinação de elementos institucionais ecoava uma corrente que ganhava proeminência na literatura à época. Ao comparar a transição de diversos países para a democracia depois de terem vivido sob regimes ditatoriais, esse conjunto de autores traçava prognósticos acerca das “melhores” escolhas institucionais para estabelecer democracias estáveis e evitar crises e rompimentos bruscos de regimes, dado que, segundo tais teóricos, os sistemas presidencialistas teriam dificuldades para gerar tais resultados (Couto, 2020, p. 3). Para Linz (1990) e Mainwaring (1990), os sistemas presidencialistas não dispunham de mecanismos satisfatórios para enfrentar crises. Devido aos mandatos apartados do chefe do Poder Executivo e dos representantes do Poder Legislativo, os sistemas presidencialistas não contariam com instrumentos de cooperação entre os Poderes, típicos do parlamentarismo, que ensejam a estabilização democrática das crises, como a convocação de novas eleições, a dissolução do Parlamento, o voto de desconfiança, entre outros.

Além dessa falta de instrumentos para enfrentar crises, havia a questão da legitimidade popular conferida de modo dessemelhante ao Executivo e ao Legislativo. Por serem eleitos em pleitos distintos e por diferentes tipos de eleitorado, os membros desses Poderes tenderiam a relacionar-se de maneira conflitiva, sobretudo em razão de possíveis divergências de agendas (Couto, 2020, p. 4). Assim, um argumento central para esse prognóstico era a dificuldade de os sistemas presidencialistas lidarem com bases parlamentares minoritárias. Essa falta de apoio poderia levar ao imobilismo governamental e, por consequência, a crises que poderiam resultar em grave ameaça ao regime democrático (Braga; Guimarães, 2015, p. 53). Linz (1991, p. 118) assim resume:

a simultânea legitimidade democrática do presidente e do Congresso, a probabilidade de conflitos e falta de mecanismos óbvios para resolvê-los, o caráter de soma zero das eleições presidenciais [...], o efeito potencialmente polarizante, a rigidez de períodos fixos e da regra de não reeleição são elementos que expõem problemas centrais, caracterizados como estruturais e inerentes ao presidencialismo.

Aos problemas inerentes ao sistema de governo, Lamounier (1992) acrescenta elementos dificultadores da gestão de coalizões, como os interesses e as relações de autoridade entre

os entes federados e o sistema eleitoral proporcional de lista aberta, que influenciariam o comportamento dos parlamentares em sua atividade legislativa e gerariam incentivos para atuarem de forma a se destacarem perante seu eleitorado por meio de instrumentos particularistas e clientelistas (emendas orçamentárias, cargos no governo etc.) (Lamounier, 1992, p. 33). Além disso, com a baixa ideologização dos partidos, haveria o incentivo à fragmentação das representações partidárias inerentes ao sistema (Nicolau, 2014) – o que dificultaria a formação de coalizões, dada a necessidade de agregar maior quantidade de membros. Soma-se a isso o fato de o federalismo agregar dimensões regionais à gestão da coalizão e tornar os governadores importantes atores políticos também em nível federal, pois não raro dominam ou exercem influência decisiva sobre suas bancadas no Congresso Nacional – o que acarreta a necessidade de o presidente negociar com o Parlamento em questões que afetem a conformação do federalismo (Power, 2015, p. 19).

Em suma, esse primeiro conjunto de estudos adotava um viés crítico que considerava o desenho institucional um estímulo ao estilo clientelista de fazer política, fundado num compromisso instável entre Executivo e Legislativo. A concentração de poderes nas mãos do presidente, aliada ao aspecto minoritário de seu partido no Legislativo e à necessidade de formação de coalizões com acentuado número de membros, acarretaria, em troca de apoio legislativo, a inevitável prática de oferecimento de cargos públicos e recursos orçamentários (Power, 2015) motivados por interesses individualistas e localizados regionalmente nas bases eleitorais dos parlamentares. A distribuição constitucional de poderes e funções a um Executivo e a um Legislativo autonomamente eleitos também aumentaria sobremaneira o número de *veto-players* e prejudicaria o sucesso da governabilidade (Ames, 2003). A combinação desses elementos com a falta de mecanismos institucionais capazes de arbitrar os conflitos decorrentes desse sistema representaria um enorme e latente risco à sobrevivência da democracia.

Todavia, estudiosos da dinâmica institucional constataram que essa concepção pessimista não se concretizou no decorrer dos governos formados após a Redemocratização do País. Conforme resume Power (2015, p. 21),

[e]m meados de 1990, o Brasil era amplamente percebido como um caso problemático de presidencialismo multipartidário. Em parte, certamente, devido à subperformance, objetivamente constatável, do novo regime democrático, especialmente no período de 1987 a 1993, que combinou baixo crescimento, hiperinflação e presidentes impopulares. A situação mudou dramaticamente com o Plano Real, em 1994, que acabou com a hiperinflação, particularmente a partir da posse de Fernando Henrique Cardoso na presidência, em 1995. [...] Não é de surpreender, portanto, que cerca de um ano ou dois após a posse de Cardoso, começassem a aparecer algumas análises revisionistas sobre as instituições brasileiras.

Os novos estudos surgidos nesse período enfatizaram aspectos institucionais distintos dos abordados pela geração anterior de estudiosos. Ao adotar um panorama mais próximo de estudos empíricos e com ênfase numa metodologia quantitativa, essa onda revisionista alterou o foco de análise das macroinstituições para o funcionamento do processo decisório e para a valorização de aspectos procedimentais, como os poderes de agenda do presidente da República, o processo legislativo federal e a dinâmica interna de funcionamento do Poder Legislativo. O cerne das análises, por conseguinte, centrava-se no poder decisório do governo na condução de suas políticas, no grau de concentração ou dispersão desse processo, considerando regras formais e informais da dinâmica política e a efetiva capacidade de tomada e consolidação dessas decisões (Palermo, 2000).

Desse modo, o sucesso do governo num sistema multipartidário estaria ligado a distintas variáveis, como os critérios para recrutamento de ministros, a forma de exercício dos poderes normativos conferidos institucionalmente ao chefe do Poder Executivo e o modo de formação da agenda do Parlamento (Amorim Neto, 2003). Assim, se, por um lado, a CRFB manteve vários desses pontos de dispersão de poder, por outro, a ampliação das prerrogativas do Poder Executivo modificou sua forma de interação com o Congresso, transferiu-lhe parcela significativa do poder de formação de agenda e conferiu ao presidente maior capacidade negocial (Couto, 2020, p. 7). Figueiredo e Limongi (1994) foram os pioneiros na identificação dos efeitos desses novos mecanismos constitucionais na governabilidade.

Dentro da “caixa de ferramentas” de governabilidade destacam-se de início as relacionadas ao processo legislativo. A CRFB conferiu exclusividade de iniciativa ao Poder Executivo para propor projetos de lei que abrangem uma série de matérias relevantes. Deu-lhe também a possibilidade de requisitar urgência na sua tramitação, cujo regime tem o poder de obstruir a pauta das Casas legislativas. Junta-se a isso o instrumento normativo mais relevante: a possibilidade de editar medida provisória (MP), espécie normativa cuja vigência imediata altera o *status quo* jurídico e pode trancar a pauta dos plenários da Câmara e do Senado a partir do 45º dia da edição.

Em relação à organização interna, esses autores destacam a relevância dos órgãos fracionários das Casas legislativas, sobretudo suas mesas diretoras e o colégio de líderes da Câmara dos Deputados. A concentração de decisões nas mãos dos líderes partidários pelas normas contidas nos regimentos internos teria o potencial de reduzir os atores congressuais a um pequeno número de parlamentares (Power, 2015, p. 22-23). Contestando as teses defendidas pela geração anterior, esses autores consideram que as regras que centralizam a negociação e a condução dos trabalhos legislativos nos presidentes da República e nos líderes de cada Casa constituiriam antídotos à fragmentação partidária estimulada pelo comportamento individualista resultante de um sistema proporcional de lista aberta (Couto, 2020). Os autores concluem pela relevância dos partidos políticos, os quais seriam os atores centrais de negociação com o presidente e demonstrariam também o elevado grau de fidelidade partidária nas votações dos projetos defendidos pelo Executivo nos plenários das casas.

Essa disciplina, aliada à capacidade de o Executivo pautar matérias de seu interesse, teria resultado no grande sucesso da agenda governamental.

Como razão para esse sucesso, outros autores enfatizam distintos instrumentos disponíveis na “caixa de ferramentas”. Além de aspectos relacionados à formação da coalizão, ao recrutamento de ministros de diferentes partidos e à distribuição de cargos na Administração Pública, Pereira e Mueller (2004) atêm-se à questão orçamentária. Mediante a liberação de emendas aos parlamentares para suas bases eleitorais, o presidente atende a pleitos de deputados e senadores ao mesmo tempo que reforça sua adesão à coalizão governamental, pois haveria grande desvantagem eleitoral ao não proceder assim.

Como decorrência desses mecanismos à disposição do Executivo federal, Limongi (2006) aponta o alto grau de governabilidade com a exposição de taxas de sucesso – proporção do número das proposições legislativas de iniciativa do Poder Executivo aprovadas pelos plenários dividido pelo número total de propostas por ele enviadas – e de taxas de dominância sobre a produção legal – divisão das leis cuja iniciativa foi do Executivo pelo total de leis aprovadas em certo período. Segundo o autor, até março de 2006 a taxa de sucesso do Executivo para o período posterior à promulgação da CRFB era de 70,7%, ao passo que a taxa de dominância na produção legislativa era de 85,6% (Limongi, 2006, p. 22-24). Nas palavras do autor, “para todos os efeitos, a Constituição confere ao presidente o monopólio sobre iniciativa legislativa” (Limongi, 2006, p. 41):

O governo controla a produção legislativa e esse controle é resultado da interação entre poder de agenda e apoio da maioria. Maioria reunida por uma coalizão partidária pura e simples. Nada muito diverso do que se passa nos governos parlamentaristas. Ou seja, não há bases para tratar o sistema político brasileiro como singular. Muito menos, para dizer que estaríamos diante de uma democracia com sérios problemas, ameaçada por alguma síndrome ou patologia causada quer pela separação de poderes, quer pela fragilidade de seus partidos (Limongi, 2006, p. 25).

Em suma, segundo essa corrente, o arcabouço institucional contém instrumentos que propiciam plena governabilidade. Ou seja, a CRFB teria conferido ao presidente da República ferramental suficiente para formar e gerir coalizões, mesmo quando seu partido for minoritário no Parlamento, e os incentivos formais e informais gerados pelo processo decisório estimulariam a disciplina partidária.

Entretanto, mesmo pelo prisma do relativo sucesso do presidencialismo de coalizão, não se pode dizer que o modelo é imune a críticas, tanto na academia quanto na própria arena social e política. Nesta última ficou célebre a expressão “presidencialismo de cooptação” (Cardoso, 2018), utilizada pelo ex-presidente da República Fernando Henrique Cardoso, justamente para referir-se a práticas clientelistas a que, segundo ele, o Executivo tem de recorrer para formar e gerir sua coalizão não necessariamente formada durante o período eleitoral, mas já no exercício da presidência. Nesse mesmo sentido, em obra mais recente,

Abranches (2018, p. 372) mantém a crítica ao presidencialismo de coalizão, pois seria um “toma-lá-dá-cá” que transforma “o Congresso em poder pedinte e o Executivo em poder concedente”.

Com o propósito de contribuir para o debate, deve-se analisar o desempenho do Poder Executivo na formulação da agenda legislativa desde a promulgação da CRFB para dialogar com os trabalhos citados em que se constatou a dominância do Executivo nesse processo, pois há indícios de que, de lá para cá, foram alteradas diversas bases em que se desenvolvia a gestão da coalizão legislativa. Desse modo, é possível que o “monopólio” legislativo imposto pelo presidente ou o caráter “pedinte” do Congresso Nacional não possam ser mais descritos como no passado.

3 A efetividade do poder de agenda do Poder Executivo

Apesar da perspectiva pouco alvissareira do início da década de 1990, a agenda legislativa do Executivo não encontrou maiores obstáculos para a sua aprovação no Congresso até, pelo menos, a metade da segunda década dos anos 2000 (Limongi; Figueiredo, 2009). Após esse período, o País passou por profundas crises políticas – que levaram ao *impeachment* de uma presidente da República – e econômicas – com a retração do PIB de 7% nos anos de 2015 e 2016 –, as quais testaram a resiliência do aparato institucional.

Essas crises associaram-se a mudanças formais, que reduziram a capacidade constitucional do chefe do Poder Executivo de promover sua agenda legislativa, com destaque para: i) as referentes ao regramento constitucional da tramitação das MPs e decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que reduziram o escopo do sobrestamento da pauta dessas proposições sobre as demais deliberações do Congresso Nacional; ii) o novo entendimento do STF sobre as regras constitucionais de apreciação de vetos; e iii) mudanças constitucionais sobre normas orçamentárias, que reduziram a margem de discricionariedade da execução orçamentária à disposição do presidente. Isso leva a um quadro de desidratação dos poderes normativos de sua agenda, conforme se examina com maior profundidade a seguir (Vieira, 2017, p. 125-129).

O novo regramento constitucional de MPs, introduzido pela Emenda Constitucional (EC) nº 32, de 2001, estabeleceu um rol de matérias não suscetíveis de regulação por essa espécie normativa, bem como extinguiu o poder de sua reedição ilimitada; fixou seu período de vigência a no máximo cento e vinte dias e condicionou sua eficácia, após esse período, à aprovação da medida pelo Congresso Nacional. Por outro lado, a EC conferiu o poder de trancamento das pautas das Casas Legislativas caso a medida provisória não tivesse sido aprovada até o 45º dia de sua vigência.

Todavia, em relação a esse último aspecto, em 2009, o então presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, mitigou esse “poder de trancamento de agenda” por meio de resposta à Questão de Ordem nº 411, entendimento que posteriormente foi cancelado

pelo STF em 2020, no Mandado de Segurança nº 27.931 (Brasil, 2017). A partir de então, as MPs passariam a obstar somente a deliberação de projetos de lei ordinária que veiculassem matérias passíveis de serem reguladas por essa espécie de norma, o que abriu o caminho da ordem do dia dos plenários para o “destrancamento” de várias outras proposições, como projetos de lei complementar, propostas de emenda à Constituição, projetos de resolução etc. Além disso, em 2012, com a decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029 (Brasil, 2012a), que obrigou a necessária tramitação das MPs por uma comissão formada por deputados e senadores, nos termos do art. 62, § 9º, da CRFB (Brasil, [2023]), incluiu-se uma etapa em sua tramitação e, por conseguinte, um novo degrau na dinâmica de negociação para o Executivo (Bedritichuk; Araújo, 2019).

Após o julgamento da Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 31.816 (Brasil, 2012b) pelo STF, o Congresso Nacional adotou novo rito de apreciação de vetos introduzido pela Resolução do Congresso Nacional nº 1, de 2013. Estabeleceu-se que o termo inicial para a contagem do prazo de 30 dias previsto no art. 66, § 4º, da CRFB, é a data do protocolo do veto no Senado Federal. Com isso, todos os vetos presidenciais posteriores a essa data passaram a obrigatoriamente trancar a pauta das sessões conjuntas. Isso adicionou um fator institucional relevante para a gestão da coalizão, visto que até então a prática congressual era a de não deliberar sobre esses vetos, relegando-os a um “limbo legislativo” ao mesmo tempo em que se preservava a vontade normativa do presidente da República (Guimarães; Perlin; Maia, 2019).

Por fim, como se não fosse suficiente a corrosão dos mecanismos formais de agenda do Poder Executivo, por meio de inovações no ordenamento jurídico nos últimos anos – como as ECs nºs 86/2015, 100/2019 e 126/2022 – ampliaram-se as hipóteses de execução de recursos orçamentários sob a forma de emendas individuais, de bancada estadual, de comissões ou de relator da lei orçamentária anual, de modo que o Poder Executivo não mais detém discricionariedade a respeito da execução das despesas, o que esvazia substantivamente um dos mais efetivos mecanismos da gestão de coalizões pelo Poder Executivo.

Essas são algumas, mas não as únicas, mudanças em regras institucionais de interação entre os Poderes que possivelmente acarretaram relevante impacto na formação e na manutenção do poder de agenda do presidente da República. Para avaliar os efeitos práticos desse quadro, procedeu-se à análise da taxa de dominância e da taxa de sucesso do Poder Executivo entre 5/10/1988 (início da vigência da CRFB) e 31/12/2022 (encerramento de mandato presidencial). As informações foram extraídas dos sites públicos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e da Presidência da República⁷. Foram avaliadas somente as leis ordinárias e as leis complementares, bem como as proposições que lhes deram origem. Outros atos legislativos, como ECs, decretos legislativos e resoluções não foram contabilizados.

Antes de tudo, porém, salientem-se duas considerações metodológicas.

⁷ As tabelas de classificação podem ser encontradas em Pinheiro, Falconi e Vieira (2024).

Em primeiro lugar – com relação às leis ordinárias e às complementares promulgadas no período –, seguiu-se a classificação *leis gerais* proposta por Pinheiro (2024, p. 186), excluindo-se as leis meramente honoríficas (como as que designam nomes de bens públicos, datas comemorativas ou nomes de personalidades nos livros de homenagens) e as leis estritamente orçamentárias. As leis honoríficas apresentam uma dinâmica política de polarização e embate muito menor do que as demais proposições, uma vez que não tratam do estabelecimento de normas jurídicas que disciplinam as atividades do Estado ou a conduta dos particulares; tampouco disciplinam diretamente a alocação de recursos para políticas públicas e outras atividades estatais. Isso, contudo, não significa que sejam irrelevantes ou secundárias dadas as suas importantes funções simbólicas e comunicacionais, além de possíveis repercussões sociais e econômicas. A questão é que elas tendem a distorcer os números, pois são apresentadas quase em sua totalidade por parlamentares e não espelham a disputa pela agenda política mais premente e sensível entre Executivo e Legislativo – razões pelas quais foram excluídas da análise das taxas.

Por sua vez, além de serem submetidas a regras constitucionais claramente diferenciadas em relação ao processo legislativo em geral, as leis orçamentárias apresentam dinâmica política própria que tende a distorcer os dados em favor do Executivo e não espelhar a disputa real da agenda política, já que o Executivo é o Poder que detém a iniciativa legislativa exclusiva para sua propositura. Trata-se, na maioria dos casos, de leis de efeitos concretos que abrem créditos orçamentários para órgãos e entidades do Poder Público, e não diretamente da criação, ampliação ou modificação de políticas públicas, direitos e deveres do Estado e indivíduos. A Tabela 1 apresenta o universo das leis ordinárias e complementares do período.

Tabela 1 – Universo de leis ordinárias e complementares classificadas por tipo

| Tipo | Quantidade | % |
|---------------|------------|--------|
| Generais | 3.725 | 53,40 |
| Orçamentárias | 2.577 | 36,94 |
| Honoríficas | 674 | 9,66 |
| Total | 6.976 | 100,00 |

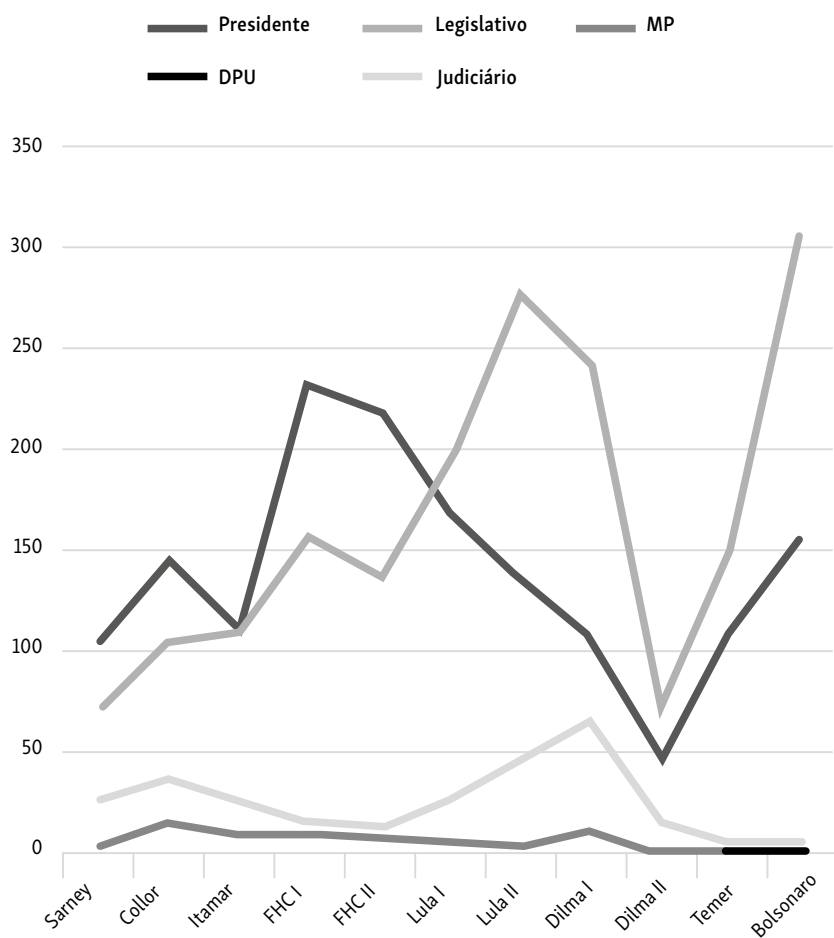
Fonte: elaborada pelos autores.

3.1 A taxa de dominância da agenda do presidente da República no Congresso Nacional

Ressalte-se de início que a taxa de dominância é calculada como o coeficiente entre o número de atos legislativos oriundos de proposições da Presidência da República e o número total de atos legislativos promulgados em determinado período.

Diversas variáveis podem impactar a produção legislativa: ocorrências cíclicas, como: i) períodos eleitorais, quando a atividade legislativa é menos intensa em virtude das campanhas; ii) eventos extraordinários, como processos de *impeachment*, quando a taxa de dominância cai de forma acentuada; e iii) a recente pandemia, que demandou a utilização de um processo legislativo extraordinário com evidente impacto sobre a produção normativa. Com o fim de minimizar seus impactos, agruparam-se os dados por legislatura e apresentaram-se apenas as médias de taxa de dominância do Poder Executivo a cada período de quatro anos, pois em todos esses intervalos houve circunstâncias ordinárias e extraordinárias que afetaram, de uma forma ou de outra, a produção legislativa. A respeito, vejam-se os dados do Gráfico 1 e da Tabela 2.

Gráfico 1 - Quantidade de leis ordinárias e complementares conforme o órgão de iniciativa



Fonte: elaborado pelos autores.

Tabela 2 – Taxa de dominância do Poder Executivo na produção legislativa por governo

| Governo | Presidente | Legislativo | Outros |
|-----------|------------|-------------|--------|
| Sarney | 50,97% | 34,47% | 14,56% |
| Collor | 48,01% | 34,77% | 17,22% |
| Itamar | 43,58% | 42,80% | 13,62% |
| FHC I | 56,28% | 37,92% | 5,80% |
| FHC II | 58,24% | 36,70% | 5,05% |
| Lula I | 42,57% | 49,62% | 7,81% |
| Lula II | 29,34% | 59,74% | 10,92% |
| Dilma I | 25,18% | 57,18% | 17,65% |
| Dilma II | 34,07% | 54,07% | 11,85% |
| Temer | 40,29% | 56,41% | 3,30% |
| Bolsonaro | 32,98% | 64,90% | 2,11% |
| Total | 41,32% | 49,23% | 9,45% |

Fonte: elaborada pelos autores.

Em vista desses parâmetros, na legislatura compreendida entre 1990 e 1994, que abarcou os governos de Fernando Collor e Itamar Franco, a taxa média de dominância do Executivo ficou por volta de 45%, mesmo com a dura crise econômica do período e com o primeiro processo de *impeachment* desde a Redemocratização. O fato de a média ter-se mantido próxima de 50%, mesmo em circunstâncias tão adversas, permite inferir que o quadro normativo era favorável à gestão da agenda pelo Poder Executivo, o que vem mudando ao longo do tempo.

Em relação aos dois mandatos de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), a média ficou entre 55% e 60%, as melhores taxas alcançadas por um presidente da República após 1988. Por sua vez, no primeiro mandato de Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2006), a média reduziu-se, correspondendo a 42,57% das proposições aprovadas. No período correspondente ao seu segundo mandato (2007-2010), a taxa caiu significativamente para 29,34%. Essa tendência se manteve e, no primeiro mandato de Dilma Rousseff (2011-2014), a média foi de apenas 25,18%; e, a partir de então, ela permaneceu em valores que oscilaram entre 30 e 40%. Chama a atenção o crescimento da participação das leis de iniciativa parlamentar no cômputo das leis promulgadas. Pelo menos desde o segundo governo de Luiz Inácio Lula da Silva, a maioria das leis gerais editadas no período teve origem parlamentar, alcançando a marca de 64,90% entre 2019 e 2022.

Em síntese, avaliando-se esse quadro geral, percebe-se que a taxa de dominância seguiu em níveis mais altos até o segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso; a partir de então, entrou em declínio consistente e firmou-se em níveis abaixo de 50%. Além das peculiaridades e sobressaltos de cada legislatura nos âmbitos políticos, econômicos e sociais, a persistência desses patamares parece sugerir que fatores normativo-estruturais levaram à queda da taxa de dominância. A despeito de possíveis divergências metodológicas relacionadas ao cômputo do total de leis ou do critério utilizado para classificá-las, esses achados estão em linha com os encontrados em outras pesquisas.

Em trabalho sobre a produção de leis ordinárias que instituíram ou modificaram significativamente políticas públicas no período de 2007 a 2012, Paula (2016, p. 175) constatou que cerca de metade dessas leis foi iniciada pelo Poder Executivo e a outra metade pelo Legislativo. Pinheiro (2024, p. 224), ao examinar as *leis gerais* (leis ordinárias que não tratavam de efemérides ou matérias exclusivamente orçamentárias) promulgadas entre 2015 e 2019, aponta que cerca de apenas 40% foram de iniciativa do Poder Executivo. Por sua vez, Santos, Canello e Barbosa (2021, p. 59), ao analisarem os impactos da pandemia no processo legislativo, afirmam que, na Câmara dos Deputados, Jair Bolsonaro recebeu mais apoio que Dilma Rousseff, mas ficou abaixo de Luiz Inácio Lula da Silva e de Michel Temer, em percentuais que revelam proximidade com a taxa de dominância anteriormente descrita. Em relação à tendência de queda da taxa de dominância a partir de 2006, os achados de Tauk (2019, p. 205) orientam-se no mesmo sentido dos estudos mencionados:

do total de leis aprovadas pelo Congresso Nacional de 1989 a 2004, 60% originavam-se na Presidência da República. A partir de 2005, inicia-se uma queda gradual e, de 2008 em diante, o percentual fica em torno de 30%, acompanhado de um aumento da quantidade de leis de iniciativa parlamentar.

Conquanto haja certo consenso em relação à queda da taxa de dominância do Poder Executivo, não é uníssona a percepção dos cientistas políticos a respeito de quem passou a ser o ator responsável pela formulação da agenda. De um lado, Almeida (2018, p. 190-191), após detida análise das taxas de dominância, sustenta terem sido os parlamentares os delegantes de suas atribuições legislativas até meados dos anos 2000, os quais, após esse período, teriam voltado a ter estímulos para reassumir o protagonismo no poder de agenda, o que deve ser entendido como uma efetiva descentralização do controle sobre a produção legislativa.

De modo similar, Meireles (2019, p. 71) concluiu que, apesar de o presidente dispor de diversos meios para influir na forma com que seu governo distribui bens públicos para gerir suas coalizões, isso não significa que ele necessariamente os utilize; pelo contrário, “quando incentivos legislativos os pressionam, presidentes podem dividir a decisão de onde investir recursos com outros partidos por meio da nomeação de ministros”. Como resultado, há distribuição da agenda legislativa entre os ministérios e, por consequência, do próprio poder de agenda (Meireles, 2019, p. 71). Tais argumentos levam Santos (2021, p. 22) a constatar que “já há algum tempo o Congresso Nacional vem tornando-se o principal legislador no Brasil”.

Do outro lado, há quem entenda que, mesmo diante de tais números, as propostas de iniciativa parlamentar transformadas em lei dizem respeito a proposições de menor impacto (Tauk, 2019, p. 207) e que permanece inalterado o quadro em que o Poder Executivo usa mecanismos formais e informais para seguir com grande influência na agenda legislativa. Tauk (2019, p. 211) aponta essa possibilidade:

Os dados estatísticos de 2007 a 2014 demonstram que a agenda legislativa ficou um pouco mais descentralizada. Foi observado um aumento nas atividades das comissões no período em que a iniciativa presidencial foi menor. No entanto, embora nas legislaturas mais recentes a participação do Legislativo na produção legal tenha sido estatisticamente maior, não se pode concluir que tenha havido adequado equilíbrio entre as funções dos Poderes Executivo e Legislativo, nem que tenha sido passado a este o controle da agenda legislativa. O regime presidencialista adotado no Brasil, por meio de técnicas utilizadas pelo presidente da República para garantir a governabilidade, encontra mecanismos para a predominância do Executivo na produção legal. O presidente precisa, necessariamente, valer-se de técnicas informais para manter a estabilidade política, criando um ambiente institucional que dificulta que o Congresso exerça protagonismo na elaboração de leis. Em razão dos problemas estruturais do presidencialismo no País, não existe adequado equilíbrio entre o Executivo e o Legislativo na participação no processo decisório nacional, nem se criam condições para o diálogo institucional formal.

Também nesse sentido, Limongi e Figueiredo (2009, p. 79) afirmam que, quando se fala em agenda do Poder Executivo, não se está tratando necessariamente da agenda do presidente da República, dado que este, como defende Almeida (2018), em muitos casos formula a sua agenda no interior da coalizão de governo, juntamente com os partidos que a integram, e apenas posteriormente a encaminha ao Executivo. Nesse sentido, Silva (2018, p. 14) já identificou que em diversas situações o Poder Executivo se “apropria da agenda legislativa” para apresentar projetos de lei e outras proposições com base em propostas já formuladas no Poder Legislativo.

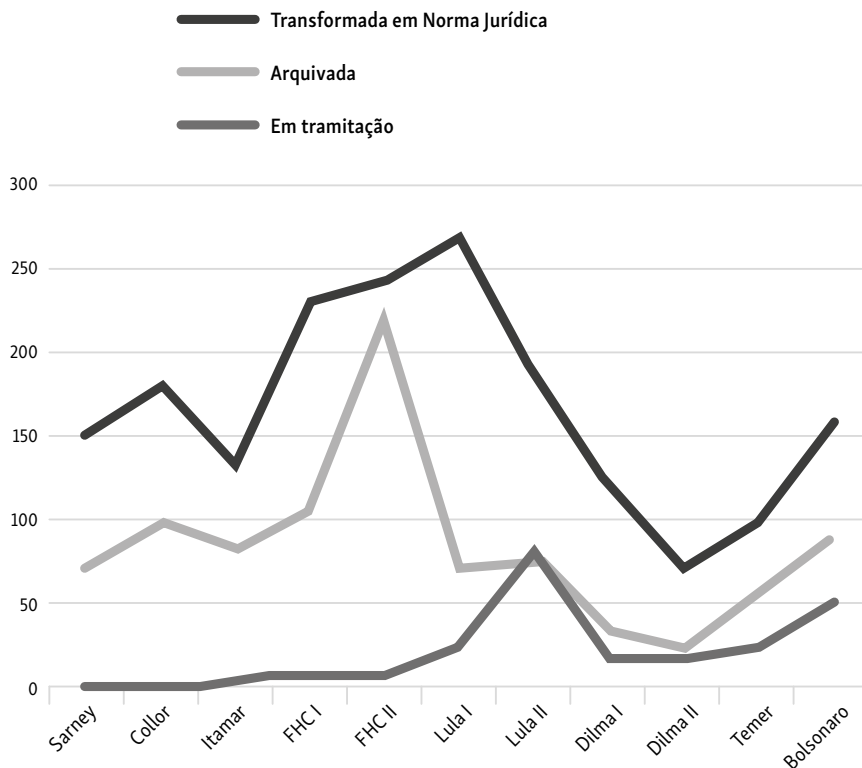
Diante desses dados, um possível cenário a ser investigado diria respeito à concentração de esforços políticos do presidente em proposições legislativas de sua autoria que considere mais relevantes. Uma hipótese seria que, mesmo participando em patamares menores do total de leis promulgadas, o Poder Executivo seleciona as proposições que considera mais relevantes para ter maiores chances de êxito em sua aprovação. Em outras palavras, cabe investigar se a taxa de sucesso das proposições do presidente da República se manteve em patamares elevados ou se também apresenta declínio.

3.2 A taxa de sucesso da agenda do presidente da República no Congresso Nacional

Como se viu, a taxa de sucesso das iniciativas legislativas do presidente define-se como o quociente entre o número de proposições legislativas de sua autoria transformadas em

lei e o total de proposições legislativas de sua autoria⁸. A respeito disso, vejam-se os dados compilados no Gráfico 2 e na Tabela 3.

Gráfico 2 – Quantidade de proposições de iniciativa do presidente da República por resultado



Fonte: elaborado pelos autores.

Tabela 3 – Taxa de sucesso do Poder Executivo na produção legislativa por governo

| Governo | Transformada em Norma Jurídica | Arquivada | Em Tramitação |
|---------|--------------------------------|-----------|---------------|
| Sarney | 66,81% | 32,74% | 0,44% |
| Collor | 64,87% | 34,77% | 0,36% |
| Itamar | 61,01% | 37,61% | 1,38% |
| FHC I | 67,94% | 30,59% | 1,47% |
| FHC II | 51,80% | 46,28% | 1,91% |

⁸ Há alternativas mais exigentes para se calcular a taxa de sucesso, como a que considera bem-sucedidas apenas as iniciadas e aprovadas no mesmo mandato presidencial ou somente na Câmara Baixa. Neste artigo, utiliza-se a versão mais flexível, que computa como bem-sucedidas matérias que tenham sido aprovadas ainda que em mandatos posteriores. Ver Figueiredo e Limongi (1999, p. 102).

| Governo | Transformada em Norma Jurídica | Arquivada | Em Tramitação |
|-----------|--------------------------------|-----------|---------------|
| Lula I | 74,79% | 18,84% | 6,37% |
| Lula II | 54,49% | 22,03% | 23,48% |
| Dilma I | 70,45% | 18,75% | 10,80% |
| Dilma II | 64,35% | 21,74% | 13,91% |
| Temer | 54,24% | 32,20% | 13,56% |
| Bolsonaro | 53,04% | 29,05% | 17,91% |
| Total | 61,55% | 30,63% | 7,82% |

Fonte: elaborada pelos autores.

Os dados demonstram que a média total de 1988 a 2022 da taxa de sucesso das iniciativas legislativas do presidente foi de 61,55%. Ela superou o patamar dos 70% somente em relação aos governos Lula I e Dilma I, e foi inferior a 55% nos governos FHC II, Temer e Bolsonaro. Esses dados já indicam a possibilidade de se reavaliarem afirmações de que houve períodos em que as taxas de sucesso do presidente superaram os 80%, visto que “o sucesso do Executivo para o período pós-promulgação da Constituição de 1988 [até março de 2006] é de 70,7%” (Limongi, 2006, p. 23). Contudo, dados do Observatório do Legislativo Brasileiro (2022) revelam que, em 1993, 1994, 2001, 2003 e 2006, o Executivo apresentou taxas de sucesso superiores a 80%.

Neste estudo, que não considera leis estritamente orçamentárias e honoríficas, contabilizou-se como sucesso apenas a transformação efetiva da proposição em lei, mesmo que em mandato posterior ao de sua propositura. Logo, não se computou como sucesso a aprovação de uma matéria apenas na Câmara dos Deputados, sem que ela também tenha sido aprovada no Senado Federal e posteriormente promulgada como lei.

De qualquer modo, em todo o período avaliado, em nenhum governo a taxa de sucesso de um presidente da República foi inferior a 50%, o que reforça o argumento de que, a partir do arcabouço institucional da CRFB, o presidencialismo de coalizão efetivamente dispõe de ferramentas que permitem ao Poder Executivo promover suas pautas legislativas e, geralmente, aprová-las.

Mesmo no caso do governo de Jair Bolsonaro, que apresentou a segunda taxa de sucesso mais baixa do período, aprovou-se mais da metade dos projetos apresentados pelo Executivo em patamares próximos aos de outros governos mais recentes. Esse fato vai de encontro à percepção de que, nesse quesito, o presidente teria sido malsucedido em relação aos que o antecederam (Abranches, 2021, p. 73).

Mais recentemente, o próprio significado político da taxa de sucesso foi colocado em questão. Nobre (2022) propõe uma reinterpretação do sucesso legislativo do presidente da República. Segundo o autor, no caso do governo de Jair Bolsonaro, teria surgido uma nova concepção de prioridade legislativa da Presidência da República, de modo que “derrotas de propostas do governo no Congresso servem de combustível à própria tática antissistema de Bolsonaro” (Nobre, 2022, p. 193). Assim, somente se poderia compreender como “derrota” a rejeição de proposições de iniciativa do Executivo que digam respeito aos temas mais

específicos da agenda de reeleição do presidente da República, e não simplesmente aos frutos de sua iniciativa.

Independentemente de sua correção, essa proposta e seu potencial explicativo em relação a governos posteriores não invalidam o argumento aqui apresentado. Não se trata de explicar o maior ou menor sucesso legislativo do Poder Executivo à luz das intenções do presidente da República, mas de compreender a modificação desse fenômeno como reestruturação do exercício do poder político na democracia brasileira, por meio do qual o Poder Legislativo adquire maior protagonismo de agenda e maior definição do conteúdo das “leis gerais”.

4 Considerações finais

Mais de 30 anos após a promulgação da Constituição de 1988, o funcionamento do sistema presidencialista mantém-se como fenômeno relevante a ser explorado. Com a difusão da expressão *presidencialismo de coalizão*, ampliou-se o conjunto de elementos a que ela pode fazer referência: a um modelo de governabilidade, a um arranjo institucional, a práticas da dinâmica política. Fato é que o presidencialismo de coalizão é “uma resposta matemática ao problema de um presidencialismo com minoria permanente [...], sendo uma forma de reunir maiorias legislativas” (Power, 2015, p. 30).

Apesar das divergências entre correntes mais pessimistas e mais otimistas, a maioria dos trabalhos que analisa o sistema político brasileiro reconhece o presidencialismo de coalizão como uma espécie de “modelo-mestre”, um paradigma sobre o qual as pesquisas se assentam. Todavia, conforme ressalta Power (2015), as perspectivas de cada corrente não são necessariamente antagônicas, visto que muitas premissas adotadas por essas teorias podem ser compatibilizadas no modelo, dada a dinamicidade da evolução dos sistemas políticos. Nas palavras desse autor,

[a] lista aberta com representação proporcional realmente causa o multipartidarismo extremo; o presidencialismo multipartidário permanente gera problemas graves para a ação coletiva; esses problemas para a ação coletiva são tratados pelo Executivo por meio do impressionante poder de agenda e, do lado do Legislativo, por regras de centralização; os presidentes precisam agir como primeiros-ministros em sistemas parlamentaristas multipartidários, cultivando o apoio de outros partidos ao compartilhar o poder com eles; os presidentes enfrentam muitos dos mesmos riscos que os primeiros-ministros, encarando ameaças e chantagens e os altos custos de manter os parceiros da coalizão satisfeitos; e na medida em que os presidentes podem neutralizar alguns desses riscos, eles podem alcançar sucesso legislativo empregando algumas ou todas de suas ferramentas de governo (Power, 2015, p. 35).

Com foco num dos instrumentos disponíveis ao presidente para a formação e a gestão de suas coalizões – o denominado *poder de agenda* –, este trabalho verificou que a taxa de dominância e a taxa de sucesso têm mudado ao longo dos anos: por um lado, observa-se a tendência de redução da participação do Poder Executivo no conjunto do total de normas promulgadas e uma ligeira diminuição da aprovação de suas iniciativas; por outro, o consequente crescimento da participação de ambas as Casas do Congresso Nacional.

Essas transformações podem relacionar-se tanto a fatores institucionais quanto a fatores mais subjetivos, como a evolução da dinâmica e da cultura política do País. Como visto, há discordância entre autores quanto a considerar que essas transformações representem um “enfraquecimento” do modelo de governabilidade seguido até agora.

O debate acerca da efetividade do poder do Executivo e da posição do Legislativo como formuladores da agenda legislativa está longe de uma conclusão. A diminuição da taxa de dominância não pode ser tomada isoladamente como critério para se afirmar de modo categórico a mudança do foco da formulação da agenda legislativa. A análise do tema perpassa o modelo jurídico institucional – desde normas constitucionais até os regimentos internos e as praxes legislativas –, o impacto político-jurídico dos atos legislativos editados, bem como fatores endógenos, como o desempenho da economia e até a popularidade do presidente. Esses elementos constituem importantes mecanismos de incentivo à cooperação parlamentar e podem dificultar a análise empírica de determinada realidade (Przeworski, 2004, p. 532).

De toda sorte, com base no critério das “leis gerais”, não parece correto afirmar que, na prática, o Poder Executivo teve, em algum momento posterior à promulgação da CRFB, o “monopólio” da produção legislativa, nem que o Poder Legislativo seria um ator secundário, um “pedinte”, que não promoveria pautas próprias capazes de se transformarem em normas jurídicas. De modo diverso, houve forte crescimento da produção legislativa oriunda de proposições de iniciativa parlamentar, uma relativa resistência a proposições de iniciativa do Executivo, e a redução relativa das taxas de sucesso das matérias de iniciativa da Presidência da República, sobretudo nos anos mais recentes.

A compreensão dessa realidade, para a qual o presente trabalho pretendeu contribuir, sem dúvida demanda o aprofundamento de pesquisas e análises acadêmicas.

Referências

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão em transe e crise democrática no Brasil. *Revista Euro Latinoamericana de Análisis Social y Político*: RELASP, San Juan, AR, v. 2, n. 3, p. 67-79, jun./nov. 2021. Disponível em: <http://www.ojs.unsj.edu.ar/index.php/relasp/article/view/681>. Acesso em: 28 fev. 2024.

_____. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados - Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-33, 1988. Disponível em: <http://dados.iesp.uerj.br/es/artigos/?id=348>. Acesso em: 28 fev. 2024.

- _____. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- ALMEIDA, Acir. *Governo presidencial condicionado: delegação e participação legislativa na Câmara dos Deputados*. 2018. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/12377>. Acesso em: 28 fev. 2024.
- ALVES, Vinícius Silva; PAIVA, Denise. Presidencialismo de coalizão no Brasil: mapeamento do debate e apontamentos para uma nova agenda de pesquisa. *Revista de Estudos Brasileños*, Salamanca, ES, v. 4, n. 6, p. 50-63, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/2386-4540/article/view/reb2017465063>. Acesso em: 28 fev. 2024.
- AMES, Barry. *Os entraves da democracia no Brasil*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2003.
- AMORIM NETO, Octávio. Presidencialismo de coalizão revisitado: novos dilemas, velhos problemas. In: TAVARES, José Antônio Giusti (org.). *O sistema partidário na consolidação da democracia brasileira*. Brasília, DF: Instituto Teotônio Vilela, 2003. p. 83-100. (Coleção Brasil 2010, 3).
- BEDRITCHUK, Rodrigo Ribeiro; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. Fortalecimento das comissões mistas: poder de barganha e desgaste na coalizão a partir de 2012. In: PERLIN, Giovana dal Bianco; SANTOS, Manoel Leonardo (org.). *Presidencialismo de coalizão em movimento*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2019. p. 61-87. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/38299>. Acesso em: 28 fev. 2024.
- BRAGA, Ricardo de João; GUIMARÃES, André Rehbein Sathler. Um dilema em perspectiva: leituras e releituras do presidencialismo de coalizão. In: GUIMARÃES, André Rehbein Sathler; BRAGA, Ricardo de João (org.). *Legislativo pós-1988: reflexões e perspectivas*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015. p. 47-83. (Relatos de Pesquisa, n. 4). Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/22179>. Acesso em: 28 fev. 2024.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 fev. 2024.
- _____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei federal nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do Ibama. Entidade de classe de âmbito nacional [...]. Requerente: Associação Nacional dos Servidores do Ibama – Asibama Nacional. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 8 de março de 2012a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>. Acesso em: 28 fev. 2024.
- _____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança nº 27.931/DF*. Mandado de segurança preventivo – Impugnação deduzida contra deliberação emanada do senhor presidente da Câmara dos Deputados que, resolvendo questão de ordem, definiu o conteúdo e o alcance da expressão “deliberações legislativas” inscrita no § 6º do art. 62 da Constituição da República [...]. Impetrantes: Carlos Fernando Coruja Agostini; Ronaldo Ramos Caiado; José Aníbal Peres de Pontes; Presidente da República. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Celso de Mello, 29 de junho de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753202986>. Acesso em: 28 fev. 2024.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 31.816/DF*. Direito constitucional. Devido processo legislativo. Controle judicial. Cabimento. Legitimidade ativa *ad causam* exclusiva do parlamentar em exercício. Mandado de segurança conhecido [...]. Impetrante: Alessandro Lucciola Molon. Impetrados: Congresso Nacional; Presidente do Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 17 de dezembro de 2012b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=117029164&ext=.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2024.
- CARDOSO, Fernando Henrique. *Crise e reinvenção da política no Brasil*. Com Miguel Darcy de Oliveira e Sergio Fausto. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

COUTO, Eduardo Araujo. O presidencialismo de coalizão revisitado. *BIB – Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, São Paulo, n. 92, p. 1-29, 2020. Disponível em: <https://bibanpocs.emnuvens.com.br/revista/article/view/502>. Acesso em: 28 fev. 2024.

COUTO, Lucas; SOARES, Andéilton; LIVRAMENTO, Bernardo. Presidencialismo de coalizão: conceito e aplicação. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, DF, n. 34, p. 1-39, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-3352.2021.34.241841>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/fmVjS6nMXFZHfYBJ9jpwH9g/?lang=pt>. Acesso em: 28 fev. 2024.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. O processo legislativo e a produção legal no Congresso pós-Constituinte. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 1, n. 38, p. 24-37, mar. 1994. Disponível em: <https://novosestudos.com.br/produto/edicao-38/#gsc.tab=0>. Acesso em: 28 fev. 2024.

_____. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. São Paulo: Ed. FGV, 1999.

GUIMARÃES, André Rehbein Sathler; PERLIN, Giovana dal Bianco; MAIA, Lincoln 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: 28 fev. 2024.

LAMOUNIER, Bolívar. Estrutura institucional e governabilidade na década de 1990. In: VELLOSO, João Paulo dos Reis (coord.). *O Brasil e as reformas políticas*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1992. p. 23-49.

LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 3, n. 76, p. 17-41, nov. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-33002006000300002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/BFxz33vLwN9rRnRnGy6HQMDbz/>. Acesso em: 28 fev. 2024.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. A crise atual e o debate institucional. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 36, n. 3, p. 79-97, nov. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/KBxnHhZWWCPJ5zgjwKTTzSK/?lang=pt>. Acesso em: 28 fev. 2024.

_____. Poder de agenda e políticas substantivas. In: INÁCIO, Magna; RENNÓ, Lúcio (org.). *Legislativo brasileiro em perspectiva comparada*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009. p. 77-104.

LINZ, Juan J. Democracy: presidential or parliamentary does it make a difference? In: THE ROLE of political parties in the return to democracy in the Southern Cone. [S. l.: s. n.], July 1985. Disponível em: https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNABJ524.pdf. Acesso em: 28 fev. 2024.

_____. Presidencialismo ou parlamentarismo: faz alguma diferença? In: LAMOUNIER, Bolívar (org.). *A opção parlamentarista*. São Paulo: Idesp: Sumaré, 1991. p. 61-120.

_____. The perils of presidentialism. *Journal of Democracy*, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 51-69, 1990.

MAINWARING, Scott. Presidentialism, multiparty systems, and democracy: the difficult equation. *Kellogg Institute for International Studies: working paper*, [s. l.], n. 144, Sept. 1990. Disponível em: <https://kellogg.nd.edu/documents/1338>. Acesso em: 28 fev. 2024.

MEIRELES, Fernando. *A política distributiva da coalizão*. 2019. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-BBHFZ4>. Acesso em: 28 fev. 2024.

NICOLAU, Jairo. *Sistemas eleitorais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2014.

NOBRE, Marcos. *Limites da democracia: de junho de 2013 ao governo Bolsonaro*. São Paulo: Todavia, 2022.

OBSERVATÓRIO DO LEGISLATIVO BRASILEIRO. *Monitor legislativo de indicadores*. [S. l.]: OLB, 2 dez. 2022. Disponível em: <https://olb.org.br/monitor/>. Acesso em: 28 fev. 2024.

PALERMO, Vicente. Como se governa o Brasil?: o debate sobre instituições políticas e gestão de governo. *Dados - Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 3, p. 521-557, 2000. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0011-5258200000300004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/BSq8ZhtvdNgkvn33Khzq5Gr/>. Acesso em: 28 fev. 2024.

PAULA, Felipe de. *Avaliação legislativa no Brasil: limites e possibilidades*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5066921/mod_resource/content/1/avaliacao%20legislativa%20no%20brasil_felipe%20de%20paula_tese_2016.pdf. Acesso em: 28 fev. 2024.

PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. The cost of governing: strategic behavior of the president and legislators in Brazil's budgetary process. *Comparative Political Studies*, [s. l.], v. 37, n. 7, p. 781-815, Sept. 2004. DOI: <https://doi.org/10.1177/0010414004266866>.

PINHEIRO, Victor Marcel. *Devido processo legislativo: elaboração das leis e seu controle judicial na democracia brasileira*. Rio de Janeiro: GZ, 2024.

PINHEIRO, Victor Marcel; FALCONI, Ivan Furlan; VIEIRA, Gustavo Afonso Sabóia. *Taxa dominância e de sucesso*. [S. l.], 31 jan. 2024. Planilha do Google. Disponível em: <https://docs.google.com/spreadsheets/d/1oGzkimlkOcOp6hBuiOfd2628hIBLtxuBmi8T-CHRpcs/edit?pli=1#gid=1148185191>. Acesso em: 28 fev. 2024.

POWER, Timothy J. Presidencialismo de coalizão e o *design* institucional no Brasil: o que sabemos até agora? In: GUIMARÃES, André Rehbein Sathler; BRAGA, Ricardo de João (org.). *Legislativo pós-1988: reflexões e perspectivas*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015. p. 15-45. (Relatos de Pesquisa, n. 4). Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/22179>. Acesso em: 28 fev. 2024.

PRZEWORSKI, Adam. Institutions matter? *Government and Opposition*, [s. l.], v. 39, n. 4, p. 527-540, Sept. 2004. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1477-7053.2004.00134.x>.

SANTOS, Fabiano; CANELLO, Júlio; BARBOSA, Leonardo Martins. Conflito partidário na Câmara dos Deputados. In: SANTOS, Fabiano (org.). *Congresso remoto: a experiência legislativa brasileira em tempos de pandemia*. Rio de Janeiro: Eduerj, 2021. p. 53-64. (Coleção Sociedade e Política).

SANTOS, Fabiano (org.). *Congresso remoto: a experiência legislativa brasileira em tempos de pandemia*. Rio de Janeiro: Eduerj, 2021. (Coleção Sociedade e Política).

SILVA, Rafael Silveira e. A apropriação da agenda legislativa como terceira via para o poder de veto presidencial. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 55, n. 217, p. 13-33, jan./mar. 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p13. Acesso em: 28 fev. 2024.

TAUK, Caroline Somesom. Produção legislativa no presidencialismo de coalizão: há espaço para mudanças? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 201-213, abr./jun. 2019. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p201. Acesso em: 28 fev. 2024.

VIEIRA, Gustavo Afonso Sabóia. Bases e dilemas institucionais do presidencialismo de coalizão. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 54, n. 215, p. 117-137, jul./set. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril_v54_n215_p117. Acesso em: 28 fev. 2024.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a 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 regência dos direitos dos migrantes por motivos econômicos na União Europeia e no Mercosul

The govern of the rights of migrants due to economic reasons in the European Union and the Mercosul

Jahyr-Philippe Bichara¹

Resumo

A mobilidade de pessoas supera fronteiras territoriais desde os primórdios. O direito chamado *natural* de deixar um território de origem pressupõe o direito correlato de entrada em outro. Esse direito de entrada, no entanto, colide com a soberania dos Estados, de modo que se esta fosse absoluta, aquele seria impossível. Todavia, a prática demonstra a objetividade desse direito (verificada na “flexibilização” do voluntarismo clássico), dado que a globalização e o liberalismo estimulam os Estados, sobretudo no plano regional, a abrirem suas fronteiras por meio de tratados que estabelecem o direito de entrada e aperfeiçoam a mobilidade com o propósito do desenvolvimento econômico. O presente estudo propõe-se analisar as normas relativas à circulação interna de nacionais de Estados-membros da União Europeia e do Mercosul, os quais, ao estabelecerem um espaço econômico sem fronteiras, deixam mais evidente que o Direito Internacional evolui para o reconhecimento do direito de entrada.

Palavras-chave: direito de entrada; livre circulação; desenvolvimento econômico.

Abstract

The mobility of individuals surpasses territorial borders since the beginning of time. From the said natural right of leaving a territory of origin, it may be implied the correlate “right to enter” another. This right of entry, however, collides against the sovereignty of States, in a way that if it was absolute, said right would be impossible. Practice, nonetheless, shows

¹ Jahyr-Philippe Bichara é doutor *summa cum laude* pela École Doctorale de Droit International et Européen da Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, Paris, França; mestre em Direito Internacional Econômico pela Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, Paris, França; mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professor titular de Direito Internacional do curso de Direito e do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil; coordenador do grupo de pesquisa Direito Internacional e Soberania do Estado brasileiro (CNPq). E-mail: bichara.ufrn@gmail.com.br

the objectivity of this right, once verified the flexibility of classical voluntarism, because globalization and liberalism stimulate, especially on a regional plane, the States to open their borders through treaties that establish the right of entry and optimize mobility with the aim on economic development. Therefore, the present study proposes itself to analyze the norms that govern the internal circulation of nationals of member states of the European Union and the Mercosul, that by establishing a borderless economic area make more evident that International Law evolves towards recognizing the right of entry.

Keywords: right of entry; free movement; economic development.

Recebido em 7/12/23

Aprovado em 30/1/24

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

A regência dos direitos dos migrantes por motivos econômicos persegue o propósito do liberalismo. O objetivo consiste em proporcionar a livre circulação de pessoas entre Estados com a finalidade de viabilizar suas atividades econômicas, o exercício de suas profissões ou o trabalho assalariado. Dito de outra forma, os Estados concordam, por meio de tratados, que migrantes tenham acesso ao mercado do Estado hospedeiro.

A exigência da mobilidade de pessoas é preliminarmente uma realidade no plano global que resulta do comando do Direito consuetudinário, reforçado pelo Direito convencional. Segundo Vattel (2004, p. 151-152), contingentes humanos já se deslocavam de um território para outro desde os primórdios, à procura de alimento ou para fugir de ambientes hostis, de modo que existia costumeiramente um direito natural de deixar seu local de origem e a ele regressar de acordo com sua conveniência, superada a vontade discricionária do Estado. Com o passar do tempo, as regras essencialmente consuetudinárias de *saída* passaram a ser consagradas em instrumentos internacionais. Inicialmente tinham teor recomendatório, conforme o art. 13(2) da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (Nações

² BICHARA, Jahyr-Philippe. A regência dos direitos dos migrantes por motivos econômicos na União Europeia e no Mercosul. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 242, p. 35-59, abr./jun. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p35

³ Bichara, J.-P. (2024). A regência dos direitos dos migrantes por motivos econômicos na União Europeia e no Mercosul. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(242), 35-59. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p35

Unidas, 2017, p. 9)⁴, que dispõe: “Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país”, mas com posterior ganho de força impositiva no art. 12, § 2º, do Pacto relativo aos Direitos Civis e Políticos, de 1966 (United Nations, 1967, p. 7, tradução nossa), no qual foi estabelecido que “[t]oda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país”.

Correlato ao direito de saída poder-se-ia pressupor um direito de entrada. No entanto, essa suposição colide com a prerrogativa do Estado de destino de exercer sua soberania, ao controlar o acesso ao seu território. Esse paradoxo recai de imediato nas considerações acerca da soberania, inevitavelmente relacionadas à natureza do próprio Direito Internacional, visto que, se este fosse fundado restritivamente nas vontades dos Estados, a soberania de um Estado jamais poderia ser curvada, de modo que a entrada não consistiria em direito individual, mas em faculdade do Estado de permiti-la ou não.

Por outro lado, as diversas crises internacionais enfrentadas pela humanidade nestes últimos anos, como a pandemia e as severas mudanças climáticas globais (Frouville, 2015, p. 202)⁵ – e o próprio reconhecimento positivado das normas *jus cogens* pelo art. 53 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados (United Nations, 1970) – demonstram que por vezes os Estados devem adequar-se para satisfazer a imperativos globais inderrogáveis (Bennouna, 2017, p. 42), como a regência de migrações internacionais massivas. Por isso, defende-se que a soberania em matéria de migração internacional deixou de ser absoluta. Por mais que os Estados queiram conter as imigrações por meio de políticas restritivas, tais vontades são mitigadas pelas obrigações internacionais. Assim, deduz-se que – ressalvadas as hipóteses legais de restrição da liberdade do indivíduo – o direito natural de liberdade de completo movimento, de partir e de entrar, ignora fronteiras territoriais.

Não se deve, contudo, pensar que na realidade a mobilidade migratória aconteça contra a vontade dos Estados. O liberalismo, preponderante posição econômica dos sujeitos originários da sociedade internacional, está intrinsecamente associado ao fenômeno da globalização e à crescente integração econômica das nações, de modo que constitui seu verdadeiro anseio a eliminação dos entraves à livre circulação de pessoas e de meios de produção.

Essa situação, de fato, induz à vigência internacional de numerosos acordos que procuram garantir a mobilidade de pessoas e seus direitos nos Estados de destino; uma vez que as migrações têm como causa final o desenvolvimento econômico, o direito de entrar precisa gerar efeitos nesse sentido, além de apenas existir e valer. Desse modo, tratados celebrados tanto no âmbito da proteção dos direitos humanos quanto no das relações econômicas

⁴ A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada em Paris, em 10/12/1948, mediante a Resolução 217 A(III), pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) (Nações Unidas, 2017).

⁵ Frouville (2015) explica que o Direito Internacional moderno é determinado por imperativos morais que os Estados não podem ignorar. Assim, o intervencionismo coordenado dos Estados é guiado pelo novo projeto planetário que consiste em combater o aquecimento global, em lutar contra pandemias, em enfrentar a pobreza ou os crimes internacionais; ver Frouville (2015, p. 202).

interestatais buscam estruturar qualificadamente a permanência dos indivíduos para o fomento efetivo do mercado.

No plano regional, esse imperativo afirma-se de forma mais apurada nos tratados sobre a criação de organizações internacionais de integração regional, cujas normas de funcionamento comportam dispositivos relativos à livre circulação de pessoas para exercerem suas atividades (Iglesias Sánchez, 2015, p. 223). Esse é o caso da Comunidade Andina (CAN)⁶, da União Africana (UA)⁷, da Comunidade do Caribe (Caricom)⁸, do Mercado Comum da África Oriental e Austral (Comesa)⁹, da Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental (Ecowas)¹⁰, da Comunidade dos Estados Independentes (CEI)¹¹, da União Europeia (UE), do Mercado Comum do Sul (Mercosul), entre outros.

Neste estudo, o enfoque recai sobre as normas internacionais relativas à circulação interna de nacionais de Estados-membros da UE e do Mercosul. O fato de estabelecerem um espaço econômico sem fronteiras sugere que o Direito Internacional caminha para o reconhecimento gradativo dos direitos de entrar, de permanecer e de partir. Esses dois modelos de regência dos direitos dos migrantes indicam uma tendência evolutiva recente que poderia estender-se ao plano global em longo prazo.

2 A mobilidade de pessoas na União Europeia e o controle de fronteiras

A construção europeia de um espaço econômico regido por princípios de uma economia de mercado ocorreu em várias etapas. Iniciou-se em 1951 com a criação da Comunidade Econômica do Carvão e do Aço (Ceca), seguida pela celebração dos tratados que em 1957 criaram a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia da Energia Atômica (Ceea), os quais entraram em vigor em 1958. Desde então, a construção da integração econômica europeia não cessou de crescer (geograficamente) e aprofundar-se em todos os aspectos da vida dos seus cidadãos.

6 De acordo com o art. 3 do Acordo de Cartagena, busca-se a integração fronteiriça e física da sub-região (Comunidad Andina, [1969]); ver também Comunidad Andina (2001).

7 O art. 4(2i) do Tratado de Abuja, de 1991, estabelece a eliminação gradual, entre os Estados-membros, dos obstáculos tanto à livre circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais, quanto ao direito de residência e estabelecimento (Organização da Unidade Africana, 1991).

8 O cap. 3 do Tratado revisado de Chaguaramas caracteriza a movimentação de pessoas habilitadas, a movimentação de serviços e o direito de estabelecimento (Caribbean Community, 2001). Nos termos do seu art. 45, os Estados-membros comprometem-se a trabalhar em prol da livre circulação dos seus nacionais na Caricom.

9 O Tratado Comesa, nos arts. 4(6e) e 164, determina o compromisso específico de remover os obstáculos à livre circulação de pessoas, trabalho e serviços, ao direito de estabelecimento para investidores e ao direito de residência no Comesa (Common Market for Eastern and Southern Africa, [1993]).

10 O art. 3 do Tratado Ecowas prevê o estabelecimento de um mercado comum por meio da eliminação dos obstáculos à livre circulação de pessoas, bem como ao direito de residência e estabelecimento (Economic Community of West African States, 2010).

11 De acordo com o art. 7 do Acordo sobre a criação da Comunidade de Estados Independentes, os Estados-membros são chamados a cooperar na formação e desenvolvimento de um espaço econômico comum, bem como em questões relacionadas às políticas de migração (Kapyrin, 1995).

Por meio de revisões sucessivas do seu ato constitutivo, a UE alcançou seu maior grau de integração regional. Assim, depois do Ato Único Europeu, de 1986, que definiu o objetivo de criação de um *mercado interno*, o Tratado de Maastricht criou em 1992 uma *união econômica e monetária* fundada na introdução de moeda única¹².

Por fim, o Tratado de Lisboa, assinado em 13/12/2007, reorganizou os aspectos institucionais da União Europeia, conferindo-lhe competência protetiva dos direitos humanos em dois instrumentos (União Europeia, 2007). De acordo com o primeiro – o Tratado da União Europeia –, a União é esteada nos valores do respeito à dignidade humana, à liberdade, à democracia, à igualdade, e nos da proteção dos direitos humanos (União Europeia, 2016d); o outro instrumento – o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) – disciplina seu funcionamento (União Europeia, 2016e).

Com 27 Estados-membros, a UE é uma organização internacional ímpar no que respeita à integração econômica regional e à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Singulariza-se no cenário internacional por ter poderes supranacionais, uma vez que os Estados, por meio de tratado, procederam à transferência da competência legislativa de matérias que lhes eram constitucionalmente atribuídas (Sorto, 2006, p. 448). Assim, a UE passou a legislar sobre a circulação de pessoas, o que representou um fator decisivo para a globalização da mobilidade, por destinar ao Estado a função de mero fiscalizador da identidade de quem circula livremente.

2.1 O princípio da livre circulação dos migrantes intracomunitários

O projeto de construção de um *espaço econômico* aberto e liberal entre os Estados-membros – iniciado em 1957, com a criação da Comunidade Econômica Europeia (CEE) – evoluiu para a ideia de um *mercado comum* em que os Estados-membros consideram os direitos fundamentais como requisitos e objetivos primários. É o que se depreende do art. 3º do Tratado da União Europeia, o qual dispõe que a União é concebida como um *mercado interno*, numa perspectiva de desenvolvimento sustentável, em que a paz, o bem-estar dos seus povos, a livre circulação de pessoas – em adequação às medidas de controle de suas fronteiras, da imigração e do asilo – são objetivos claramente delineados (União Europeia, 2016d). Esse dispositivo prevê, portanto, a abolição, entre os Estados-membros, dos entraves à livre circulação de mercadorias, de capitais e de pessoas e à livre prestação de serviço. O objetivo é implantado por uma regra prescritiva de comportamento direcionada ao Estado, que consiste em não exercer qualquer controle de pessoas, independentemente da sua nacionalidade, na passagem das fronteiras internas, conforme o art. 77 do TFUE (União Europeia, 2016e).

¹² Para o estudo sobre a identidade e as características do espaço econômico europeu, ver Manin (1997).

Essa vedação é reforçada pelo conceito de *cidadania europeia* (União Europeia, 2009b)¹³. Nesse mercado comum, com efeito, e nos termos do Tratado de Lisboa, os nacionais dos Estados-membros possuem a cidadania europeia (União Europeia, 2016d)¹⁴. A atribuição dessa cidadania é reiterada no TFUE, o qual acrescenta que os cidadãos europeus gozam de direitos e estão sujeitos aos deveres previstos nos tratados, como o direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-membros, entre outros direitos (União Europeia, 2016e)¹⁵. Logo, como lembra Jacqué (2006, p. 93), a cidadania europeia aparece como qualidade complementar cuja posse abre direitos garantidos pelo tratado. Resulta dessa abolição do controle dos migrantes intracomunitários a instituição de um verdadeiro direito de entrada e de livre circulação (Benlolo, 2004, p. 789). A livre circulação também se estende aos nacionais de Estados terceiros cuja entrada no território da União Europeia é admitida, em conformidade com o Acordo de Schengen, como se verá mais adiante.

A livre circulação dos nacionais dos Estados-membros da União é, pois, a pedra angular do direito dos migrantes de Estados-membros no mercado europeu, e os Estados devem criar condições favoráveis ao exercício dos direitos em matéria de trabalho, de livre estabelecimento, de comércio, dentre outros aspectos da vida econômica (Carlier, 2007, p. 244)¹⁶.

No que diz respeito especificamente à livre circulação de pessoas, o Título IV do TFUE apresenta especificações. Três categorias de cidadãos europeus são autorizadas a se deslocarem no território de quaisquer Estados-membros com fins econômicos: os trabalhadores, os profissionais liberais e os comerciantes, acobertados pelos princípios do livre empreendimento que consta do TFUE, e os prestadores de serviços (União Europeia, 2016e).

De acordo com o art. 45 do TFUE, a livre circulação é garantida aos trabalhadores de cidadania europeia; e, em relação ao emprego, à remuneração e às condições de trabalho, proíbe-se toda forma de discriminação fundada na nacionalidade (Olsson, 2009, p. 55). A livre circulação dos trabalhadores na UE significa o direito de deslocar-se livremente até o destino do emprego e de lá eleger residência (Benlolo, 2004, p. 789). Atentos aos direitos dos trabalhadores migrantes, o Parlamento Europeu e o Conselho podem legislar a fim de assegurar-lhes direitos sociais, como seguro-desemprego e previdência¹⁷.

¹³ Segundo o advogado-geral da Corte de Justiça da União Europeia (CJUE), Póiares Maduro, a *cidadania europeia* é um conceito político-jurídico distinto de *nacionalidade*, embora dela advenha. É mais do que um conjunto de direitos, visto que pressupõe um vínculo de natureza política entre os cidadãos europeus. Esse vínculo peculiar não se identifica como pertença a um povo, mas decorre de um compromisso recíproco entre os povos europeus de abrir as suas respectivas comunidades políticas a outros cidadãos europeus para construir uma nova forma de solidariedade cívica e política aportada na existência de um espaço político europeu, do qual se originam direitos e deveres fixados pelo Direito Comunitário (União Europeia, 2009b).

¹⁴ Art. 9º do Tratado da União Europeia.

¹⁵ Arts. 20, 21 e 26(2) do TFUE.

¹⁶ Carlier (2007) lembra que a livre circulação dos nacionais dos Estados-membros foi reconhecida por uma diretiva de 1990, antes de ser confirmada pelo Tratado de Maastricht, em 1992, como um direito de todo cidadão europeu.

¹⁷ Art. 46 do TFUE.

Quanto às profissões liberais, os Estados-membros não podem estabelecer restrições ao direito de estabelecimento, consagrado no art. 49 do TFUE. Esse direito concerne às atividades assalariadas e ao direito de constituir empresas sob a regência da legislação do país de destino. A liberdade de empreender deve ser estimulada pela União Europeia, que adota todas as medidas destinadas à eliminação das restrições nacionais ao estabelecimento de um cidadão europeu. Uma delas consiste em firmar o reconhecimento mútuo dos diplomas, certificados e títulos necessários ao exercício de determinadas profissões liberais¹⁸.

Por fim, um capítulo é dedicado à liberdade de prestação de serviço no mercado europeu para permitir a prestação no território do beneficiário por um prestador de nacionalidade de outro Estado-membro¹⁹; essas prestações são de natureza comercial, industrial, artesanal ou resultante de profissões liberais. Tal mobilidade encontra correspondência no controle das fronteiras internas da UE por meio do Acordo de Schengen, de 1985, que cuida também da política comum de controle das fronteiras externas (União Europeia, 2000b)²⁰.

Em suma, a mobilidade na UE constitui um pilar significativo do funcionamento da organização internacional para a consecução do seu objetivo maior: o desenvolvimento econômico embasado no liberalismo. Porém, o direito de circular e de estabelecer-se num Estado-membro da UE está condicionado à comprovação dos meios de subsistência, de modo a não sobrecarregar os sistemas nacionais de assistência social (Carlier, 2007, p. 245).

Ao lado dos migrantes intracomunitários, os cidadãos europeus, existem os migrantes extracomunitários, submetidos ao controle de entrada das autoridades dos Estados-membros.

2.2 O controle das fronteiras europeias e condições de admissão dos migrantes extracomunitários

A despeito da prerrogativa dos Estados-membros na gestão da imigração de nacionais de Estados terceiros, consta dos arts. 77, 78 e 79 do TFUE que a União promove uma política comum de controle de suas fronteiras e uma política comum de imigração no intuito de garantir uma gestão eficaz dos fluxos migratórios (União Europeia, 2016e). Porém, diante das crises migratórias observadas nos últimos anos, a União teve que acelerar seu esforço

¹⁸ Art. 53 do TFUE.

¹⁹ Art. 56 do TFUE.

²⁰ Acordo de Schengen, de 14/6/1985 (União Europeia, 2000b), e Acordo de adesão da República portuguesa, de 19/6/1990 (União Europeia, 2000a), relativos à supressão do controle das fronteiras comuns entre Estados-membros da UE. Integrados no âmbito da UE pelo Tratado de Amsterdã, de 2/10/1997 (União Europeia, 1997); ver Olsson (2009, p. 58).

normativo e apresentar respostas contundentes para a imigração irregular, o tráfico de pessoas e a condição dos refugiados²¹.

O Tratado de Lisboa aborda a questão dos direitos dos migrantes sob três aspectos que visam ao controle de suas fronteiras: a) a política de fronteiras, b) a política de asilo e c) a política de imigração (União Europeia, 2007). A implantação dessas políticas realiza-se pelo processo legislativo ordinário inerente ao funcionamento da União Europeia.

No que respeita à política de fronteiras, o art. 77 do TFUE tem como objetivos: a) assegurar a *inexistência* de qualquer controle de pessoas, independentemente da sua nacionalidade, na passagem das fronteiras internas; b) assegurar o controle de pessoas e a fiscalização eficaz da passagem das fronteiras externas; e c) estabelecer progressivamente um sistema integrado de gestão das fronteiras externas (União Europeia, 2016e). Como o primeiro objetivo já foi abordado neste estudo, proceder-se-á aqui à análise do segundo e do terceiro.

O controle das fronteiras significa que a entrada de nacionais de Estados terceiros é condicionada à apresentação de um visto – a alínea a do art. 77(2) do TFUE determina o estabelecimento de uma “política comum de vistos e outros títulos de residência de curta duração” (União Europeia, 2016e). Assim, o TFUE configura uma base jurídica muito ampla que permite à União adotar todas as medidas que considere necessárias nesse domínio e eventualmente a criação de “escritórios conjuntos de emissão de vistos”. Entretanto, desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, esse projeto não prosperou; e, na realidade, a política comum de vistos e de outras autorizações de residência permanece imprecisa, o que confere aos Estados-membros maior autonomia para adotar suas próprias regras²².

Desse modo, o controle das fronteiras externas na prática é da responsabilidade dos Estados-membros. Nesse contexto, os localizados ao sul e ao leste da comunidade suportam a maior parte do peso do controle e vigilância das fronteiras. No entanto, a despeito de o Tratado de Lisboa prever a possibilidade de serem adotadas todas as medidas necessárias “à introdução gradual de um sistema integrado de gestão das fronteiras externas”, as medidas coletivas e solidárias não têm sido satisfatórias (União Europeia, 2007). Trata-se principalmente da criação de um corpo europeu de guardas de fronteiras e de costas marítimas, além de uma base de dados para facilitar o compartilhamento de informações

21 O esforço normativo realizou-se mediante: a) o Regulamento 2018/1806, que fixa a lista dos países terceiros cujos nacionais estão sujeitos à apresentação do visto para ingressar na UE e a lista dos países terceiros isentos de tal obrigação (União Europeia, 2018); b) o Regulamento 604/2013, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-membro responsável pelo exame da demanda de refúgio apresentada por um nacional de Estado terceiro (União Europeia, 2013d); e c) a Diretiva 2011/1995, relativa aos requisitos mínimos a serem preenchidos pelos nacionais de países terceiros e os apátridas para alcançarem o estatuto de refugiado ou de outras pessoas que necessitam de proteção internacional (União Europeia, 2011a).

22 As principais normas europeias sobre a emissão de visto são: a) o Regulamento 810/2009, que estabelece um código comunitário de vistos (União Europeia, 2009a); b) o Regulamento 2018/1806, que fixa a lista dos países terceiros cujos nacionais estão sujeitos à obrigação de visto para transpor as fronteiras externas e a lista dos países terceiros cujos nacionais estão isentos dessa obrigação (União Europeia, 2018); e c) vários regulamentos e decisões que fixam um padrão de visto (União Europeia, 1995).

entre os Estados-membros²³. Contudo, dadas as deficiências na vigilância das fronteiras externas, não se exclui a possibilidade de restabelecer o controle das fronteiras internas, ao menos temporariamente; sobre esse último ponto, os fluxos migratórios em grande escala que pressionaram o continente europeu e os ataques terroristas da década de 2010 provocaram tensões no próprio Espaço Schengen e ameaçam o princípio da livre circulação de pessoas. Em apenas dois casos o Acordo de Schengen permite a reintrodução temporária e supervisionada do controle das fronteiras internas: a) uma ameaça grave à ordem pública ou à segurança interna e b) uma ameaça ao funcionamento global da UE (União Europeia, 2016b)²⁴.

Além disso, a política de controle das fronteiras externas da UE implica uma política comum de asilo, já que o art. 78, § 1º, do TFUE afirma que essa política visa “conceder um estatuto adequado a qualquer nacional de um país terceiro que necessite de proteção internacional”. O § 2º do mesmo artigo, por sua vez, dispõe que o asilo em sentido estrito abrange os refugiados, em conformidade com a Convenção de Genebra de 28/7/1951, e a proteção subsidiária para nacionais de países terceiros que, sem obtenção de asilo europeu, necessitam de proteção internacional (União Europeia, 2016e).

Esse sistema comum de asilo foi implantado em 26/6/2013 com a adoção, pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, de três textos que procedem à completa revisão dos instrumentos anteriores: a) o Regulamento 604/2013, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado a um Estado-membro por um nacional de Estado terceiro ou apátrida (Regulamento de Dublin) (União Europeia, 2013d); b) a Diretiva 2013/32, relativa aos procedimentos comuns de concessão e retirada de proteção internacional (União Europeia, 2013a); e c) a Diretiva 2013/33, que estabelece normas para o acolhimento de solicitantes de proteção internacional (União Europeia, 2013b).

Esses novos textos vêm juntar-se à Diretiva 2011/95 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13/12/2011, relativa às normas sobre as condições que os nacionais de Estados terceiros ou apátridas devem cumprir para se beneficiarem de proteção internacional, do estatuto de refugiado ou para serem elegíveis para a proteção subsidiária (União Europeia, 2011a).

Ao mesmo tempo, o Eurodac – Regulamento 603/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/6/2013 – exige que os Estados-membros recolham as impressões digitais de cada requerente de proteção internacional, bem como as de nacionais de Estado terceiro ou de apátridas detidos por ocasião de passagem irregular em fronteiras externas, e transmita-as a um sistema central em que são guardadas para a comparação de impressões

²³ O Parlamento Europeu e o Conselho adotaram o Regulamento 2016/1624, que cria um corpo europeu de guardas de fronteiras e costeiras “para assegurar uma gestão europeia integrada das fronteiras externas, com vista a gerir de forma eficiente a passagem das fronteiras externas” (União Europeia, 2016c). Inclui a Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira e as autoridades nacionais responsáveis pela gestão das fronteiras. Substituiu a Agência de Gestão Integrada das Fronteiras Externas da União, criada pelo Regulamento 2007/2004, mas manteve a designação Frontex (União Europeia, 2004c). Para um estudo detalhado, ver Iten (2021).

²⁴ Arts. 25 e 29 do Código de Fronteiras Schengen, de 2016 (União Europeia, 2016b).

digitais (União Europeia, 2013c). Sua finalidade é ajudar a determinar o Estado responsável pelo exame de um pedido de proteção internacional.

Por fim, a política de asilo também envolve aspectos financeiros. Por isso foi criado o Fundo de Asilo, Migração e Integração (Amif), dotado de 9,98 mil milhões de euros para o período 2021-2027 (União Europeia, 2021). O Amif visa fortalecer e desenvolver todos os aspectos do Sistema Europeu Comum de Asilo, promover a integração efetiva de nacionais de Estados terceiros e financiar o retorno de migrantes não identificados. Cada Estado-membro da União recebe uma quota fixa desse fundo, bem como uma quota proporcional ao seu grau de exposição aos fluxos migratórios. Entretanto, essas medidas mostraram-se insuficientes diante da crise dos refugiados e, portanto, exigem a adoção de mecanismos corretivos (Iten, 2021, p. 119-120).

De modo geral, a crise migratória evidenciou falhas no sistema europeu de asilo. Por um lado, a falta de vias legais abertas aos requerentes de proteção leva-os a empreender uma jornada perigosa, sob a influência de traficantes de pessoas; por outro lado, o sistema de Dublin não permite alcançar um elevado nível de solidariedade e partilha equitativa de responsabilidades entre os Estados-membros no tratamento dos pedidos de asilo e no acolhimento dos refugiados (Tissier-Raffin, 2015, p. 10-11).

A análise do regulamento permite concluir que a determinação do Estado que examina o pedido de asilo e o concede é pautada primordialmente no bem-estar do aplicante, em conformidade com os direitos fundamentais da União (União Europeia, 2013d). Desse modo, para fins de determinação, são observadas, de modo hierárquico, as conexões familiares (especialmente as do menor) e a posse de visto ou de documento de residência. Porém, na ausência desses vínculos, observa-se nos dispositivos que as responsabilidades de exame e de acolhimento recaem sistematicamente nos países onde ocorreu o pedido, que em geral são os países de entrada.

Assim, por consequência direta do art. 78 do TFUE, a solidariedade entre os Estados-membros, com o fim de equilibrar as obrigações das partes, orienta o Sistema Comum de Asilo Europeu apenas em momentos de crise, de maneira que o Regulamento de Dublin mantém um ilusório *status quo* migratório equilibrado e ignora medidas preventivas estruturais.

Com efeito, ao vincular quase automaticamente o Estado de entrada no território europeu à responsabilidade de apreciar o pedido de asilo, o Regulamento de Dublin impôs a alguns Estados, em particular à Grécia e à Itália, toda a carga da responsabilidade pela política europeia de asilo. A UE tem procurado, por isso, reavaliar o fardo que pesa especialmente sobre os Estados da Europa meridional mediante mecanismos de reinstalação e recolocação (Iten, 2021, p. 120).

Uma primeira resposta foi dada pela adoção, em julho de 2015, de um mecanismo de reassentamento por um período de dois anos. Contudo, dizia respeito apenas a um número irrisório de pessoas (76.504, no máximo). Até 2017, esse programa permitiu o reassentamento de cerca de 23.000 pessoas apenas (European Union, 2016b). Em 27/9/2017, a

Comissão adotou uma recomendação para o estabelecimento de um novo programa de reinstalação, o qual deveria permitir que fossem levadas para a UE até outubro de 2019 pelo menos 50.000 das pessoas mais vulneráveis com necessidade de proteção internacional (European Union, 2017, p. 18). Esse programa obteve êxito, de forma que até dezembro de 2019 mais de 65.000 refugiados foram distribuídos entre os países da UE (Resettlement, 2019). Com efeito, o sistema de Dublin atribui a maior parte dessa responsabilidade aos Estados cujas fronteiras externas foram ilegalmente atravessadas.

De modo complementar e em face do agravamento da situação migratória no Mediterrâneo central e oriental, com base no art. 78, § 3º, do TFUE, o Conselho adotou duas decisões que estabeleceram um programa de realocação temporária e excepcional (de dois anos) de migrantes da Itália e da Grécia para os outros Estados-membros (União Europeia, 2015a, 2015b). Essa medida abrangeu 206.000 pessoas concentradas nesses dois Estados-membros e com manifesta necessidade de proteção da comunidade internacional (Iten, 2021, p. 120).

Em terceiro lugar, o controle das fronteiras da União pressupõe uma gestão eficaz dos fluxos migratórios, um tratamento equitativo dos nacionais de Estados terceiros que residam legalmente nos Estados-membros e uma prevenção da imigração ilegal e do tráfico de seres humanos (União Europeia, 2016e)²⁵.

Basicamente, a gestão dos fluxos migratórios depende dos Estados-membros que fixam os volumes de entrada de nacionais de Estados terceiros à procura de empregos assalariados ou autônomos. Por sua vez, a alínea b do § 2º do art. 79 do TFUE estabeleceu o direito dos nacionais de Estados terceiros de residir legalmente no seu país de acolhimento, mas também determina a “liberdade de circulação e de permanência nos outros Estados-Membros” (União Europeia, 2016e). O dispositivo foi complementado pela Diretiva 2003/109 do Conselho, de 25/11/2003, que dispõe sobre o estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração (reconhecidos após cinco anos ininterruptos de residência no território de um Estado-membro) (União Europeia, 2004a). Outra diretiva estabelece um procedimento para a emissão de uma autorização que permite aos nacionais de Estados terceiros residir e trabalhar no território de um Estado-membro e firma um conjunto de direitos para os trabalhadores de países terceiros que residam legalmente num Estado-membro (União Europeia, 2011b). Esses dispositivos têm o mérito de assimilar os migrantes extracomunitários aos intracomunitários. Assim, a cidadania europeia não é mais uma condição indispensável para circular livremente nos territórios membros: basta cumprir as formalidades administrativas (Benlolo, 2004, p. 792). Por consequência, aplica-se aos migrantes extracomunitários o princípio da igualdade de tratamento em relação ao gozo dos direitos disponíveis nos Estados-membros.

A gestão da UE das migrações por motivos econômicos gerou uma controvérsia relativa ao direito do migrante a reagrupar-se em família: o legislador europeu adotou a Diretiva 2003/86, sobre “o direito ao reagrupamento familiar” (União Europeia, 2003), e a Comissão

²⁵ Art. 79 do TFUE.

adotou em 2014 uma comunicação sobre as orientações para a aplicação da diretiva “reunião de família” (União Europeia, 2016a). Nessa comunicação, a Comissão afirma que é fundamental o direito ao reagrupamento familiar e, com efeito, deve ser protegido. Para isso, invoca a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o qual observou que os Estados-membros têm a obrigação de autorizar o reagrupamento familiar de determinados membros da família e que essa obrigação seria uma limitação ao seu livre arbítrio.

O Tribunal confirmou esse princípio no acórdão do caso *Chakroun*, de 2010. Nele foi esclarecido que, sendo regra geral o direito ao reagrupamento familiar, a margem de manobra concedida aos Estados-membros para apreciar os casos não deve ser utilizada de forma a comprometer o objetivo da Diretiva (European Union, 2010)²⁶. Além disso, ela especifica que o direito ao reagrupamento familiar deve ser exercido à luz de duas disposições imperativas horizontais: a) o superior interesse do filho menor consagrado no art. 5º da Diretiva, retomado no art. 24 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; e b) a necessidade de ter em conta a natureza e a solidez dos laços familiares do migrante, a duração da sua residência no Estado-membro e a existência de laços familiares, culturais ou sociais com o seu país de origem. A Diretiva obriga, pois, os Estados-membros a examinarem os pedidos caso a caso.

Uma vez aceito o pedido de reagrupamento, o Estado deve também facilitar às famílias a obtenção da autorização de residência inicial por um ano, a qual deve ser renovável. Nesse ponto, devido a atrasos excessivamente longos, a França foi condenada reiteradamente pela Corte Europeia de Direitos Humanos²⁷, a qual reafirmou que, para concretizar a reunificação de famílias, os pedidos de visto devem ser tratados com atenção e particular diligência, segundo um procedimento que ofereça garantias de flexibilidade, celeridade e eficácia (Council of Europe, 1999).

Por fim, o controle das fronteiras pelos Estados-membros trata da “imigração clandestina e residência ilegal, incluindo o afastamento e o repatriamento de residentes em situação ilegal”, de conformidade com o art. 79, § 2º, c, do TFUE (União Europeia, 2016e). O cerne da questão é saber como a UE define o tratamento a ser dado aos migrantes irregulares. Para disciplinar esse dispositivo, o Parlamento Europeu e a Comissão adotaram uma gama significativa de normas com o intuito de especificar as medidas coercitivas aplicáveis²⁸.

A primeira medida do arcabouço coercitivo europeu é o regresso de pessoas em situação irregular (União Europeia, 2008). Trata-se de um procedimento em duas fases. A

26 Para uma decisão no mesmo sentido, ver European Union (2012).

27 Ver decisões reiteradas em: Conseil de l'Europe (2014a, 2014b, 2014c).

28 Para citar as principais: Diretiva 2001/40, relativa ao reconhecimento mútuo das decisões de expulsão de nacionais de países terceiros (União Europeia, 2001a); Diretiva 2001/51, relativa à harmonização das sanções pecuniárias aplicadas aos transportadores que efetuam transportes de nacionais de países terceiros sem documento de viagem ou visto no território da União (União Europeia, 2001b); Diretiva 2002/90, que define a assistência à entrada, trânsito e residência ilegais (União Europeia, 2002); Diretiva 2004/81, relativa à autorização de residência concedida aos nacionais de países terceiros vítimas de tráfico de seres humanos ou tenham sido auxiliados na imigração ilegal e que cooperem com as autoridades competentes (União Europeia, 2004b).

primeira resulta da adoção pela autoridade competente de uma decisão de regresso que declara a permanência ilegal e que, por conseguinte, impõe uma obrigação de regresso. A partir dessa decisão, o estrangeiro tem o prazo de 7 a 30 dias para sair voluntariamente do território do Estado-membro e retornar ao país de origem. Os Estados têm a faculdade de tornar mais rigoroso o regime aplicável, uma vez que só podem prever a concessão desse prazo a pedido do nacional, que naturalmente deve ser informado da possibilidade de fazê-lo (União Europeia, 2008, art. 7, § 1^a). Ocorre a segunda etapa do procedimento quando a pessoa em situação irregular descumpra a obrigação de sair; e o procedimento de expulsão é acompanhado da proibição de entrada no território da UE por um período máximo de cinco anos (União Europeia, 2008, art. 11, § 2^a).

A outra medida coercitiva, mais severa para o migrante irregular, é a detenção. Fixada em 6 meses, de acordo com o art. 15 da Diretiva 2008/115, ela pode ser prorrogada por mais 12 meses. A regra também determina que a detenção se realize em centros especializados, mas a Diretiva autoriza a alocação em estabelecimentos penitenciários, com a única condição de separar os presos em situação irregular dos presos de Direito comum (União Europeia, 2008, art. 16, § 1^a), sem precisar os termos dessa separação, a qual não é exigida, mesmo quando um número excepcionalmente elevado de nacionais acarrete ônus pesado e imprevisível para a capacidade dos centros (União Europeia, 2008, art. 18).

A Corte de Justiça da UE tem contestado essa medida extrema ao indicar que o descumprimento da obrigação de saída voluntária imposta a um nacional em situação irregular não pode justificar a aplicação de pena privativa da liberdade²⁹; segundo ela, a detenção é incompatível com a consecução do objetivo perseguido pela Diretiva: o estabelecimento de uma política eficaz de afastamento e repatriamento de nacionais de Estados terceiros em situação irregular (European Union, 2011)³⁰.

Vê-se, pois, que o modelo de integração europeu constitui um laboratório exemplar que evidencia a relativização da soberania dos Estados-membros em dois aspectos. No plano intracomunitário, o cidadão europeu é titular dos direitos de entrar e de sair livremente dos territórios dos Estados-membros sem se submeter a formalidade alguma de controle. Essa liberdade é acompanhada de direitos econômicos e sociais. No plano extracomunitário, a UE sujeita-se às prescrições internacionais protetivas dos direitos de pessoas em situação de vulnerabilidade: os refugiados e os migrantes econômicos em situação regular ou irregular. Isso se deve à evolução recente do Direito europeu, de acordo com o qual o controle das fronteiras europeias, realizado pelos Estados-membros sob a tutela da União, não pode ignorar os direitos humanos dos migrantes extracomunitários, sob pena de acarretar a

²⁹ Casos *Affum* e *El Dridi*; ver European Union (2011, 2016a).

³⁰ Conclusão do caso *El Dridi* de 2011: “A Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, nomeadamente o artigo 8^o, n^o 1, conjugado com o artigo 15, deve ser interpretado no sentido de que se opõe à legislação nacional que prevê que o descumprimento de ordem da autoridade pública para deixar o território nacional dentro de um prazo determinado constitui crime punível com pena de prisão até quatro anos” (European Union, 2011, tradução nossa).

responsabilização do Estado infrator. Assim, as pressões exercidas pelo Direito Internacional europeu e extraeuropeu acabam por confinar a soberania dos Estados-membros a uma função de polícia administrativa: não mais detêm autodeterminação sobre a questão da circulação de pessoas, mas devem garantir os direitos dos migrantes.

A UE tem servido de modelo de integração para outras regiões que não alcançaram o mesmo êxito, como se nota em relação ao Mercosul, que não deixa, contudo, de participar do processo de intensificação da mobilidade de pessoas.

3 A mobilidade de pessoas no Mercosul

O Tratado de Assunção, de 26/3/1991, estabelece as modalidades de criação do Mercosul, o qual se firma na livre circulação dos bens, serviços e fatores produtivos entre os Estados partes (Mercado Comum do Sul, 1991b, art. 1^o)³¹. Esse dispositivo não contempla a livre circulação de pessoas, de maneira que o Conselho do Mercado Comum (CMC), para avançar no processo de integração regional, teve que tomar decisões para suprir a lacuna do tratado constitutivo³². Desse modo, o princípio da livre circulação e estabelecimento dos nacionais dos Estados-membros foi regulamentado pelo direito derivado do Mercosul, que busca facilitar e intensificar a mobilidade de pessoas.

3.1 A concretização do princípio da livre circulação e estabelecimento

A Decisão n^o 12/91, de 17/12/1991, que obriga os Estados-membros a facilitar o trânsito internacional dos cidadãos do Mercosul e dos residentes em Estados partes, foi a primeira decisão do CMC para implantar e fixar o teor da livre circulação dos nacionais dos Estados-membros (Mercado Comum do Sul, 1991a). Dez anos depois, essa liberdade de circulação foi acompanhada pela liberdade de os nacionais dos Estados-membros estabelecerem residência, conforme o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercosul, Bolívia e Chile – estes na condição de Estados associados –, aprovado pela Decisão n^o 28/02 (Mercado Comum do Sul, 2002). Esse direito fundamenta-se na comprovação da nacionalidade de um dos Estados-membros ou dos Estados associados³³.

Assim, para entrar em qualquer Estado-membro e nele residir, basta apresentar um passaporte válido; pode-se, inclusive, converter a residência temporária em permanente. Em outras palavras, todo migrante mercossulino tem o direito de residir em outro Estado do Mercosul; e desse direito decorrem outros, como o de exercer qualquer atividade por conta

³¹ Para uma apresentação geral, ver Baptista (1994).

³² Menezes (2011, p. 171-172) observa que a consecução do objetivo de criação de um mercado comum implica a meta da livre circulação da mão de obra por meio de normas precisas a serem adotadas pelos órgãos do Mercosul.

³³ Promulgado na legislação brasileira pelo Decreto n^o 6.975, de 7/10/2009 (Brasil, 2009).

própria ou por conta de terceiros. Também lhe são garantidos os direitos à reunião familiar, à igualdade de tratamento, à transferência de renda para o seu país de origem, entre outros (Faria, 2015, p. 100-101). Contudo, esse direito de residir não é automático: submete-se ao controle das autoridades nacionais de migração, às quais se devem apresentar documentos comprobatórios de identidade para a obtenção do direito de permanência por dois anos³⁴.

A livre circulação de pessoas para fins de trabalho em outro Estado parte pressupõe que elas tenham seus direitos sociais garantidos. Para isso, o CMC adotou, por meio da Decisão nº 19/97, o Acordo Multilateral de Segurança Social, em vigor desde 2005 (Mercado Comum do Sul, 1997)³⁵. Essa normativa visa garantir o direito à seguridade social das pessoas que trabalham em qualquer Estado parte do Mercosul. Cabe menção à Declaração Sociolaboral do Mercosul, adotada em 1998 e revisada em 17/7/2015, fundada no comprometimento dos Estados do Mercosul em garantir os direitos dos trabalhadores, reconhecidos universalmente no plano do Direito Internacional (Mercado Comum do Sul, 2015). Quanto aos trabalhadores migrantes, seu art. 7º estabelece que “todos os trabalhadores, independentemente de sua nacionalidade, têm direito à assistência, à informação, à proteção e à igualdade de direitos e condições de trabalho”, bem como o direito às mesmas prestações de serviços públicos oferecidos aos nacionais do Estado em que estiverem exercendo suas atividades (Mercado Comum do Sul, 2015, p. 5).

No intuito de consolidar a segurança jurídica no âmbito do Mercosul, foi criado um sistema de solução de controvérsias com a conclusão do Protocolo de Olivos, em 18/2/2002.³⁶ Contudo, nota-se que praticamente inexistente jurisprudência relativa à circulação de pessoas.

Também se deve mencionar o Laudo Arbitral *Ad Hoc* Mercosul, de 6/9/2006, que veio dirimir uma disputa entre a República Oriental do Uruguai e a República Argentina sobre o descumprimento do princípio de livre circulação de bens, serviços e fatores de produção entre os Estados-membros, conforme dispõe o art. 1º do Tratado de Assunção, de 1991, fundador do Mercosul (Mercado Comum do Sul, 2006). Na disputa, manifestantes argentinos impediam o acesso às vias nas pontes internacionais General San Martín e General Artigas, fronteira entre os dois países, o que impossibilitava a livre circulação das mercadorias entre ambos e causava danos econômicos ao Uruguai. O reclamante argumentou que tais bloqueios acarretavam relevantes prejuízos aos setores e agentes econômicos do país, fundamentalmente vinculados a negócios de exportação e importação, turismo e transporte terrestre de passageiros e mercadorias. Na resposta, a Argentina alegou que os manifestantes eram titulares do direito de livre expressão de pensamento fixados em tratados internacionais, vigentes no país com *status* constitucional, ao passo que as normas de integração tinham valor legal (Mercado Comum do Sul, 2006, § 44).

³⁴ Arts. 4º e 6º do Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercosul, Bolívia e Chile.

³⁵ Nesse acordo, o objetivo é a totalização dos períodos de seguros ou de contribuição. Em outros termos, as contribuições previdenciárias ao sistema de seguridade social feitas por um trabalhador em qualquer Estado-membro do Mercosul são computadas para a concessão de prestações de velhice, invalidez ou morte.

³⁶ Incorporado ao ordenamento jurídico em 9/2/2004 pelo Decreto nº 4.982 (Brasil, 2004).

No final, o tribunal *ad hoc* ponderou que a Constituição argentina e os próprios tratados internacionais de direitos humanos invocados reconhecem que esses direitos não são absolutos e que seu exercício é suscetível de limitações na medida em que afetem os direitos subjetivos de outras pessoas. A restrição do tráfego, que nesse caso levou a uma restrição à livre circulação econômica nos espaços integrados, pode ser tolerada desde que sejam tomadas as cautelas necessárias para diminuir os inconvenientes gerados. Contudo, não se observou tal conduta, pois os bloqueios repetiram-se com diferentes formas e intensidades e prolongaram-se por mais de três meses. Em virtude disso, no Laudo Arbitral *Ad Hoc* Mercosul reconheceu-se que a conduta da Argentina não fora compatível com o compromisso assumido pelos Estados partes no Tratado de Assunção.

3.2 O Direito derivado mercossulino relativo à facilitação da mobilidade de pessoas

A facilitação da mobilidade de pessoas é uma ação fundamental no contexto da construção de uma efetiva integração regional no Mercosul; a adoção de normas e acordos que simplificam e tornam ágeis os processos migratórios entre os países é essencial para a livre circulação de pessoas e para o fortalecimento das relações entre os Estados-membros. Desse modo, a construção da integração do Cone Sul foi resultado de um Direito derivado do Mercosul, complementando medidas já adotadas e efetivadas, as quais têm a vocação de assegurar o pleno exercício dos direitos dos migrantes na organização regional.

A primeira medida é o Acordo sobre Dispensa de Tradução para Documentos Administrativos para Efeitos de Imigração entre os Estados Partes do Mercosul (Mercado Comum do Sul, 2000), cujo objetivo é facilitar a livre circulação de pessoas nos países-membros, ao permitir que documentos administrativos, como certidões de nascimento, casamento e antecedentes criminais, sejam aceitos sem a necessidade de tradução para o idioma do país que as recebe (Oyarzábal, 2006, p. 125). Com essa dispensa, os cidadãos dos Estados-membros podem viajar mais facilmente para outros países do Mercosul, sem ter que enfrentar barreiras linguísticas que poderiam dificultar a obtenção de documentos e a realização de trâmites administrativos. O acordo é importante complemento do já mencionado Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercosul, Bolívia e Chile (Mercado Comum do Sul, 2002).

Outra medida relevante é o Acordo sobre Localidades Fronteiriças Vinculadas do Mercosul. Por meio da Decisão nº 13/19 do CMC, o acordo visa garantir aos cidadãos das localidades vinculadas o direito de obter o documento de trânsito vicinal fronteiriço, o que facilita a circulação transfronteiriça e proporciona, inclusive, benefícios nas áreas de educação, trabalho, saúde e comércio de bens de subsistência (Mercado Comum do Sul, 2019). O documento concede aos seus portadores a possibilidade de estudar e trabalhar nos dois lados da fronteira, além de lhes garantir o direito de transitar por canais exclusivos ou prioritários, quando disponíveis, nos postos de fronteira. O direito ao atendimento nos sistemas públicos de saúde fronteiriços também é concedido em condições de reciprocidade

e complementaridade, de forma a permitir que os residentes dessas regiões tenham acesso a serviços de saúde em ambos os lados da fronteira (Mercado Comum do Sul, 2019)³⁷.

O acordo também estabelece a cooperação entre instituições públicas em áreas como vigilância epidemiológica, segurança pública, combate a delitos transnacionais, defesa civil, formação de docentes, direitos humanos, preservação de patrimônio cultural, mobilidade de artistas e circulação de bens culturais. Além disso, contempla a elaboração de um plano conjunto de desenvolvimento urbano e ordenamento territorial das localidades fronteiriças³⁸. Igualmente, admite o cruzamento transfronteiriço de veículos de atendimento a situações de urgência e emergência, como ambulâncias e carros de bombeiros. Isso é especialmente relevante para as localidades que dependem de serviços de emergência de um país vizinho (Mercado Comum do Sul, 2019)³⁹.

Por fim, mencione-se o Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o exercício de atividades acadêmicas nos Estados partes do Mercosul, adotado pela Decisão nº 4/99 do CMC (Mercado Comum do Sul, 1999). Esse regramento desempenha papel decisivo na promoção da integração regional e tem como agente central a educação, reconhecida como imprescindível para o desenvolvimento harmonioso da região, especialmente nos campos científico e tecnológico, para enfrentar os desafios da realidade socioeconômica do continente.

O Acordo reconhece que o intercâmbio realizado pelas instituições de ensino superior do Mercosul é mecanismo eficaz para melhorar a formação e a capacitação científica, tecnológica e cultural dos acadêmicos, o que contribuiu para a modernização dos Estados-membros. Além disso, há no Acordo o objetivo de garantir que as propostas regionais na área educacional sejam pautadas pela constante salvaguarda dos padrões de qualidade vigentes em cada país e pela busca de mecanismos capazes de assimilar a dinâmica que caracteriza os sistemas educacionais dos Estados da região.

Com efeito, a implantação – pelo Direito derivado do Mercosul – da mobilidade de pessoas produziu impactos significativos na integração regional e na livre circulação de pessoas entre os países-membros. Esses dispositivos foram criados com o objetivo de facilitar a entrada de pessoas no território dos Estados-membros sem sofrer qualquer tipo de constrangimento, de modo que, desde sua implantação, têm-se observado diversos efeitos relacionados à mobilidade de pessoas, como o aumento do fluxo migratório.

De acordo com o relatório *World Migration Report 2018* da Organização Internacional para as Migrações (OIM), divulgado trienalmente, o número de migrantes vivendo no Brasil aumentou 20% entre 2010 e 2015, e chegou a 713 mil. Dentre eles, 207 mil provêm de outros países da América do Sul, representando 29% de todos os estrangeiros morando

37 Art. 3º do Acordo sobre Localidades Fronteiriças Vinculadas do Mercosul.

38 Arts. 7º e 8º do Acordo sobre Localidades Fronteiriças Vinculadas do Mercosul.

39 Art. 5º do Acordo sobre Localidades Fronteiriças Vinculadas do Mercosul.

no País. A propósito, o número de sul-americanos que migraram para o Brasil também aumentou 20% no mesmo período (International Organization for Migration, 2018, p. 18).

A pesquisa aponta que 70% de todos os movimentos migratórios na América do Sul são intrarregionais, ou seja, não envolvem deslocamentos para Estados fora da região. Argentina, Chile e Bolívia também identificaram a mesma tendência de alta no número de sul-americanos expatriados em seus respectivos territórios, com taxas de crescimento variando entre 16% e 18%, fato que se deve aos diversos acordos entre esses países e o Mercosul⁴⁰. A OIM destaca que os migrantes que chegam ao Brasil, Argentina e Chile provêm, sobretudo, dos países andinos e também do Paraguai (International Organization for Migration, 2018, p. 18).

Deduz-se do relatório da OIM que o aumento no número de migrantes vivendo no Brasil e em outros países sul-americanos reflete a crescente conectividade e interdependência dos Estados da região. Também a alta taxa de movimentos migratórios intrarregionais reforça a ideia de que a mobilidade de pessoas é uma das principais vertentes da integração regional, que em certa medida está sendo efetivada na região.

A multiplicação e a coexistência de organizações internacionais de integração constituem fatores da mobilidade de pessoas, e os Estados desempenham a função de garantidores dos direitos adquiridos em tratados ou instrumentos derivados.

4 Conclusão

Embora tradicionalmente limitados pela soberania estatal, os direitos de entrada e circulação têm sido reformulados, objetiva e subjetivamente, para satisfazer a imperativos globais, como as migrações massivas e a integração econômica. As políticas restritivas e as fronteiras territoriais dos Estados cedem espaço em face da ampla mobilidade humana, para atender às necessidades estatais em sociedades cada vez mais globalizadas. Isso revela a tendência de consolidação dos direitos de entrada e de circulação como uma realidade universal, em linha com o objetivo liberal de promover a livre circulação de pessoas e o exercício de direitos nos Estados de destino.

Observa-se a evolução das normas internacionais que regem a circulação de pessoas num contexto planetário cada vez mais interligado, em especial no plano regional, onde os laços culturais são mais estreitos e o próprio costume de mobilidade é naturalmente mais forte. Evidencia-se a proeminência das organizações internacionais de integração regional da UE e do Mercosul nesse esforço de estabelecer um espaço econômico sem fronteiras e de consagrar os direitos de entrada, de permanência e de saída de pessoas, mediante tratados internacionais – seus acordos constitutivos e o Direito deles derivado.

⁴⁰ Foi o caso do Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercosul, Bolívia e Chile.

Depreende-se, pois, que a concretização de uma sociedade internacional mais inclusiva, interconectada e igualitária, que almeja níveis de desenvolvimento econômico nos Estados, pressupõe a promoção e o fortalecimento de normas relativas à mobilidade num contexto universal mais simétrico, o que ainda dista muito da realidade.

Referências

BAPTISTA, Luiz Olavo (coord.). *Mercosul: a estratégia legal dos negócios*. 2. ed. São Paulo: Maltese, 1994. (Desenvolvimento Gerencial).

BENLOLO, Myriam. La réglementation de la Communauté Européenne relative aux travailleurs migrants. In: DAILLIER, Patrick; LA PRADELLE, Géraud de; GHÉRARI, Habib (dir.). *Droit de l'économie internationale*. Paris: A. Pedone, 2004. p. 789-799.

BENNOUNA, Mohamed. *Le droit international entre la lettre et l'esprit: cours général de droit international public*. [S. l.]: Brill: Nijhoff, 2017. (Les Livres de Poche de l'Académie de Droit International de la Haye, v. 31).

BRASIL. *Decreto nº 4.982, de 9 de fevereiro de 2004*. Promulga o Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d4982.htm. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. *Decreto nº 6.975, de 7 de outubro de 2009*. Promulga o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile, assinado por ocasião da XXIII Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizada em Brasília nos dias 5 e 6 de dezembro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6975.htm. Acesso em: 31 jan. 2024.

CARIBBEAN COMMUNITY. *Revised Treaty of Chaguaramas establishing the Caribbean Community including the CARICOM Single Market and Economy*. Nassau: CARICOM, 2001. Disponível em: https://issuu.com/caricomorg/docs/revised_treaty-text. Acesso em: 31 jan. 2024.

CARLIER, Jean-Yves. L'Europe et les étrangers. In: CHETAIL, Vincent (dir.). *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question*. Bruxelles: Bruylant, 2007. v. 2, p. 239-278. (Collection de l'Académie de Droit International Humanitaire et de Droits Humains à Genève).

COMMON MARKET FOR EASTERN AND SOUTHERN AFRICA. *Treaty establishing the Common Market for Eastern and Southern Africa*. [Kampala: COMESA, 1993]. Disponível em: https://www.comesa.int/wp-content/uploads/2019/02/comesa-treaty-revised-20092012_with-zaire_final.pdf. Acesso em: 31 jan. 2024.

COMUNIDAD ANDINA. *Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)*. [Cartagena: CAN, 1969]. Disponível em: <https://www.comunidadandina.org/wp-content/uploads/2022/03/acuerdocartagena.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. *Protocolo Sustitutorio del Convenio Simón Rodríguez*. *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, Lima, año 18, n. 694, 3 agosto 2001. Disponível em: https://issuu.com/monitoreuniciencia1/docs/protocolo_sustitutorio_del_convenio_sim_n_rodrigue. Acesso em: 31 jan. 2024.

CONSEIL DE L'EUROPE. Cour Européenne des Droits de l'Homme (5. Section). *Affaire Mugenzi c. France*: (Requête nº 52701/09). Juges: Mark Villiger, président, et al., 10 juillet 2014a. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145356>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Cour Européenne des Droits de l'Homme (5. Section). *Affaire Senigo Longue et Autres c. France*: (Requête nº 19113/09). Juges: Mark Villiger, président, et al., 10 juillet 2014b. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145355>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Cour Européenne des Droits de l'Homme (5. Section). *Affaire Tanda-Muzinga c. France*: (Requête n° 2260/10). Juges: Mark Villiger, président, et al., 10 juillet 2014c. Disponible em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145358>. Acesso em: 31 jan. 2024.

COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. *Recommendation no R (99) 23 of the Committee of Ministers to Member States on Family Reunion for Refugees and Other Persons in Need of International Protection*. [S. l.]: Refworld, 1999. Disponible em: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b39110.html>. Acesso em: 31 jan. 2024.

ECONOMIC COMMUNITY OF WEST AFRICAN STATES. *Revised Treaty*. Abuja: ECOWAS Commission, 2010. Disponible em: <https://ecowas.int/wp-content/uploads/2022/08/Revised-treaty-1.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2024.

EUROPEAN UNION. Court of Justice (Grand Chamber). *Case C-47/15: Sélina Affum v Préfet du Pas-de-Calais and Procureur général de la Cour d'appel de Douai*. Rapporteur: M. Ilešič, 7 June 2016a. Disponible em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0047&qid=1698375201706>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Court of Justice (1. Chamber). *Case C-61/11 PPU: Hassen El Dridi, alias Karim Soufi*. Rapporteur: M. Ilešič, 28 April 2011. Disponible em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0061&qid=1698374908544>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Court of Justice (2. Chamber). *Case C-578/08: Rhimou Chakroun v Minister van Buitenlandse Zaken*. Rapporteur: A. Rosas, 4 March 2010. Disponible em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0578>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Court of Justice (2. Chamber). *Joined Cases C-356/11 and C-357/11: O, S v Maahanmuuttovirasto (C-356/11), and Maahanmuuttovirasto v L (C-357/11)*. Rapporteur: A. Ó Caoimh, 6 December 2012. Disponible em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1698374616159&uri=CELEX%3A62011CJ0356>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. European Commission. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: on the delivery of the European agenda on migration*. Brussels: European Commission, 2017. Disponible em: https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2020-09/20170927_communication_on_the_delivery_of_the_eam_en.pdf. Acesso em: 2 fev. 2024.

_____. European Commission. *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council: first report on relocation and resettlement*. Brussels: European Commission, 2016b. Disponible em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0165&qid=1698355654827>. Acesso em: 31 jan. 2024.

FARIA, Maria Rita Fontes. *Migrações internacionais no plano multilateral: reflexões para a política externa brasileira*. Brasília, DF: FUNAG, 2015. (Coleção CAE). Disponible em: https://funag.gov.br/loja/download/1130-Migracoes_internacionais_no_plano_multilateral_23_10_2015.pdf. Acesso em: 31 jan. 2024.

FROUVILLE, Olivier de. Le changement en droit international public: la souveraineté est-elle toujours au fondement du droit international? *Revue de Droit d'Assas*, Paris, n. 10, p. 199-202, févr. 2015. Disponible em: <https://www.frouville.com/wp-content/uploads/2020/05/RDA-OdeF-souverainete.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2024.

IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara. Free movement of persons and regional international organisations. In: PLENDER, Richard (ed.). *Issues in international migration law*. Leiden: Brill: Nijhoff, 2015. p. 223-260.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *World migration report 2018*. Geneva: IOM, 2018. Disponible em: https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_en.pdf. Acesso em: 31 jan. 2024.

ITEN, Jean-Louis. Droit de l'Union Européenne relatifs aux migrants. In: BICHARA, Jahyr-Philippe (org.). *Direito internacional e questões da atualidade: direitos dos migrantes*. Natal: Caule de Papiro, 2021. v. 2, p. 105-142.

JACQUÉ, Jean Paul. *Droit institutionnel de l'Union Européenne*. 4e éd. Paris: Dalloz, 2006. (Cours Dalloz. Série Droit Public).

KAPYRIN, Igor. Comunidade dos Estados Independentes (C.E.I.): estudo introdutório, acordo que institui a C.E.I., Carta da C.E.I. e Tratado da União Económica da C.E.I. *Polis*: revista de estudos jurídico-políticos, [s. l.], n. 3, p. 99-148, abr./jun. 1995. Disponível em: <http://repositorio.ulusiada.pt/handle/11067/5046>. Acesso em: 31 jan. 2024.

MANIN, Philippe. Mondialisation et structures étatiques: l'expérience européenne. In: CRÉPEAU, François (dir.). *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*. Bruxelles: Bruylant, 1997. p. 123-140.

MENEZES, Wagner. *Direito internacional na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2011.

MERCADO COMUM DO SUL. *Declaração Sociolaboral do Mercosul de 2015*. Brasília, DF: Mercosul, 2015. Disponível em: https://documentos.mercosur.int/simfiles/declaraciones/58033_PT_Declara%C3%A7%C3%A3o%20Sociolaboral.pdf. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. *Laudo do Tribunal Arbitral "Ad Hoc" Mercosul, constituído para entender a controvérsia apresentada pela República Oriental do Uruguai à República Argentina sobre omissão do Governo argentino para adotar as medidas adequadas para prevenir e/ou cessar os obstáculos à livre circulação decorrentes de bloqueios em território argentino de vias de acesso às pontes Internacionais Gral. San Martín e Gral. Artigas que unem a República Argentina com a República Oriental do Uruguai*. Montevideu: [s. n.], 2006. Disponível em: http://tprmercosur.org/pt/docum/laudos/Laudo_arb_omision_estado_arg.pdf. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. *MERCOSUL/CMC/DEC nº 4/99. Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul*. Assunção: Conselho do Mercosul, 1999. Disponível em: https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/17341_DEC_004-1999_PT_Acordo%20T%C3%ADT%20Univers%20Ex%20Ativ%20Acad%C3%AAMicas_At%201_99.pdf. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. *MERCOSUL/CMC/DEC nº 12/91. Facilitação para os cidadãos do Mercosul*. Brasília, DF: Conselho do Mercosul, 1991a. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/12>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. *MERCOSUL/CMC/DEC nº 13/19. Acordo sobre Localidades Fronteiriças Vinculadas*. Bento Gonçalves: Conselho do Mercosul, 2019. Disponível em: https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/75399_DEC_013-2019_PT_Acordo%20Localidades%20Frontericas.pdf. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. *MERCOSUL/CMC/DEC nº 19/97. Acordo Multilateral de Previdência Social do Mercado Comum do Sul*. Montevideu: Conselho do Mercosul, 1997. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/1726>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. *MERCOSUL/CMC/DEC nº 28/02. Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul, Bolívia e Chile, assinado por ocasião da XXIII Reunião do Conselho do Mercado Comum*. Brasília, DF: Conselho do Mercosul, 2002. Disponível em: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/1001>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. *MERCOSUL/CMC/DEC nº 45/00. Acordo sobre Dispensa de Tradução de Documentos Administrativos para Efeitos de Imigração entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile*. Florianópolis: Conselho do Mercosul, 2000. Disponível em: https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/50972_DEC_045-2000_PT_FERR_Ac%20Isen%20Trad%20Doc%20Imigra%C3%A7%C3%A3o%20MCS%20Bol%20Chile_At%202_00.pdf. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. *Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai*. In: BRASIL. *Decreto nº 350, de 21 de novembro de 1991*. Promulga o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (Tratado Mercosul). Brasília, DF: Presidência da República, 1991b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0350.htm. Acesso em: 31 jan. 2024.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Nova Iorque: Nações Unidas, 2017. Disponível em: https://unric.org/pt/wp-content/uploads/sites/9/2023/10/PT-UDHR-v2023_web.pdf. Acesso em: 31 jan. 2024.

OLSSON, Christian. Régimes juridiques et régulation des mobilités dans l'Union Européenne. In: JAFFRELOT, Christophe; LEQUESNE, Christian (ed.). *Lenjeu mondial: les migrations*. Paris: Presses de Sciences Po, 2009. p. 53-63.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. *Tratado de Criação da Comunidade Económica Africana*. Abuja: OUA, 1991. Disponível em: https://au.int/sites/default/files/treaties/37636-treaty-0016_-_treaty_establishing_the_african_economic_community_p.pdf. Acesso em: 31 jan. 2024.

OYARZÁBAL, Mario J. A. Dispensa de traduções para efeitos de imigração no Mercosul. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 43, n. 171, p. 125-132, jul./set. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/93274>. Acesso em: 31 jan. 2024.

RESETTLEMENT: EU Member States' pledges exceed 30,000 places for 2020. *European Commission - Press release*, Geneva, 18 Dec. 2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_6794. Acesso em: 31 jan. 2024.

SORTO, Fredys Orlando. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: status jurídico dos direitos humanos em face do novo modelo de organização política. *Verba Juris*, João Pessoa, ano 5, n. 5, p. 437-470, jan./dez. 2006. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/vj/article/view/14855>. Acesso em: 31 jan. 2024.

TISSIER-RAFFIN, Marion. Crise européenne de l'asile: l'Europe n'est pas à la hauteur de ses ambitions. *La Revue des Droits de l'Homme*, [s. l.], v. 8, n. 8, p. 1-27, nov. 2015. DOI: <https://doi.org/10.4000/revdh.1519>. Disponível em: <https://revdh.revues.org/1519>. Acesso em: 31 jan. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. Acordo de adesão da República portuguesa à Convenção de aplicação do Acordo de Schengen de 14 de junho de 1985, entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa, relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns, assinada em Schengen a 19 de junho de 1990, à qual aderiu a República Italiana pelo acordo assinado em Paris a 27 de novembro de 1990. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [s. l.], ano 43, n. L239, p. 76-82, 22 set. 2000a. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2000:239:FULL>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Acordo entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [s. l.], ano 43, n. L239, p. 13-18, 22 set. 2000b. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=L:2000:239:FULL>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Comissão Europeia. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre as orientações para a aplicação da Diretiva 2003/86/CE relativa ao direito ao reagrupamento familiar*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2016a. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0165&qid=1698355654827>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Decisão (UE) 2015/1523 do Conselho, de 14 de setembro de 2015. Que estabelece medidas provisórias a favor da Itália e da Grécia no domínio da proteção internacional. *Jornal Oficial da União Europeia*, [s. l.], ano 58, n. L239, p. 146-156, 15 set. 2015a. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/dec/2015/1523/oj>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Decisão (UE) 2015/1601 do Conselho, de 22 de setembro de 2015. Que estabelece medidas provisórias no domínio da proteção internacional a favor da Itália e da Grécia. *Jornal Oficial da União Europeia*, [s. l.], ano 58, n. L248, p. 80-94, 24 set. 2015b. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/dec/2015/1601/oj>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Diretiva 2001/40/CE do Conselho, de 28 de maio de 2001. Relativa ao reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [s. l.], ano 44, n. L149, p. 34-36, 2 jun. 2001a. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/dir/2001/40/oj>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Directiva 2001/51/CE do Conselho, de 28 de junho de 2001. Que completa as disposições do artigo 26º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 14 de junho de 1985. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [s. l.], ano 44, n. L187, p. 45-46, 10 jul. 2001b. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/dir/2001/51/oj>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Directiva 2002/90/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2002. Relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [s. l.], ano 45, n. L328, p. 17-18, 5 dez. 2002. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/dir/2002/90/oj>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Directiva 2003/86/CE do Conselho, de 22 de setembro de 2003. Relativa ao direito ao reagrupamento familiar. *Jornal Oficial da União Europeia*, [s. l.], ano 46, n. L251, p. 12-18, 3 out. 2003. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2003/86/oj>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Directiva 2003/109/CE do Conselho, de 25 de novembro de 2003. Relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração. *Jornal Oficial da União Europeia*, [s. l.], ano 47, n. L16, p. 44-53, 23 jan. 2004a. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2003/109/oj>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Directiva 2004/81/CE do Conselho, de 29 de abril de 2004. Relativa ao título de residência concedido aos nacionais de países terceiros que sejam vítimas do tráfico de seres humanos ou objecto de uma acção de auxílio à imigração ilegal, e que cooperem com as autoridades competentes. *Jornal Oficial da União Europeia*, [s. l.], ano 47, n. L261, p. 19-23, 6 ago. 2004b. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/dir/2004/81/oj>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Directiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008. Relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular. *Jornal Oficial da União Europeia*, [s. l.], ano 51, n. L348, p. 98-107, 24 dez. 2008. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/dir/2008/115/oj>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Directiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011. Que estabelece normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de protecção internacional, a um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para protecção subsidiária e ao conteúdo da protecção concedida (reformulação). *Jornal Oficial da União Europeia*, [s. l.], ano 54, n. L337, p. 9-26, 20 dez. 2011a. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/dir/2011/95/oj>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Directiva 2011/98/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011. Relativa a um procedimento de pedido único de concessão de uma autorização única para os nacionais de países terceiros residirem e trabalharem no território de um Estado-Membro e a um conjunto comum de direitos para os trabalhadores de países terceiros que residem legalmente num Estado-Membro. *Jornal Oficial da União Europeia*, [s. l.], ano 54, n. L343, p. 1-9, 23 dez. 2011b. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2011/98/oj>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Directiva 2013/32/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013. Relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional (reformulação). *Jornal Oficial da União Europeia*, [s. l.], ano 56, n. L180, p. 60-95, 29 jun. 2013a. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/dir/2013/32/oj>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Directiva 2013/33/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013. Que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional (reformulação). *Jornal Oficial da União Europeia*, [s. l.], ano 56, n. L180, p. 96-116, 29 jun. 2013b. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/dir/2013/33/oj>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Regulamento (UE) 603/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013. Relativo à criação do sistema “Eurodac” de comparação de impressões digitais para efeitos da aplicação efetiva do Regulamento (UE) nº 604/2013, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou um apátrida, e de pedidos de comparação com os dados Eurodac apresentados pelas autoridades responsáveis dos Estados-Membros e pela Europol para fins de aplicação da lei e que altera o Regulamento (UE) nº 1077/2011 que cria uma Agência europeia para a gestão operacional de sistemas informáticos de grande escala no espaço de liberdade, segurança e justiça (reformulação). *Jornal Oficial da União Europeia*, [s. l.], ano 56, n. L180, p. 1-30, 29 jun. 2013c. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2013/603/oj>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Regulamento (UE) 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013. Que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou por um apátrida (reformulação). *Jornal Oficial da União Europeia*, [s. l.], ano 56, n. L180, p. 31-59, 29 jun. 2013d. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2013/604/oj>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Regulamento (CE) 810/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009. Que estabelece o Código Comunitário de Vistos (Código de Vistos). *Jornal Oficial da União Europeia*, [s. l.], ano 52, n. L243, p. 1-58, 15 set. 2009a. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2009/810/oj>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Regulamento (CE) 1683/95 do Conselho, de 29 de maio de 1995. Que estabelece um modelo-tipo de visto. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [s. l.], ano 38, n. L164, p. 1-4, 14 jul. 1995. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/1995/1683/oj>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Regulamento (CE) 2007/2004 do Conselho, de 26 de outubro de 2004. Que cria uma Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, [s. l.], ano 47, n. L349, p. 1-11, 25 nov. 2004c. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/2007/oj>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Regulamento (UE) 2016/399 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016. Que estabelece o código da União relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen) (codificação). *Jornal Oficial da União Europeia*, [s. l.], ano 59, n. L77, p. 1-52, 23 mar. 2016b. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/399/oj>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Regulamento (UE) 2016/1624 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de setembro de 2016. Relativo à Guarda Europeia de Fronteiras e Costeira, que altera o Regulamento (UE) 2016/399 do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga o Regulamento (CE) nº 863/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, o Regulamento (CE) nº 2007/2004 do Conselho e a Decisão 2005/267/CE do Conselho. *Jornal Oficial da União Europeia*, [s. l.], ano 59, n. L251, p. 1-76, 16 set. 2016c. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/1624/oj>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Regulamento (UE) 2018/1806 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018. Que fixa a lista dos países terceiros cujos nacionais estão sujeitos à obrigação de visto para transpor as fronteiras externas e a lista dos países terceiros cujos nacionais estão isentos dessa obrigação (codificação). *Jornal Oficial da União Europeia*, [s. l.], ano 61, n. L303, p. 39-58, 28 nov. 2018. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2018/1806/oj>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Regulamento (UE) 2021/1147 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de julho de 2021. Que cria o Fundo para o Asilo, a Migração e a Integração. *Jornal Oficial da União Europeia*, [s. l.], ano 64, n. L251, p. 1-47, 15 jul. 2021. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2021/1147/oj>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Tratado da União Europeia (versão consolidada). *Jornal Oficial da União Europeia*, [s. l.], ano 59, n. C202, p. 1-366, 7 jun. 2016d. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/treaty/teu_2016/oj. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Tratado de Amesterdão que altera o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns actos relativos a esses Tratados. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [s. l.], ano 40, n. C340, p. 1-144, 10 nov. 1997. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/treaty/ams/sign>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de dezembro de 2007. *Jornal Oficial da União Europeia*, [s. l.], ano 50, n. C306, p. 1-271, 17 dez. 2007. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/treaty/lis/sign>. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (versão consolidada). *Jornal Oficial da União Europeia*, [s. l.], ano 59, n. C202, p. 1-388, 7 jun. 2016e. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2016/oj. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Tribunal de Justiça. *Conclusões do advogado-geral, M. Poiares Maduro, apresentadas em 30 de setembro de 2009: Processo C-135/08: Janko Rottman contra Freistaat Bayern*. [S. l.]: EUR-Lex, 2009b. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62008CC0135&qid=1698340038697>. Acesso em: 31 jan. 2024.

UNITED NATIONS. *International Covenant on Civil and Political Rights*. [New York]: United Nations, 1967. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/03/19760323%2006-17%20AM/Ch_IV_04.pdf. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. *Vienna Convention on the Law of Treaties*. [New York]: United Nations, 1970. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf. Acesso em: 31 jan. 2024.

VATTEL, Emer de. *O direito das gentes*. Tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília, DF: Ed. UnB, 2004. (Clássicos IPRI).

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a 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/>

Jurisdição constitucional e ativismo judicial: diálogo crítico com as vertentes interpretativas da judicialização da política no Brasil

Constitutional jurisdiction and judicial activism: critical dialogue with the interpretative aspects of the judicialization of politics in Brazil

Valter Rodrigues de Carvalho¹

Resumo

O artigo analisa as interpretações da judicialização da política no Brasil com base em metodologia qualitativa e constata que é pontual e limitada a interpretação da judicialização da política como substituta da vontade majoritária pela dos tribunais. O conceito de *judicialização da política* menos controverso é o que enfatiza o uso estratégico dos tribunais contra decisões majoritárias pelas oposições, cuja intenção é buscar visibilidade midiática, além de desmerecer, protelar e sustar aquelas decisões. Verifica também que são plausíveis as interpretações que revestem a judicialização da política de caráter representativo, cuja legitimidade e justificação derivam da cadeia de delegação do Estado e da Constituição. Todavia, a *accountability* desses representantes não sujeitos ao dispositivo eleitoral deve rejeitar mecanismos de revocabilidade e deslocá-la para a força vinculatória da Constituição como programa substantivo com eficácia orientada para o futuro. Para isso, por revelar *a priori* princípios de justiça e equidade, a interpretação do *Direito como integridade* é mais efetiva na geração de *accountability* que uma interpretação pragmática do Direito, dado seu caráter instrumental e utilitarista.

Palavras-chave: Constituição; jurisdição constitucional; ativismo judicial; judicialização da política.

¹ Valter Rodrigues de Carvalho é doutor em Ciência Política pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, SP, Brasil; licenciado em História pela PUC-SP, São Paulo, SP, Brasil; bacharel em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes, Mogi das Cruzes, SP, Brasil; advogado. E-mail: valter.carvalhosp@gmail.com

Abstract

The article analyzes the interpretations of the judicialization of politics in Brazil based on qualitative methodology and finds that the interpretation of the judicialization of politics as a substitute for the majority will for that of the courts is punctual and limited. The least controversial concept of *judicialization of politics* is the one that emphasizes the strategic use of the courts against majority decisions by the opposition, whose intention is to seek media visibility, in addition to belittling, delaying and suspending those decisions. It also verifies that the interpretations that involve the judicialization of representative politics are plausible, whose legitimacy and justification derive from the chain of delegation of the State and the Constitution. However, the accountability of these representatives not subject to the electoral device must reject recall mechanisms and shift it to the binding force of the Constitution as a substantive program with future-oriented effectiveness. To this end, the interpretation of *Law as integrity*, by revealing *a priori* principles of justice and equity, is more effective in generating accountability than a pragmatic interpretation of Law, given its instrumental and utilitarian character.

Keywords: Constitution; constitutional jurisdiction; judicial activism; judicialization of politics.

Recebido em 9/11/23

Aprovado em 21/2/24

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

O Brasil inscreve-se no processo internacional de judicialização da política, que decorre da expansão global da *judicial review*, de origem norte-americana; paulatinamente, ela foi transformando o Poder Judiciário em relevante ator político. O caso *Marbury vs. Madison* (1803) introduziu uma inovação destinada a alterar de forma radical o que se tinha como imutável até então: a possibilidade de juízes suspenderem a validade e eficácia de decisões

2 CARVALHO, Valter Rodrigues de. Jurisdição constitucional e ativismo judicial: diálogo crítico com as vertentes interpretativas da judicialização da política no Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 242, p. 61-94, abr./jun. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p61

3 Carvalho, V. R. de. (2024). Jurisdição constitucional e ativismo judicial: diálogo crítico com as vertentes interpretativas da judicialização da política no Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(242), 61-94. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p61

do Poder soberano⁴. E isso se vincula diretamente à ideia de construir um novo absoluto do qual deriva o Poder: a Constituição escrita. Ao erigir um novo absoluto a impor sua *força normativa*⁵, que substitui o corpo do rei ou dos parlamentos como fonte legitimadora do poder, a Constituição escrita tornou-se a norma hierarquicamente superior⁶. Como o dogma da supremacia constitucional requeria, para perdurar, um Poder que zelasse pela conformação das leis à Constituição, esse papel foi delegado a uma corte constitucional.

Tributária do ideal de supremacia da soberania popular, a França não apenas incorporou um núcleo intangível de direitos a sua Constituição no pós-guerra, como também instituiu o Conselho Constitucional, que a partir de 1970 operou a reversão da forte tradição de primazia da vontade majoritária herdada da revolução de 1789, cuja consequência foi o fim da exceção jacobina⁷. A partir de então, a *judicial review* rapidamente alcançou países antes mais resistentes a sua incorporação, como a Inglaterra. Nos anos 1970, na transição do regime autoritário à democracia, instituiu-se em Portugal uma Constituição programática, em que os direitos sociais e fundamentais, além de vincularem o legislador, não prescindem do escrutínio de uma corte a aferir a eficácia e a conformidade à Constituição. Dessa forma, aproximaram-se as dimensões da *justiça* e da *política*, divorciadas por uma longa tradição juspositivista.

A experiência de Portugal teve grande influência na formação do constitucionalismo brasileiro naqueles anos de transição. Com base nessa influência e nas possibilidades abertas pelo fim da ditadura militar, rompeu-se com a ideia de Constituição como sistema fechado de garantias da autonomia privada – herança da tradição liberal – e, em seu lugar, erigiu-se a Constituição como *obra aberta*, dotada de valores como liberdade, igualdade e dignidade humana, cuja eficácia deve ser perseguida pelas gerações futuras⁸.

O objetivo geral deste artigo é dialogar criticamente com as vertentes interpretativas da judicialização da política no Brasil. Os objetivos específicos centram-se no estudo das precondições incentivadoras da judicialização apontadas na literatura e a constatação delas na experiência brasileira. Analisam-se também os achados empíricos da literatura sobre a judicialização da política.

A análise crítica do objeto deste artigo centra-se em três vertentes interpretativas da judicialização política: a) como *continuidade da representação funcional*, formulada pelo sociólogo Luiz Werneck Vianna (1938-2024); b) como *resultado das estratégias políticas*, de Matthew M. Taylor e Luciano Da Ros; e c) como *função qualificadora/ressignificadora da representação*, de Thamy Pogrebinski. Ao analisar e cotejar as três interpretações, indaga-se:

4 Para uma análise pormenorizada do caso *Marbury vs. Madison*, ver Souto (2008, p. 11-21).

5 O conceito de *Constituição como força normativa* é de Hesse (2004, p. 15-16).

6 O conceito de *novo absoluto* é de Arendt (1988, p. 146-167).

7 O conceito de *fim da exceção jacobina* é de Garapon (1996, p. 31-35).

8 *Constituição como obra aberta* é um conceito de Vianna calcado na teoria da *Constituição aberta* de Häberle; ver Häberle (2002, p. 11-12) e Vianna (2010, p. 95-96).

esses estudos empíricos revelam uma judicialização da política no Brasil? As interpretações da judicialização como representação resolvem plausivelmente questões de delegação e de *accountability* (por exemplo, responsabilização), intrínsecas ao fenômeno da representação?

As hipóteses centrais do artigo sustentam que no Brasil a interpretação mais consensual da judicialização da política realça o uso estratégico e tático dos tribunais por atores políticos e institucionais, seja para buscar visibilidade e marcar posição, seja para desmerecer, protelar e sustar decisões majoritárias; e que é pontual e limitada a interpretação da delegação de poder baseada na teoria da usurpação da vontade majoritária pelos tribunais. As hipóteses sustentam também o fito de legitimar e justificar o caráter representativo de cortes constitucionais. Os Estados democráticos caracterizam-se pelas redes de delegações, mas a forma de *accountability* deve prescindir da revocabilidade de delegação e deslocar-se para o caráter programático da Constituição e sua força vinculatória do intérprete judicial; para isso, uma interpretação do *Direito como integridade* revela maior capacidade de gerar *accountability* se comparada a uma interpretação pragmática.

Utiliza-se neste estudo a metodologia qualitativa, combinando duas técnicas: a análise bibliográfica e a análise conceitual. A pesquisa qualitativa com fontes bibliográficas oferece meios para conhecer o objeto de pesquisa e explorar conhecimentos ainda não sedimentados. Assim, “a pesquisa bibliográfica não é mera repetição do que já foi dito ou escrito sobre certo assunto, mas propicia o exame de um tema sob novo enfoque ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras” (Marconi; Lakatos, 2007, p. 189). Por sua vez, a técnica conceitual é utilizada quando se precisa definir o objeto de pesquisa; nesse modelo de investigação, demanda-se do pesquisador que o apuro conceitual seja o máximo possível, o que significa que a técnica bibliográfica [...] e as estruturas lógicas do raciocínio devam ser permanentemente sopesadas pelo pesquisador” (Bittar, 2007, p. 186). Em toda pesquisa é raro o momento em que não nos deparamos com a necessidade de definir conceitos, tarefa que se relaciona estreitamente à análise bibliográfica.

2 Arranjos político-institucionais e jurídicos incentivadores do ativismo e a experiência brasileira

A judicialização da política compõe-se de dois fenômenos inter-relacionados.

Um deles é a definição de políticas públicas pelos tribunais – notadamente pelo órgão de cúpula, a corte constitucional – em que eles substituem a vontade majoritária democraticamente legitimada por eleições. Nessa acepção, a judicialização corresponde à expansão da competência dos tribunais em questões de políticas públicas sobre as quais se devem formar juízos jurisprudenciais (Vallinder, 1994, p. 91). Desse modo, eles passam a exercer poderes decisórios e atribuições antes privativos da esfera dos Poderes políticos – o Legislativo e o Executivo. De acordo com Stone (1994) e Vallinder (1994), como estão autorizados a intervir na elaboração de políticas públicas, os juízes dos tribunais superiores são especialmente

requisitados a participar de sua formulação e implantação. Para isso, os políticos estão legitimados – o que só ocorre, como regra, em regimes democráticos – a provocar os tribunais para exigir a aferição da constitucionalidade das leis, normas e atos dos outros Poderes. Mais que isso, a jurisprudência constitucional transmuta-se em paradigma para as decisões dos outros dois, em que o processo legislativo é direcionado e condicionado pela vontade dos tribunais (Stone, 1994, p. 447); isso ocorre porque a ameaça de vetos e censuras induz os políticos a anteciparem reações.

O outro fenômeno está em que *judicializar* significa também adotar, na arena política e administrativa, tanto procedimentos similares aos utilizados pelos juízes quanto parâmetros jurisprudenciais definidos pelos tribunais, *ex officio* ou mediante provocação (Vallinder, 1994, p. 91; Stone, 1994, p. 444; Garapon, 1996, p. 42). Em outras palavras, as esferas político-deliberativas são tão fortemente influenciadas pela arena judicial que se tornaram comuns regras e procedimentos típicos dos tribunais e peculiares ao processo judicial (Vallinder, 1994).

Ambos os fenômenos realizam-se em circularidade ou reciprocidade: a política é judicializada e a justiça é politizada. Na precisa definição de Garapon (1996, p. 42, grifos nossos), “a *politização* do pensamento judicial só encontra seu equivalente na *judicialização* do discurso político”. Esta é a mais disseminada e de mais fácil percepção que a outra, mais específica e limitada, embora os discursos (inclusive os de parte da literatura) lhe tenham atribuído uma dimensão que os dados empíricos desautorizam.

A judicialização depende de precondições sociais, políticas e jurídico-institucionais. Tate e Vallinder (1995), Stone (1994) e Vallinder (1994) pioneiramente elencaram precondições político-institucionais propiciadoras da judicialização da política e da politização da justiça. Proceda-se aqui a um balanço dessas precondições para, com base na literatura apropriada, aferir a sua existência no contexto histórico-institucional brasileiro a partir da reinstauração da democracia.

Primeiro: democracia com pluralismo político é condição necessária, mas não suficiente. A democracia pluralista requer atores sociais competindo nas arenas político-sociais, bem como regras e procedimentos que aceitem e processem suas reivindicações e demandas. É impossível haver tribunais ativos em regimes autoritários, em que os governantes não toleram processos decisórios com base em procedimentos e regras que impliquem participação e oponham vetos a suas decisões (Tate, 1995, p. 29). Segundo Dahl (2005, p. 29), a democratização é “formada por pelo menos duas dimensões: contestação pública e direitos de participação”. A essa precondição o Brasil satisfaz plenamente. A democratização agigantou o contingente de cidadãos aptos a participar das decisões políticas: o pluralismo é robusto no âmbito partidário, sindical e associativo (Carvalho, 2002, p. 200-201; Ramalho, 2008, p. 137-139), inclusive com a participação dessas formas de organização no controle de constitucionalidade das leis e normas emanadas dos Poderes.

Segundo: a separação de Poderes é condição necessária ao incentivo da judicialização da política, pois na arquitetura constitucional o Judiciário encontra-se em posição confortável

quando intervém nas decisões dos demais Poderes, pois também é um Poder independente. Na verdade, não mais se trata da velha divisão mecânica proposta por Montesquieu. Sobre esse fato Benjamin Constant (1767-1830) já argumentara que “de nada adianta dividir os poderes: se a soma total do poder é ilimitada, os poderes divididos só necessitam formar uma coalizão, e o despotismo é irremediável”. Em outras palavras, dever-se-iam impor limites aos Poderes, pois “há objetos sobre os quais o legislador não tem o direito de fazer uma lei, ou, [...] que a soberania é limitada e que há vontades que nem o povo nem seus delegados têm o direito de ter” (Constant, 2005, p. 13). Esse ideal – consubstanciado nos direitos negativos à época em que Constant escreveu – já era uma realidade nos EUA. Na arquitetura da Constituição mista idealizada e realizada, a velha separação dos Poderes cedeu lugar ao sistema dos *checks and balances*, por meio do qual um Poder pode intervir em outro, de modo que se limitam reciprocamente (Dahl, 2015, p. 48-49). Como exemplo, pode-se mencionar o poder de veto do Executivo sobre o Legislativo, o poder da câmara alta de limitar tanto a câmara baixa quanto o Poder Executivo e a revisão de leis e normas dos demais Poderes por uma corte constitucional.

Sob a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), o Judiciário adquiriu autonomia funcional e administrativa, além de independência e garantias para seus membros, como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimento (Mendes; Coelho; Branco, 2008, p. 974-978). Da incumbência de realizar o controle de legalidade de normas e atos dos governantes decorre “a necessidade de que, na sua organização, materialize-se a clara relação de independência do Poder Judiciário e do próprio juiz em relação aos demais Poderes ou influências externas” (Mendes; Coelho; Branco, 2008, p. 977). Assim, é possível “tolerar a tomada de decisões em processos que ponham a adesão a regras e direitos processuais e legais acima da rápida obtenção dos resultados substantivos desejados” (Tate, 1995, p. 28, tradução nossa). Nessas condições, o Judiciário torna-se ator com poder de veto sobre decisões dos governantes.

Terceiro: a existência de cartas de direitos – *bills of rights*, nos moldes inglês e norte-americano –, as quais ocupam lugar superior na hierarquia das normas, é condição incentivadora da judicialização, embora não necessariamente a provoque (Tate, 1995, p. 29). Depois da barbárie totalitária do século XX, expandiu-se mundo afora a incorporação de catálogos de direitos fundamentais nas Constituições (Cappelletti, 1999; Garapon, 1996). Numa perspectiva crítica, Garapon (1996, p. 40) afirma que a hierarquização das normas (introduzindo um nível superior) e a desnacionalização do Direito (com a introdução de catálogos de direitos humanos também superiores na escala hierárquica) provocaram uma revolução, em que o soberano se vê superado pelos tribunais, perante os quais seus atos poderão ser revisados e reconsiderados à luz dos textos fundadores de hierarquia superior. No Brasil, o revigoramento da sociedade civil na transição para a democracia trouxe à tona novos atores, tolhidos por anos de regime autoritário-burocrático (Sader, 1988, p. 314). Oriunda desse processo, a CRFB – a mais generosa e rica Constituição da história do País em termos de direitos civis, políticos e sociais – assegurou, não sem problemas de

eficácia e retrocessos, a sequência de direitos historicamente verificados na experiência de poucos países desenvolvidos (Carvalho, 2002, p. 200-208). Ela contém, inclusive, um núcleo intangível de direitos fundamentais.

Quarto: o uso dos tribunais por grupos de interesses é condição incentivadora da judicialização. Tais grupos com interesses econômicos e sociais são centrais na estruturação do sistema político, de modo que o Direito se desenvolve e se expande como resultado de suas pressões; e, quando os interesses desses grupos não são conquistados pela via tradicional, os tribunais configuram-se como possibilidade de veto às decisões majoritárias (Tate, 1995, p. 30). A exemplo dos empresariais, esses grupos podem disfarçar seus reais interesses ao defenderem outros que prejudiquem os concorrentes. Ou defender direitos de categorias, como os sindicatos, e atentar para a viabilidade econômico-financeira de suas propostas. Após a transição, parte dos grupos de interesses – associações empresariais, sindicais e profissionais – ocupou posição proeminente na ordem constitucional, ao compor a comunidade de intérpretes da Constituição (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999). Desse modo, segundo Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1999, p. 259), a judicialização da política não resulta do protagonismo institucional do Poder Judiciário, pois

[ela] deriva, diversamente, de novas práticas de resistência da sociedade civil, particularmente dos partidos que compõem a minoria parlamentar e das associações de interesses dos setores subalternos, que vêm encontrando na comunidade dos intérpretes um caminho para reforçar sua representação.

Quinto: o uso dos tribunais pela oposição partidária, condição complementar à anterior, incentiva a judicialização. Para Hirschl (2009, p. 165), os partidos de oposição podem “buscar judicializar a política [...] para dificultar a vida do governo da vez [...]”. Podem recorrer ao Judiciário na tentativa de aumentar sua exposição na mídia, independentemente de o resultado final da disputa ser ou não favorável”. Por isso, afirma que a judicialização transcende o debate acerca de direitos, garantias e arranjos institucionais, e comporta um componente estratégico dos grupos políticos diante dos conflitos sociais, econômicos e políticos, com a finalidade de realizar plataformas ideais. No Brasil, a abertura do sistema de controle constitucional – antes limitado ao procurador-geral da República – tornou essenciais os partidos no processo de interpretação da Constituição. Desse modo, o uso estratégico dos tribunais pela oposição foi testado e provado por estudos empíricos nas últimas décadas (Arantes, 1997, p. 185; Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 95; Teixeira, 2001, p. 135; Taylor; Da Ross, 2008, p. 833; Pogrebinski, 2011, p. 90). Os partidos de oposição utilizam mais frequentemente os tribunais para se contraporem a decisões do governo, pois “fazem uso três vezes mais do que os partidos de governo” (Pogrebinski, 2011, p. 90). A respeito do governo de Fernando Henrique Cardoso, destacam Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1999, p. 103) que o fato de os partidos de esquerda serem responsáveis pela iniciativa da quase totalidade das Ações Diretas de Inconstitucionalidade

(ADIs) “prova a consistente judicialização da política como recurso da minoria”. É, pois, um dado comprovado o uso dos tribunais pelos partidos de oposição, que se tornaram os principais propositores de ADIs.

Sexto: é precondição propiciadora da judicialização a inefetividade das instituições majoritárias em definir a vontade da maioria. Segundo Tate (1995, p. 31-32), nessa variável incluem-se situações em que a judicialização ocorre porque as instituições majoritárias são ineficazes em concretizar políticas necessárias à população, quando das práticas de corrupção ou da evidente fragilidade dos partidos políticos e coalizões governamentais resultam a paralisia decisória e a crise de governabilidade das instituições majoritárias. Como são incapazes de prover às demandas sociais, as forças majoritárias preferem a inércia, e as minorias levam o conflito para a arena judicial.

Essa condição não é satisfeita no Brasil. À exceção do breve governo de Fernando Collor de Mello (1990-1992), predominaram governos de amplas coalizões nos mandatos de Itamar Franco (1992-1994), Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) e Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010). A predominância do Poder Executivo é perceptível nos dados levantados em estudos empíricos sobre iniciativa legislativa (Figueiredo; Limongi, 2003; Santos, 2003). No caso de leis cuja iniciativa compete também ao Legislativo, 85% das leis sancionadas a partir de 1988 foram iniciadas pelo Executivo (Figueiredo; Limongi, 2003, p. 50-51). Assim, “a agenda do Executivo segue uma rota excepcional, passa em tramitação urgente, enquanto a agenda do Legislativo segue a via das comissões e do poder terminativo” (Figueiredo; Limongi, 2003, p. 67). Trata-se de um padrão de continuidade de Executivo herdado do período autoritário.

Considera-se, por fim, a delegação de responsabilidade das instituições majoritárias na definição da vontade da maioria. De forma intencional, as instituições majoritárias, em dados contextos e situações, podem optar por delegar a definição da vontade da maioria às cortes de Justiça. Quando a maioria, por meio de seus líderes, renuncia à tomada de decisões sobre determinados temas, sinaliza que o faz propositadamente, pois em geral os custos políticos de decidir sobre certos temas controversos comportam riscos de magnitude elevada para a continuidade dos representantes eleitos em suas respectivas carreiras (Tate, 1995, p. 32). Para Hirschl (2009, p. 165), trata-se de cálculo estratégico com duas intenções ou resultados possíveis: a) aumentar a legitimidade ou reduzir a culpa dos políticos pelas decisões sobre temas controversos; e b) a delegação “pode representar um refúgio para políticos que buscam evitar dilemas difíceis, nos quais não há vitória possível, e/ou evitar o colapso de coalizões de governo em estado de fragilidade ou de impasse”. São os casos da renúncia de certas legislaturas estaduais norte-americanas ao decidirem sobre liberalização e descriminalização do aborto, ou ao delegarem aos tribunais a administração de prisões e reformatórios (Tate, 1995, p. 31-32). De fato, diante de questões coletivamente controversas – como o aborto, o casamento homoafetivo e o uso medicinal da *Cannabis* –, os políticos delegam-nas à competência dos tribunais.

No Brasil, há um caso exemplar desse tipo de delegação: a equiparação da união homoafetiva à união estável por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. Na esteira da conscientização e da superação do preconceito contra a orientação sexual no Brasil, as uniões homoafetivas tornaram-se mais presentes no cenário social, e o tema chegou ao STF (Barroso, 2018, p. 423). Diante da inércia do procurador-geral da República, detentor da legitimidade universal⁹, o governador do Rio de Janeiro, dada sua legitimação especial, apresentou a ADPF mediante a demonstração de pertinência temática. Em interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 da Lei nº 10.406/2002 (*Código civil*), o STF estendeu à união homoafetiva o reconhecimento de entidade familiar da união heteroafetiva.

3 Judicialização da política como continuidade da representação funcional herdeira da tradição republicana

O conceito de judicialização da política como *representação funcional* tem Luiz Werneck Vianna como seu formulador – um pioneiro no estudo desse tema e das relações sociais e um estudioso do pensamento social e político-jurídico brasileiro. Sua concepção de judicialização, otimista e progressista, inscreve-se em suas obras sobre a formação de um Estado regulador a partir dos anos 1930. Analisa-se aqui o conceito de *judicialização* com base em três de suas obras: *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil* (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999), *Dezessete anos de judicialização da política* (Vianna; Burgos; Salles, 2007) e *O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação* (Vianna, 2010).

A judicialização da política e das relações sociais no Brasil inscreve-se no processo de expansão global da *judicial review* de origem norte-americana, que aos poucos incorporou o Judiciário como novo ator na expressão da vontade soberana. Aproximam-se, assim, as duas dimensões: a do Poder Judiciário e a do poder político, separadas por uma longa e resistente tradição juspositivista. Na França, cujo Conselho Constitucional foi instituído em 1948, assistiu-se à reversão de uma forte tradição de primazia da vontade majoritária a partir dos anos de 1970 – herdada da revolução de 1789. A partir daí, “o processo de *judicial review* não somente se amplia como se generaliza nos países de democracias avançadas, atingindo inclusive a Inglaterra, país que mais resistiu a ele no Ocidente europeu” (Vianna, 2010, p. 94).

O movimento de expansão da *judicial review* chegou a países que transitaram para a democracia, como Portugal e a Espanha, e a partir deles se irradiou para o Brasil. Na década de 1970, as Constituições desses países, notadamente a de Portugal, ancoraram-se nos direitos fundamentais, em que os atos legislativos do Poder soberano não prescindem

⁹ Sobre o assunto, ver Barroso (2018, p. 421-445).

do “escrutínio, em nome da defesa dos direitos fundamentais, por uma corte de controle constitucional dotada da capacidade de declará-los, quando provocada por uma ação de um agente social, como contrários a estes direitos, assim impedindo a sua concretização” (Vianna, 2010, p. 94). Segundo o autor, o esteio da judicialização é esse caráter vinculatório dos direitos fundamentais, submetido ao escrutínio do controle constitucional. Ela é, pois, obra do constituinte.

Para Vianna (2010), a partir de 1988 essas grandes mutações societárias não passaram despercebidas pela teoria constitucional e pelos atores políticos; operou-se uma inovação radical na direção da superação do constitucionalismo liberal pelo constitucionalismo comunitário como “sociedade mesma constituída”, na expressão de Peter Häberle (*apud* Vianna, 2010, p. 96). Rompeu-se com a ideia de Constituição como sistema fechado de garantia à autonomia privada, herança liberal, e ensejou-se o conceito de Constituição como *obra aberta*, com os valores da igualdade e dignidade humanas a serem realizados. A “Constituição seria, nesse sentido, uma obra aberta confiada às futuras gerações, às quais competiria garantir a efetividade do sistema de direitos constitucionalmente assegurados por meio dos recursos procedimentais dispostos em seu [...] texto” (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 40). A CRFB confirma a tradição republicana que remonta a 1930, na qual o mercado de trabalho e o mercado político – as duas dimensões centrais da modernidade – estavam recobertos pelos procedimentos e instituições do Direito; desde que se entenda isso, é possível compreender a judicialização da política.

Na análise empírica desse processo, Vianna agrega os dados de sua primeira pesquisa (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999) a novos dados coletados e consolidados em 2006 (Vianna; Burgos; Salles, 2007); ao todo são 3.648 ADIs apresentadas ao STF entre 1988 e 2005. O autor ressalta que seu objetivo é “verificar se o padrão de judicialização da política antes constatado ainda persiste [...] e como variou, no curso de quase duas décadas, o perfil dos seus autores e temas” (Vianna; Burgos; Salles, 2007, p. 43). Por isso, as ADIs foram classificadas tendo em conta: a origem, o requerente e o requerido, o dispositivo legal questionado, a classe temática, a fundamentação constitucional e o resultado da liminar. A análise foi dividida em três períodos: a) antes de Fernando Henrique Cardoso (1988-1993); b) durante os seus mandatos (1994-2002); e c) no primeiro mandato de Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2006).

Em relação aos dados, algumas tendências gerais são visíveis. Uma delas são as alterações no uso das ADIs em função das mudanças na correlação de forças no governo. Assim, a esquerda, que era minoritária no governo de Fernando Henrique Cardoso, recorria com muita frequência ao instrumento das ADIs. Para Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1999, p. 259), a judicialização da política no Brasil resulta “de novas práticas de resistência da sociedade civil, particularmente dos partidos que compõem a minoria parlamentar e das associações de interesses dos setores subalternos, que vêm encontrando na comunidade dos intérpretes um caminho para reforçar a sua representação”. Ao se tornar governo, a esquerda reduziu drasticamente o uso de ADIs. O Partido dos Trabalhadores (PT), campeão

no manejo de ADIs, não apresentou ADI alguma no governo de Luiz Inácio Lula da Silva; nesse período, declinou substancialmente o número de ADIs apresentadas por associações e partidos e, inversamente, houve o incremento substancial das ADIs propostas por governadores e procuradores. Desse modo, “os porta-vozes da opinião (partidos) e dos interesses (associações), que no período FHC [chegaram] a responder por 54% do total das [ADIs], [tiveram] sua participação reduzida a menos de 37% do total no governo Lula” (Vianna; Burgos; Salles, 2007, p. 48). Em tendência inversa, governadores e procuradores apresentaram 56,6% do total. Dentre as ADIs dos procuradores, 40% foram apresentadas entre 2004 e 2010. Nesse período, o percentual das ADIs dos procuradores subiu de 11,2% para 35,9%, ao passo que o dos partidos decresceu de 28% para menos de 15%, devido à drástica queda da presença da esquerda no uso das ADIs. Em relação à classe temática, 60% (2.178) das ADIs contestaram normas da Administração Pública; 12,6% (457) o fizeram em relação a normas tributárias; 11,6% (422) contrapuseram-se às normas de regulação da sociedade civil; 6,1% (221), às de regulação econômica; e apenas 3,8% (138) insurgiram-se contra a política social. Essas normas contestadas eram majoritariamente estaduais. De fato, os legislativos estaduais produziram 40% (1.429) das normas de Administração Pública contestadas. Por sua vez, as ADIs contra normas federais são mais diversificadas em seus conteúdos: 39,3% são normas da Administração; 17%, de política tributária; 14,2%, de regulação da sociedade civil; e 10,5%, de regulação econômica.

Os governadores apresentaram 949 ADIs. Depois de um declínio em 1998, nota-se que eles retomaram sua presença. Numa análise por classe temática, “nada menos que 87,1% (827) das [ADIs] de governadores se voltam contra normas aprovadas pelas assembleias legislativas” (Vianna; Burgos; Salles, 2007, p. 53). E não menos que 68,7% delas buscam a arguição de inconstitucionalidade de normas da Administração Pública; apenas 5% são contra normas do Legislativo federal. A forte presença dos governadores deve-se à “produção das constituições estaduais, e, logo em seguida, pela reforma administrativa, o que implicou o ajuste dos estados [...] à política de redução dos gastos com a máquina pública [...] praticada pelo governo federal” (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 74).

Essa questão é mais bem compreendida quando se analisam as ADIs dos procuradores, que apresentaram 808 ADIs. Depois de um declínio, em meados dos anos 1990, observa-se que o número de ADIs dos procuradores voltou a crescer a partir de 2004. Reiterando o perfil das ADIs dos governadores, 65,6% das ADIs contestam normas dos legislativos estaduais. Quando se dá ênfase à classe temática, 80% das ADIs dos procuradores surpreendentemente tratam de matéria de Administração Pública: “no âmbito das [ADIs], a atuação do Ministério Público está, prioritariamente, focada no tema da racionalidade administrativa, e apenas secundariamente nos temas que envolvem interesses sociais e das minorias” (Vianna; Burgos; Salles, 2007, p. 61). No âmbito federal, 11,8% das ADIs dos procuradores contestaram normas do Legislativo e 3,2%, as do Executivo. Portanto, sobressai o caráter racionalizador imposto à produção de leis dos legislativos estaduais por meio do controle de constitucionalidade exercido por esses intérpretes (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos,

1999). Observa-se, pois, uma sintonia entre a origem das normas e a classe temática das normas contestadas pelos governadores e procuradores.

Os partidos políticos apresentaram 723 ADIs no período. Predominam as agremiações de esquerda, responsáveis por 56,6% (409) delas; o centro, a direita e os “nanicos” vêm em seguida, respectivamente com 21,0% (152), 14,9% (108) e 7,5% (54). O pico da atuação dos partidos ocorre entre 1999 e 2002. Quando se enfatiza a origem das normas contestadas, contrariamente às ADIs de governadores e procuradores, constata-se que 393 das ADIs dos partidos se voltaram contra normas do Legislativo federal, e a esquerda foi responsável por 69,7% (274) delas. Esse dado é uma “forte evidência da adoção das [ADIs] como mecanismo de defesa das minorias políticas em face da maioria esmagadora do presidencialismo de coalizão, que caracterizou sobretudo os dois períodos FHC” (Vianna; Burgos; Salles, 2007, p. 68). O PT foi responsável pela maior parte das ADIs da esquerda contra normas do Legislativo federal: quase 60% (136) delas. O Partido Democrático Trabalhista (PDT) e o Partido Socialista Brasileiro (PSB) vêm em seguida, respectivamente com 26,9% (75) e 8,6% (24).

As associações foram responsáveis por 907 ADIs. Além do uso constante, observa-se um ligeiro crescimento entre 2004 e 2010. Juntamente com os partidos, as associações constituem um indício clássico da judicialização da política. Das ADIs das associações, 37,0% (336) são de funcionários públicos; 34,2% (310), de empresários; 14,7% (133), de trabalhadores; e 14,1% (128), de interesses específicos. Ainda que o STF tenha limitado o papel das associações com a severa exigência de cláusula de pertinência – um claro resquício autoritário que levou à rejeição preliminar de 144 ADIs –, “o mundo dos interesses e das profissões (inclusive os empresários) tem-se apresentado como o principal intérprete, em termos quantitativos, da Constituição” (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 105). Quando se discriminam as ADIs das associações, é possível compreender melhor a judicialização desses intérpretes. Entre as associações de funcionários públicos, a maior incidência é de magistrados, com 28,6% (96); policiais, com 22,3% (75); fiscais, com 12,5% (42); e procuradores, com 11,6% (39). A forte presença de associações do funcionalismo público é mais uma evidência de que a CRFB se tornou parâmetro para o Direito Administrativo (Vianna; Burgos; Salles, 2007, p. 72). A reforma do Estado chocou-se com os interesses do funcionalismo público, inclusive do sistema de Justiça.

Para Vianna, Burgos e Salles (2007, p. 72), as ADIs das associações têm caráter “bastante heterogêneo, incluindo não apenas a defesa de interesses corporativos, mas também uma pauta mais ampla, que tem contribuído para assegurar [...] certa uniformidade nacional nos procedimentos relacionados ao funcionamento do sistema do direito”. Quanto à origem e à classe temática, elas são variáveis também. As ADIs movidas pelo mundo empresarial concentram-se em normas da esfera federal (64,9%) com conteúdos tributários (40,5), regulação da sociedade civil (28,5%) e de cunho econômico (11,7%) – daí a conclusão de que “os empresários também se comportam como ‘minorias’, recorrendo à justiça a fim de obstar a vontade da maioria, um sinal, talvez, da debilidade de sua representação política

na estrutura partidária” (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 110). Por sua vez, as ADIs das associações de trabalhadores contestam majoritariamente normas de origens estaduais (64,3%), cuja rubrica é a Administração Pública (59,6%); no âmbito federal, 15,1% das normas contestadas têm origem no Executivo e 19,6%, no Legislativo; as demais se distribuem pelas áreas econômicas, sociais, de regulação da sociedade e de política tributária. Por fim, entre as ADIs das associações de trabalhadores, as centrais sindicais são responsáveis por 28,5% (133), o que leva à hipótese de se tratar de defesa dos seus interesses mais universais.

Relativamente às decisões liminares, o STF tem exercido o controle de constitucionalidade mais por decisões liminares que por decisões de mérito (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999; Vianna; Burgos; Salles, 2007). Do total de ADIs estudadas, 33% (1.049) tiveram pedidos de liminares acolhidos, no todo ou em parte, as normas dos legislativos estaduais com maior incidência de liminares concedidas (57%). Como os dados são consideráveis, o efeito liminar não pode ser desconsiderado na análise da judicialização.

Até aqui se analisaram os dados; cabe agora uma síntese das conclusões.

Um primeiro ponto a ser tratado é a dupla face da judicialização da política na experiência brasileira (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 44, 68). Para Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1999), a judicialização é fortemente marcada pela presença de intérpretes estatais, como os governadores e procuradores, ao lado de intérpretes cujas atuações são consideradas indicadores clássicos da judicialização da política – associações civis e partidos políticos. Logo, “além de ser instrumento da defesa de minorias, sua origem constitucional clássica, [...] a [ADI] [...] é recurso institucional estratégico de governo” (Vianna; Burgos; Salles, 2007, p. 84). A primeira face, a das associações e partidos, aproxima a judicialização dos exemplos empíricos da literatura; na segunda, afasta-se deles, dada a singularidade de contar com as ações predominantemente

dos Executivos estaduais e das Procuradorias contra a representação parlamentar, em sua esmagadora maioria de âmbito estadual, em uma indicação de que não apenas a sociedade, mas também a própria federação se encontra desajustada da vontade do soberano e tem reclamado a presença de um *tertius* (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 68).

Devido à amplitude e à constitucionalização do Direito Administrativo, herança do Estado autoritário e regulador, altera-se o papel do STF: pela via dos fatos, ele incorpora entre suas funções a de um “conselho superior” da Administração Pública, responsável por racionalizar e homogeneizar a legislação das administrações públicas estaduais. Dessa forma, “as questões estaduais [...] que comparecem ao escrutínio do controle constitucional das leis se diferenciam neste sentido das controvérsias clássicas ao tema da federação, tal como se faz presente no contexto da Suprema Corte americana” (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 66). O STF foi criado para exercer o mesmo papel dessa Corte: limitar a esfera de intervenção do Judiciário federal nos assuntos estaduais. Porém, além de ser uma

corte constitucional de tipo europeu devido ao exercício do controle abstrato das leis, o STF tem-se transformado em órgão superior da Administração Pública nacional, dada a provocação de atores estatais por meio de ADIs.

Em segundo lugar, a CRFB recusou o papel limitado de Constituição reguladora apenas do modo de formação da vontade coletiva, para – segundo a tradição republicana – incorporar um substancial programa de direitos, cuja eficácia deve ser perseguida pela sociedade e pelo Estado. A CRFB é programática, visa a um futuro em que direitos sociais já tenham sido constitucionalizados, e daí deriva a judicialização. Em outros termos, “a política de judicializar a fim de viabilizar o encontro entre a comunidade com seus propósitos, declarados [...] na Constituição” (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 40). A constitucionalização dos direitos vincula o legislador ordinário e incumbe à sociedade exigir a aplicabilidade e a eficácia por meio dos novos instrumentos de acesso ao Judiciário: “a judicialização da política se apresenta, entre nós, como uma derivação da vontade do constituinte, ao mobilizar o *medium* do direito como recurso da sua engenharia a fim de tornar viável a sua concepção de Constituição como obra aberta” (Vianna, 2010, p. 99). Assim, a judicialização da política é um processo cujas raízes não estão no ativismo dos juízes, já que deriva da obra do legislador constituinte num primeiro momento e do legislador ordinário posteriormente: “para o constituinte, o judiciário deveria tornar-se uma arena de fato da democracia participativa, capilarmente aberta à sociedade, garantidora e via de concretização dos amplos direitos previstos” (Vianna, 2010, p. 102). No caráter programático e vinculador de direitos estabelecido pelo constituinte residem as potencialidades da judicialização da política e das relações sociais.

Se os termos da judicialização da política se expressam na obra do constituinte, a forma como opera – em relação a tempo, espaço, intensidade e áreas de políticas públicas – é potencializada por eventos históricos e conjunturas específicas. Primeiro, a crise do *welfare state*; o desmonte do seu regime administrativo foi acompanhado de desregulamentação dos direitos, desamparando e expondo coletividades às flutuações do mercado. Ao lado disso, observa-se a perda de representatividade de instituições cruciais à defesa e conquistas de direitos, como partidos, sindicatos e associações (Vianna, 2010, p. 96). Diante disso, resta “de pé a imensa malha judiciária que o regime do *welfare* instituíra, uma nova cultura entre os juízes que tinham sido antes mobilizados para a imersão na vida social sob a égide do *capitalismo organizado*” (Vianna, 2010, p. 96). Essa capilaridade judiciária, reforçada por uma malha legislativa que jurisdiciona a vida social, deve proteger os cidadãos diante da crise da representação política, sindical e associativa.

A vitória do “partido do mercado” e as reformas neoliberais postas em curso a partir dos anos 1990 comportaram não apenas a reordenação da sociedade para conferir primazia do privado sobre o público, mas foram também um experimento realizado mediante expediente legislativo e medidas provisórias, que erodiram as formas clássicas de controle parlamentar da lei. Por isso, a filosofia política afirmava que “a ideia de público devia dar lugar à de privado; a de nação, à de indivíduo; a do primado do direito, à de eficiência econômica”

(Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 49). Esse cenário não apenas favorece partidos e sindicatos como intérpretes da Constituição mas também induzem o “Poder Judiciário ao desempenho do papel de um *tertius* capaz de exercer funções de *checks and balances* no interior do sistema político, a fim de compensar a tirania da maioria, sempre latente na fórmula [...] do presidencialismo de coalizão” (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 51). Provocado pela sociedade civil – sindicatos, associações e partidos –, o Judiciário ganha dimensões políticas, e a judicialização da política torna-se recurso das minorias contra as maiorias parlamentares e suas reformas.

Por fim, a judicialização da política expressa a continuidade da representação funcional. Ela encontra terreno fértil na crise de representatividade das instituições tradicionais, como partidos, sindicatos e vida associativa: “o descrédito da representação política no rastro da hegemonia neoliberal trará consigo a emergência da representação funcional” (Vianna, 2010, p. 96). Tributária da tradição republicana, hoje a representação funcional caracteriza-se por um “continuar-descontinuando”. Como forma dominante na modernização conservadora de 1930, rompe em 1988 com a cultura autoritária e institui formas democráticas de sua operacionalização (Vianna, 2010, p. 98-100). Esse componente autoritário manifestava-se na associação entre representação funcional – sindicatos e Ministério Público – e Estado. A CRFB retirou a representação funcional das malhas do Estado. Por um lado, a CRFB mantém o Direito como referência ético-pedagógica; por outro, expurga o componente autoritário dessa tradição, que consistia na vinculação ao Executivo, e investe-a de autonomia (Vianna, 2010, p. 101)¹⁰. Verifica-se, então, uma inversão nesse circuito, em que “a sociedade não está vinculada ao Estado e à sua interpretação dos ideais civilizatórios, mas aos princípios e direitos fundamentais declarados pelos constituintes como expressão da vontade geral, passíveis de concretização por parte da cidadania via direito” (Vianna, 2010, p. 101). Ocorre, entretanto, uma mudança no centro de gravidade da representação funcional – do Estado para a sociedade –, a qual passa a ter poder e liberdade de mobilizar-se para defender direitos e valores definidos na CRFB: “no controle da constitucionalidade das leis [...] a representação funcional é admitida como parte legítima, elevadas à comunidade de intérpretes, dentre outros agentes políticos e sociais, as confederações sindicais” (Vianna, 2010, p. 101). A crise da representação política resulta da judicialização como representação funcional; diferentemente, os partidos estão investidos de meios institucionais para acionar o Judiciário e deflagram processos judiciais contra os Poderes Públicos, de modo que “a judicialização da política, entre nós, longe de enfraquecer o sistema de partidos, em especial os de esquerda e da oposição, tende a reforçá-lo, na medida em que propicia [...] uma conexão entre a democracia representativa e a participativa” (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 43). A representação funcional representa, pois, um reforço às formas tradicionais de representação.

¹⁰ Para interpretar a Constituição, os sindicatos têm legitimidade para manejar ação civil pública e mandado de segurança coletivo.

4 Judicialização da política como resultado das estratégias políticas

A concepção de judicialização da política como *resultado das estratégias políticas* pode ser atribuída a Matthew M. Taylor e Luciano Da Ros. No artigo “Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política” (Taylor; Da Ros, 2008), os autores analisam os padrões de judicialização, comparando os governos ideologicamente distintos de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) e Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010). Na verdade, trespassa todos os estudos sobre judicialização, inclusive os referidos neste trabalho, a tese de que os partidos de oposição utilizam os tribunais, em especial o STF, como arena estratégica.

Porém, Taylor e Da Ros (2008) conferem ao estudo do tema uma abrangência e uma sofisticação metodológica e analítica que ninguém lhe havia dado; até então, o assunto fora apenas tangenciado nos estudos sobre judicialização. O objetivo da comparação dos padrões de judicialização nos dois governos foi “verificar se ocorreram mudanças ao longo do tempo e dos diferentes governos no acionamento do mais alto tribunal” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 826) para depois identificar as causas das alterações ou das semelhanças nos padrões de judicialização eventualmente observados. Os autores partem de um argumento com forte consenso na literatura, o de que a estrutura institucional influencia “os padrões de uso das cortes [...], levando à maior ou à menor contestação judicial da política [...] em uns casos do que em outros” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 827). Com base nisso, indagam: “se os diferentes arranjos institucionais permitem maior ou menor participação dos tribunais na arena política, como explicar que diferentes padrões de judicialização da política possam emergir de contextos institucionais praticamente idênticos?” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 829). Desse questionamento deriva outro: por que atores políticos e associativos se utilizam da arena judicial se de antemão sabem que são mínimas as chances de êxito?

As respostas a essas questões estão no uso estratégico dos tribunais por esses atores. Os políticos conformam suas táticas à estrutura institucional, dado que as instituições importam; por isso, podem ou não utilizar os tribunais como *veto points*. O uso dos tribunais pelos políticos de oposição “lhes [propicia] retardar ou impedir completamente a implementação de políticas públicas, ou desmerecê-las, ou ainda declarar sua oposição a elas” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 827). Assim, mesmo que sejam mínimas as chances de êxito na arena judicial ao contestarem políticas majoritárias, políticos podem obter benefícios ao recorrerem ao terreno judicial. Por atuarem assim, angariam atenção pública dada a visibilidade que os meios de comunicação costumam dispensar a tais ações. Essas estratégias não visam efetivamente aos resultados judiciais. Trata-se de estratégia que significa “derrotas judiciais e vitórias políticas” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 828). A hipótese é que a participação judicial na esfera política depende de provocação externa, embora o desenho institucional influencie e incentive tal participação. Os padrões de judicialização política podem ter como explicação as “diferenças quanto aos atores, mas [...] à saliência dos temas e ao contexto político em que se processou a dita judicialização, resultado contingente das

estratégias políticas adotadas nesses dois períodos” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 829). Dessa forma, com suporte na conjunção dos fatores relativos ao teor das políticas dos governos e das estratégias empreendidas pela oposição, é possível compreender os padrões de judicialização da política em cada período.

Na análise dos dados reunidos, agregando a legislação que sofreu alguma mudança do STF nos governos de Fernando Henrique Cardoso e de Luiz Inácio Lula da Silva, 20,1% (183) das ADIs atingiram o objetivo de produzir alguma mudança na legislação. Esse percentual eleva-se a 32,6% quando consideradas apenas as ADIs efetivamente julgadas. Algumas diferenças no padrão de judicialização nos dois governos são visíveis: i) a drástica queda no número absoluto de ADIs de um governo a outro, de 637 para 275 (60% a menos). Todos os intérpretes tiveram reduzidas as suas postulações no STF durante o governo de Luiz Inácio Lula da Silva, exceto os sindicatos, embora grande parte deles sejam ligados ao PT, que não apresentou ADI alguma entre 2003 e 2010. E os partidos de oposição continuaram majoritariamente usando a arena judicial: “a ideologia não é o melhor indicador para prever a contestação das leis por [ADI], e a participação no governo explica quase integralmente essa dinâmica” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 834). Na maior parte das vezes, portanto, os partidos requerentes estão na oposição.

Quanto aos conteúdos das normas federais contestadas, a categorização dos tópicos em cinco outras áreas permitiu constatar considerável diferença relativa entre os governos: a) aumento relativo no tópico *Judiciário*; b) redução no tópico *funcionalismo público*; c) aumento relativo do assunto *regras eleitorais*; d) leve incremento relativo no tópico *agricultura*; e e) aumento nos tópicos *regulamentação social e políticas sociais*.

Baseados nessa categorização, os autores evidenciam semelhanças e diferenças nos padrões de judicialização da política nos dois governos. Há dois usos políticos da arena judicial em ambas as presidências. Um deles é a judicialização como estratégia de oposição, quando os tribunais são provocados com a intenção de declarar oposição: “[é] aquilo que denominamos judicialização como tática de oposição” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 838). Assim, nos mandatos de Fernando Henrique Cardoso, o PT, o PDT, o PSB e o Partido Comunista do Brasil (PC do B) estiveram entre os principais acionadores do STF contra leis e atos normativos do governo, ao passo que contra o governo de Luiz Inácio Lula da Silva os que mais utilizaram o recurso da ADI foram o Partido da Frente Liberal (PFL, depois Democratas, hoje União Brasil), o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), o Partido Popular Socialista (PPS, hoje Cidadania) e o PDT (Taylor; Da Ros, 2008, p. 840). O outro uso da judicialização é o que os autores denominam *judicialização como arbitragem de interesses em conflito* (Taylor; Da Ros, 2008, p. 840). Não constitui judicialização como forma de declarar oposição ou de desmerecer as políticas majoritárias, mas de conseguir regras e procedimentos benéficos a todos os atores políticos. Como exemplo pode-se mencionar o “caso da contestação judicial de regras que redistribuam poderes e atribuições entre diferentes entidades e instituições, como partidos políticos, entes federativos e diferentes instâncias do Poder Judiciário” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 840). Entre outros, são exemplos

dessas regras as emendas constitucionais das reformas da previdência nos dois governos, além das regras eleitorais e da emenda constitucional da reforma do Judiciário no governo de Luiz Inácio Lula da Silva.

Os autores chamam a atenção para três hipóteses explicativas das diferenças da judicialização da política entre o governo de Fernando Henrique Cardoso e o de Luiz Inácio Lula da Silva: acentuada judicialização naquele e recuo neste. Primeiro, a *mudança institucional*, com destaque para o disciplinamento da concessão de liminares pela Lei nº 9.868/1999, a qual dispõe que a concessão de liminares pelo STF em ADIs “seja realizada apenas pela maioria absoluta dos membros da corte em sessão com pelo menos oito ministros, salvo nos períodos de recesso” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 844). A lei visava cessar a prática de concessão liminar por decisão monocrática *ad referendum*, pois a finalidade era dar prioridade às decisões de mérito, as mais demoradas; dessa forma, evitava-se a intervenção do STF e as decisões contraditórias entre a liminar e a decisão de mérito. Conquanto seja plausível, essa hipótese não explica as diferenças nos padrões de judicialização. No uso estratégico da arena judicial pela oposição “não há uma preocupação efetiva em invalidar a lei na maioria dos casos, a maior ou menor chance na concessão de liminar não integra o cálculo dos opositoristas, sendo praticamente irrelevante nesse sentido” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 844). O uso estratégico da arena judicial objetivava declarar oposição às políticas majoritárias e, com isso, angariar atenção e visibilidade públicas.

A segunda hipótese é da judicialização como *estratégia opositorista*, que põe em foco as diferenças dos atores políticos nos dois governos. Trata-se de hipótese acolhida pelos autores, que a consideram mais robusta. O tipo de estratégia *judicial* efetiva está relacionada ao tipo efetivo de estratégia opositorista. Quando o PT estava na oposição, “a estratégia política mais ampla constituía-se de fazer oposição sistemática ao governo, incrementando ao máximo o custo e os riscos da atividade governativa, motivo pelo qual o uso das [ADIs] foi mais intenso” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 845). No caso da oposição ao governo de Luiz Inácio Lula da Silva, a cargo do PSDB e PFL-DEM, “a estratégia política mais ampla parece ter sido a de oposição seletiva, inclusive como anunciado em princípios do governo Lula pelos próprios partidos opositoristas” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 845). Isso se refletiu no uso da arena judicial, marcado por um recuo durante aquele período.

Por último, há a hipótese também plausível da *saliência das políticas públicas* decididas e implantadas nos dois governos, quando de um para o outro houve substanciais mudanças na saliência dessas políticas. Se no primeiro (1995-2002), “a política econômica e a reforma do Estado ocuparam a agenda [...], o que se refletiu nos temas abordados nas ações propostas, o mesmo não é inteiramente verdadeiro no período de 2003 em diante, quando as políticas distributivas ganharam destaque” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 846-847). Desse modo, o caráter menos controverso e mais consensual das políticas distributivas do governo de Luiz Inácio Lula da Silva, por apresentarem custos difusos, é explicação plausível para a drástica redução do recurso à arena judicial; e eliminou-se um dos principais nichos de judicialização da política posta em marcha pela esquerda. Em síntese: as políticas centrais do governo

de Luiz Inácio Lula da Silva não apresentaram controvérsias sensíveis, diferentemente das reformas estruturais do governo de Fernando Henrique Cardoso: “apenas a reforma da previdência [...], de dezembro de 2003, resguarda controvérsia semelhante à boa parte das políticas da gestão de Fernando Henrique” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 847). Na ausência de políticas com teor altamente controverso, com altos custos impostos a determinados segmentos sociais, algumas reformas setoriais – como a do Judiciário, a regulamentação de armas de fogo e a de atividades agrícolas – foram levadas à arena judicial entre 2004 e 2010.

5 Judicialização da política como função qualificadora da representação política tradicional

A concepção de judicialização da política como função qualificadora (ressignificadora) da representação é atribuída a Thamy Pogrebinski, em cuja obra *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil* (Pogrebinski, 2011), estuda as ADIs, ADPFs e as ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) protocoladas e distribuídas no STF entre 1988 e 2009; ao todo, 4.574 ações contestavam normas do Legislativo federal. Pelo rigor metodológico, quantitativo e qualitativo com que estudou o universo de ações, foi atribuído a Pogrebinski o mérito de operar “a virada empírica” nos estudos da judicialização da política (Arantes, 2011). Seu objetivo foi refutar o que chamou de “falso silogismo da judicialização da política” propalado na literatura e nas mídias: o de que essa judicialização ocorreria na esteira da crise de representação, da má qualidade da legislação, do excesso de inconstitucionalidade e do vácuo normativo deixado pelo Legislativo. Para concluir que há judicialização, seria necessário observar: a) tanto o volume de ações quanto o resultado dos julgamentos do STF; b) como ele decide liminarmente e no mérito; c) se suas decisões sobre normas do Poder Legislativo limitam a vontade majoritária; e d) se há um vácuo normativo diante do qual ele é chamado a decidir. Em síntese, a autora parte de premissas que, com apoio na análise dos dados empíricos, chegam às conclusões abordadas a seguir.

Primeira: o STF não sofre de dificuldade contramajoritária. É inexpressivo o número de leis e atos normativos do Legislativo declarados inconstitucionais no todo ou em parte. Os dados desautorizam a afirmação de que houve judicialização da política para se vetar a vontade do legislador eleito por um Poder não eleito. De 1988 a 2009 foram apresentadas no STF 4.574 ações, entre ADIs, ADPFs e ADCs. As primeiras correspondem a 95% delas (4.347 normas), e desse total o STF julgou em decisão final 65,61% (2.982 normas). Do universo de ações, a autora restringe a pesquisa apenas às arguições de inconstitucionalidade de normas do Congresso Nacional. Dentre 4.574 ações, 18,74% têm por objeto a revisão abstrata de normas do Congresso (857). Excluídas as ADCs, em função de elas terem como peculiaridade a busca da constitucionalidade, já que a norma não padece de presunção de inconstitucionalidade, restariam 18,49% (841 normas) de ações com o objeto de impugnar normas do Poder Legislativo federal. Desse montante, 59,81% obtiveram decisão final (593) e 40,19% (338)

aguardavam julgamento final quando a pesquisa se encerrou. O estudo prioriza as decisões finais do STF, dado que elas têm “o condão de invalidar as leis e atos normativos declarados inconstitucionais, subtraindo-lhes tanto a eficácia como a validade” (Pogrebinschi, 2011, p. 28). Dentre as 503 ações impugnadoras de leis do Congresso Nacional que alcançaram a decisão final, houve as indeferidas preliminarmente e as que tiveram o mérito apreciado. De fato, 74,35% (374) das ações foram indeferidas preliminarmente, e foram acolhidas pelo STF apenas 25,65% (129) das ações que arguíam a inconstitucionalidade de normas. Dentre estas, 12,33% (62) foram julgadas improcedentes; 6,96% (34), procedentes; e 6,36 (32), procedentes em parte – todas com decisão final. Ao se agregarem os indeferimentos às improcedências, chega-se à conclusão de que 86,68% das decisões do STF são de indeferimento de pedidos. Em sentido contrário, verifica-se que em 21 anos apenas 13,32% (67) das ações lograram êxito na impugnação de normas do Congresso. Ao infundir maior rigor na análise qualitativa, a autora conclui que as normas julgadas inconstitucionais não o foram na íntegra. Como os pedidos são variáveis, “de forma análoga, as decisões do STF variam na extensão com a qual atendem aos pedidos formulados nas ações” (Pogrebinschi, 2011, p. 39). Há decisões que declaram inconstitucionais normas por inteiro; outras, somente de dispositivos. O STF em apenas 7,46% das decisões (5) declarou a inconstitucionalidade das normas na íntegra; o restante foi de procedentes em parte ou apenas de dispositivos declarados inconstitucionais. Com efeito, o STF não sofre de dificuldade contramajoritária, pois suas decisões – em mais de 90% das vezes – são de confirmação da constitucionalidade das normas oriundas da vontade majoritária expressa no Congresso Nacional: “o STF se abstém de ‘judicializar a política’, confirmando as normas emanadas pelo Poder Legislativo e preservando a expressão da vontade majoritária no lugar à qual originalmente pertence” (Pogrebinschi, 2011, p. 37). Nota-se maior rigor do STF no acatamento dos pedidos de arguição de inconstitucionalidade de normas originadas no Congresso Nacional; por isso, o elevado percentual de decisões finais na rubrica *indeferimento* “deve ser considerado também um forte sinal da deferência que o STF faz ao Poder Legislativo” (Pogrebinschi, 2011, p. 37). Por sua vez, quando julga procedentes pedidos de arguição de inconstitucionalidade, age com reserva; na maioria das vezes, furta-se de declarar inconstitucionais normas do Congresso Nacional na íntegra, limitando-se a dispositivos pontuais. Desse modo, “o STF atua como copartícipe da manifestação e consolidação da vontade majoritária expressa no Congresso nacional” (Pogrebinschi, 2011, p. 145). O STF atua como reforço da vontade majoritária.

Segunda conclusão: a atuação do STF não ocorre em função de um vácuo normativo deixado pelo Legislativo. Não há vácuo normativo deixado pelo Congresso Nacional que incentive e justifique o ativismo judicial. Para testar a hipótese, foram identificadas todas as iniciativas legislativas sobre os temas específicos, objeto de decisão final de inconstitucionalidade, tramitadas entre 1988 e 2009: “foram classificados os projetos e todas as normas que antecederam às decisões do STF” (Pogrebinschi, 2011, p. 121). No total foram identificados e classificados 564 projetos normativos (PL e PEC) e 125 normas (LC, LO e EC) com os mesmos conteúdos das normas impugnadas. Ao menos 125 desses projetos

transformaram-se em leis antes da primeira decisão do STF sobre inconstitucionalidade. Com base nessa classificação, depreende-se que pelo menos 11,75 projetos tramitavam quando o STF decidiu pela inconstitucionalidade de alguma norma do Congresso Nacional. Isso quer dizer que é de 14,35 a média de projetos em tramitação para cada arguição final de inconstitucionalidade do STF, de modo que “em face desses números não se pode, definitivamente, conferir validade à tese de que o STF age diante um vácuo legislativo, tampouco que preenche lacunas deixadas por um Congresso inoperante” (Pogrebinschi, 2011, p. 123). Pelo contrário: os dados evidenciam que é intensa a atividade legiferante do Congresso Nacional e que, havendo intervenção judicial para sanar vícios na legislação, ele age imediatamente, antecipando-se mediante novos consensos majoritários em torno das normas dos mesmos conteúdos legais, objeto de declaração de inconstitucionalidade. Ademais, em 83,6 dos casos, os vícios de inconstitucionalidades são materiais, não formais: não são “vícios no processo legislativo ou a procedimento de formação da vontade majoritária, e sim de conteúdo, que o STF julga não [...] em conformidade com a Constituição” (Pogrebinschi, 2011, p. 124). Em vez do vácuo legislativo, observa-se a criação de incentivos para que o Congresso Nacional legisle sobre certos temas em determinados momentos.

Terceira: a atuação do STF não enfraquece o Poder Legislativo sobrestando-lhe a vontade majoritária. Ele não enfraquece a atividade legislativa do Congresso Nacional, mas “a fortalece ao oferecer incentivos para que legisle sobre determinados temas e o faça em determinados momentos” (Pogrebinschi, 2011, p. 120). A análise da atividade legislativa posterior às decisões do STF evidencia que ao menos 329 projetos com os mesmos conteúdos das normas impugnadas tramitaram no Congresso Nacional após as declarações de inconstitucionalidade – uma média de 6,85 por decisão impugnada. Dentre esses projetos, não menos que 62 converteram-se em leis. O tempo decorrido entre a impugnação e a apresentação do projeto é de 24 meses (79,1% dos casos) em média e mais tempo igual a este para converter projetos em leis do mesmo conteúdo das normas impugnadas (em 77,42% dos casos).

Quarta: o STF não atua de forma favorável ou desfavorável a nenhuma coalizão de governo ao longo do período. As 67 ADIs e ADPFs, com decisão final pelos governos assim se distribuem: 6 (6,6%) no governo de Fernando Collor de Mello, 6 (6,9%) no de Itamar Franco, 27% (18) no de Fernando Henrique Cardoso e 55% (36) no de Luiz Inácio Lula da Silva. À primeira vista, nota-se um incremento de decisões finais declaratórias de inconstitucionalidade durante os mandatos do último. Isso poderia ser interpretado como tendência de maior ativismo do STF nesses governos; no entanto, a análise qualitativa desfaz a impressão. Houve um pico de julgamento de ADIs de cunho partidário-eleitoral em 2006. Foram ADIs que contavam com a adesão de partidos da coalizão do presidente petista; a curva ascendente em 2006 não mais se verifica nos anos seguintes. Isso, pois, não indica uma “disposição maior do STF de impugnar a legislação emanada pelo Congresso [...] durante aquele período e, valendo-se [...] de algum tipo de ativismo político, interpor obstáculos à coalizão com a qual Lula governava” (Pogrebinschi, 2011, p. 79). No padrão decisório, existe simetria entre

decisões procedentes e decisões improcedentes no período; disso se depreende que o STF não julga conforme a ideologia do governo (talvez porque haja continuidade entre todos eles; e, “se não há de se falar em ativismo que sustente a tal judicialização da política, ele definitivamente também não é partidário” (Pogrebinschi, 2011, p. 82).

Por fim, a quinta conclusão: dentre as 67 decisões finais com alguma inconstitucionalidade, 64% (43) foram propostas pela sociedade civil e 36% (24), pelo Estado. Ao que parece, o STF tende a responder com maior presteza às demandas da sociedade civil. Os partidos sempre foram os primeiros em propositura de ADIs; no entanto, estão em terceiro lugar quanto ao êxito, atrás das associações e entidades civis. Dentre as 168 ações propostas por eles apenas 8,3% lograram êxito (14). Dessa maneira, por mais que se afirme que as ADIs constituam reforço da representação dos partidos, “sua capacidade de reverter decisões tomadas pelo Parlamento é bastante limitada” (Pogrebinschi, 2011, p. 82). A situação é agravada ainda pelo fato de que muitas ações exitosas dos partidos se deram quando tinham passado de oposição a governo – 4 das 14 ações. Dessa forma, o uso da ADI como estratégia de oposição é menos efetivo do que faz crer a literatura, pois o volume das ADIs que logra êxito é muito baixo. Além disso, a decisão final de inconstitucionalidade, não raro, é dada quando o partido já inverteu a posição. Os partidos de oposição fazem uso da arena judicial três vezes mais que os governistas; no entanto, constata-se que “o STF não demonstra um padrão de decisões que possa ser considerado político no sentido de favorecer mais ou menos partidos de oposição ou partidos de governo” (Pogrebinschi, 2011, p. 82). As decisões do STF contemplam similarmente ambos os lados.

Com base nas proposições testadas, conclui-se que o silogismo da judicialização fortalece a representação política ao invés de enfraquecê-la. A autora passa, então, da análise empírica à argumentação normativa, para ressignificar a representação com o propósito de reconhecer as cortes constitucionais como instituições representativas. Operando com os conceitos de *delegação*, *legitimidade* e *accountability*, propõe o reconhecimento dos tribunais constitucionais como instituições representativas. Essa operação teórica necessariamente passa pela reconceitualização da *democracia representativa*, “a fim de converter seus supostos vícios em fontes renovadas de virtude e fazer de suas eventuais fraquezas a fonte de renovação de suas forças” (Pogrebinschi, 2011, p. 82). Isso se fará com base em alguns argumentos.

Primeiro: a ideia de delegação está no centro do conceito e das práticas representativas. Todavia, a teoria democrática pouco avançou na noção de *representação como autorização* (agir pelo outro); isso se deve à ausência de diálogo com os estudos empíricos de Ciência Política sobre *delegação*, que desenvolveu “uma sólida teoria da delegação centrada em modelos que explicam a relação entre principal e agente em momentos pré e pós-eleitorais (delegação do eleitor ao representante) e em espaços intra e interinstitucionais (delegação do Executivo ao Legislativo, e vice-versa)” (Pogrebinschi, 2011, p. 82).

Reconhecido isso e estabelecendo esse diálogo, é possível a revisão semântica do conceito de *representação*. Revigorando o conceito de *delegação*, amplia-se o de *representação*

política, permitindo que se transcenda “o momento eleitoral e o espaço das instituições políticas tradicionais, aproximando-se de uma concepção de governança que perpassa os limites dos mandatos eletivos e alcance instituições não majoritárias, como as cortes constitucionais” (Pogrebinschi, 2011, p. 168). Com isso, rompe-se a noção de representação como autorização, “estendendo-se o liame representacional por meio de uma delegação originária de fontes tão diversificadas quanto o eleitor, a Constituição, o Executivo ou o próprio Legislativo” (Pogrebinschi, 2011, p. 168).

Segundo: historicamente, *governo representativo* e *democracia* não tinham o mesmo conteúdo semântico. A crise da democracia é, no fundo, a incompreensão de que o governo representativo tomou outra forma. Também não há crise de representação política: mesmo que se possa considerar a *representação* um conceito em crise, trata-se de “um conceito que nasce cercado por paradoxos e contradições, os quais responderiam por sua permanente e irrefutável instabilidade” (Pogrebinschi, 2011, p. 170). Evidencia-se essa instabilidade nos limites das eleições para gerar *accountability*. Desse modo, conceber tais conceitos como falíveis e revisáveis é o que poderá tornar a democracia mais *accountable*. A revisão de conceitos tem na igualdade política um ponto central. O debate centra no alargamento deste para contemplar minorias, com ênfase em grupos que compartilham identidades culturais que permitam a *representação justa* ou *política da presença*. Assim, “dessa convicção resulta a defesa de mecanismos institucionais que garantam a presença que tornaria justa a representação” (Pogrebinschi, 2011, p. 171).

Terceiro: uma vez que a expansão das cortes constitucionais é um dado irreversível, é preciso compreender o fenômeno para nele intervir. Tal expansão é uma oportunidade de se tentar um experimentalismo. Deve-se concebê-las não como limitação, mas como ampliação da representação, mesmo que inaplicável o dispositivo eleitoral gerador de *legitimidade* e *accountability*. A esse respeito, cabe a interrogação: se as cortes constitucionais podem e devem ser concebidas como instâncias representativas, como se devem enfrentar as questões da *legitimidade* e da *accountability*? Para responder a essa interrogação, deve-se fazer outra: o que é necessário para se considerar uma instituição ou ator político representativo? Na óptica do pragmatismo filosófico, a resposta somente pode ser conhecida ao observar a experiência. Assim, “um conceito é, em ato, o que ele é no futuro, ou seja, seu significado apenas pode ser conhecido através de suas consequências práticas” (Pogrebinschi, 2011, p. 171). São as consequências de sua aplicação concreta, seus efeitos práticos e reais, que determinam se uma instituição é representativa ou não. Logo, “o que permite considerar uma instituição ou ator político como representativo é justamente o caráter representativo das consequências engendradas por determinada atividade política” (Pogrebinschi, 2011, p. 176). Por conseguinte, uma teoria pode ser desmentida pela observação de suas práticas. Uma instituição torna-se representativa na medida em que “o compartilhamento das consequências políticas de determinada atividade [...] e sua correspondência às demandas presentes na sociedade” (Pogrebinschi, 2011, p. 176). O caráter *erga omnes* das decisões das cortes constitucionais no controle abstrato de constitucionalidade transforma-as em instâncias

de representação porque há o compartilhamento de consequências da atividade judicial. A condição de legislador negativo em si já realça o papel político das cortes constitucionais.

Quarto: dois argumentos levantam questões de validade e legitimidade em relação à concepção das cortes constitucionais como instâncias de representação, tornando-se necessário promover a delegação política proveniente diretamente do Estado e da Constituição e os “meios de controle tanto dos principais quanto dos agentes dessa delegação” (Pogrebinschi, 2011, p. 177).

Além desses argumentos, devem-se considerar os mecanismos de revogação de delegação que operem o controle tanto dos principais quanto dos agentes e as formas de legitimação da delegação que suplementem a ausência do dispositivo eleitoral. Por fim, com esteio numa concepção consequencialista, oriunda do pragmatismo, devem-se pensar formas de aferição de *accountability*, *validação* e *legitimação* diferentes das propiciadas pelas eleições. O consequencialismo desloca a validade e a legitimação da democracia de um plano *ex ante* para um plano *ex post*. Desse modo, “os procedimentos, regras e valores a partir dos quais usualmente se mensura a democracia cedem lugar aos efeitos e consequências percebidas no plano concreto” (Pogrebinschi, 2011, p. 181). Os parâmetros de avaliação, justificação e legitimação da democracia e de suas instituições devem pautar-se pela *desejabilidade* e *aceitabilidade* das consequências das suas atividades no plano concreto. As instituições contramajoritárias não eleitas têm seu caráter representativo desejável, validado e aceitável na medida em que a observação das suas atividades se desloca de um plano apriorístico, normativo e principiológico, para um plano consequencialista, *ex post*, às ações e atividades realizadas.

6 Reflexões sobre a judicialização da política: diálogo crítico com as interpretações da literatura

Esta seção tem o objetivo de apontar as convergências e as divergências entre as vertentes dos estudos sobre a judicialização da política no Brasil, bem como considerar criticamente premissas e conclusões tidas como problemáticas. Como se viu na primeira seção, no Brasil é satisfeita a quase totalidade das condições jurídicas e político-institucionais incentivadoras da judicialização da política formuladas normativamente pela literatura estrangeira, exceto a inefetividade das instituições majoritárias na definição da vontade da maioria; por isso, não se retomará essa análise aqui.

Por ser o último estudo empírico de fôlego, rigoroso no exame e na contestação de teses que levantam premissas e chegam a muitas conclusões – algumas plausíveis, outras bem problemáticas –, tomar-se-á a pesquisa de Pogrebinschi (2011) como parâmetro para um diálogo crítico com as vertentes da literatura empírica sobre a judicialização da política no Brasil.

Uma das divergências diz respeito à contraposição da autora às interpretações de que o STF exerça função contramajoritária. Para Pogrebinski (2011), na experiência prática, longe de exercer essa função, o STF tende a preservar e aperfeiçoar a atividade legislativa do Congresso Nacional. Embora seus dados sejam os mais amplos e analisados com rigor (sem igual até então), parecem possíveis alguns questionamentos.

Primeiro: a defesa das minorias não tem amparo apenas nas ADIs, ADPFs e ADCs. Há outros instrumentos constitucionais destinados a dar eficácia e proteção aos direitos coletivos e das minorias – como o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação civil pública, a ação popular etc. –, que podem chegar ao STF em recurso extraordinário, originado da denegação desses instrumentos nas instâncias inferiores, inclusive quanto à arguição de inconstitucionalidade na forma do controle difuso; a exceção é o mandado de injunção, uma ação constitucional de competência do STF. Esses instrumentos processuais, ao lado da ADI, ADO, ADPF e ADC, são meios constitucionais postos a serviço de cidadãos, coletividades e empresas para controlar a legalidade de agentes públicos cujas medidas afrontem a CRFB (Meirelles, 2008)¹¹. Portanto, por mais amplos que sejam, os dados da autora deixaram de fora informações relativas ao exercício da função contramajoritária do STF. Também foram excluídas as ADIs da parte dos legitimados, com destaque para as dos governadores e procuradores. Como evidenciou a análise de Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1999) e de Vianna, Burgos e Salles (2007), a judicialização da política no Brasil tem *dupla face*. Ao lado do indicativo clássico da judicialização, realizado pelos partidos e associações (sindicais e profissionais) – cujos objetos de arguições foram leis e atos normativos do Congresso Nacional, privilegiados nos estudos de Pogrebinski, Arantes e Taylor e Da Ross –, ocorre uma judicialização mais robusta, com sérias implicações: o comparecimento das questões estaduais em forma distinta das questões clássicas da federação. Na esteira da constitucionalização do Direito Administrativo, a judicialização que nasce dessas questões aponta para a recentralização da federação, surpreendentemente por obra dos Poderes Executivos estaduais contra os Poderes Legislativos locais. Esse movimento sinaliza para o processo de *sístoles* e *diástoles* que tem caracterizado a *path dependence* do federalismo no Brasil (Kugelmas; Sola, 1999, p. 63). Nesse sentido, os mandatos de Fernando Henrique Cardoso notabilizam-se pelo reenquadramento da federação, fortalecida durante a transição (Abrucio, 2002, p. 102): “se a partilha tributária se realizara em um momento de notável fraqueza do poder central, seria a capacidade regulatória no campo macroeconômico do governo federal, reforçada pelo êxito do Plano Real, que daria os traços definidores da nova etapa” (Kugelmas; Sola, 1999, p. 71). A marca distintiva dessa etapa é que o impulso recentralizador da federação ocorre num regime democrático e, para isso, o papel do STF é essencial, pois exerce a ação racionalizante da produção normativa dos Poderes Legislativos locais quando aprecia as ADIs de governadores e procuradores.

¹¹ Para uma análise do assunto, ver Meirelles (2008, p. 25-26, 126-127, 160-162, 259-262).

Segundo: há que se objetar que a deferência e parcimônia com que o STF aprecia a constitucionalidade de leis originadas no Congresso Nacional desconhece o que ocorre nas Comissões de Constituição e Justiça (CCJs). Embora a CRFB nada disponha sobre isso, ao lado do controle repressivo há o controle preventivo exercido por comissões nas duas Casas do Congresso (Marinoni, 2015, p. 931). Por isso, o controle preventivo realiza-se *ex ante*, como forma de adequar a lei à Constituição, distintamente do controle repressivo, realizado *ex post* pelo STF na forma do controle concentrado e por todo o Judiciário na forma de controle difuso. Desse modo, pode-se aventar a hipótese de que a parcimônia e deferência do STF para com a vontade majoritária revela tão somente um Congresso Nacional cioso do respeito à Constituição, ao analisar com rigor a adequação das suas leis e atos aos seus ditames. Portanto, deve-se cotejar o controle de constitucionalidade do STF com o controle realizado nas CCJs, tarefa que demanda análises quantitativa e qualitativa rigorosas, o que ainda não foi feito.

Terceiro: na interpretação de Pogrebinschi (2011), o conceito de *judicialização da política* limita-se àquele em que o STF sustaria a vontade majoritária do Congresso Nacional ao declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos. Ora, nos estudos empíricos a interpretação unânime é que essa chave da judicialização da política é limitada e pontual. Para Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1999, p. 53), “as conclusões não se afastam muito [...] das que assinalam uma resistência do Poder Judiciário dos papéis que o arrostem a se tornar um personagem central no processo de judicialização da política”¹². Por isso, a chave da judicialização da política realçada nos estudos empíricos notabilizou-se pelo uso estratégico e tático de partidos, associações e atores legitimados ao exercerem o controle constitucional. Ao se desprezar essa dimensão, como o fez Pogrebinschi (2011), perde-se muito da compreensão do fenômeno.

O acionamento do STF pelos atores legitimados, incluindo partidos e associações, mostrou-se constante, a despeito da parcimônia e da deferência do STF para com as decisões do poder majoritário. Parece mais que plausível a transformação do STF em arena política na defesa das minorias por partidos e atores autorizados a exercer o controle de constitucionalidade (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999; Vianna; Burgos; Salles, 2007; Taylor; Da Ross, 2008). Por outro lado, parece inapropriada a exclusão das decisões liminares no estudo de Pogrebinschi (2011), dado que se apresentaram em percentuais consideráveis os pedidos liminares acolhidos pelo STF (Vianna; Burgos; Salles, 2007; Taylor; Da Ross, 2008). Mais que isso: as liminares deferidas reforçam a interpretação do uso do STF como arena política destinada a desmerecer, adiar ou suspender as políticas majoritárias, além de dar visibilidade às minorias parlamentares. Podem-se arrolar em reforço a essa hipótese as assertivas de Garapon (1996), para quem o espaço ocupado pelos tribunais se deve menos ao exercício efetivo do papel que lhes cabe e mais à sua importância simbólica, expressa na possibilidade de intervenção. Por conseguinte, “a justiça [...] forneceu à democracia seu

¹² Arantes (1997, p. 197-199) e Teixeira (2001, p. 154-156) chegaram à mesma conclusão.

novo vocabulário: imparcialidade, processo, transparência, contraditório, neutralidade, argumento, etc.” (Garapon, 1996, p. 42). Nos métodos da justiça é que se reconhece, com mais facilidade, as ações coletivas. É provável que este “facto se deva a uma instância neutra e imparcial, à transparência e à regularidade processual que parecem ter atualmente mais legitimidade do que o exercício de uma vontade política” (Garapon, 1996, p. 42). Esse papel é reforçado pela visibilidade que as mídias dispensam à atuação dos tribunais, em especial as cortes supremas.

Acresce-se a essas assertivas a forma como opera o presidencialismo de coalizão, caracterizado por coalizões fortes em que, mediante medidas provisórias, são alijadas do processo legislativo as minorias parlamentares, o que induz ao apelo à arena judicial (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999; Figueiredo; Limongi, 2003). Em termos de institucionalização e sedimentação social, a fragilidade dos partidos na arena eleitoral se junta ao sistema eleitoral de representação com lista aberta e grandes circunscrições eleitorais (Mainwaring, 2001, p. 302). Essa situação leva à ausência de *constituency* do representante, o que atua como forte incentivo para que parlamentares busquem na Presidência da República a *conexão eleitoral* capaz de gerar a *constituency* eleitoral de que precisam para se apresentarem ao eleitorado de forma clara quanto às suas posições político-ideológicas (Santos, 2003). Desse modo, “o presidente assume importância crucial, pois nele residem as respostas às dúvidas de deputados em busca de *constituency* e de *accountability*” (Santos, 2003, p. 45). Devido à grande visibilidade – potencializada pelas eleições –, aos recursos de patronagem e aos poderes legislativos e de agenda que o presidente da República detém, “a posição dos deputados em relação às políticas propostas e realizadas pelo Executivo é fonte essencial de sinalização para sua base eleitoral ‘virtual’” (Santos, 2003, p. 45). Único representante com *constituency* bem definida e de amplitude nacional, o presidente da República concentra grandes expectativas e torna-se o intermediário da representação parlamentar perante os eleitores, possibilitando a *constituency* e a *accountability* do sistema partidário-parlamentar.

Dito isso, é crível a hipótese de que sua posição seja uma via de mão dupla: diante das incertezas das escolhas, nos termos de Downs (1999, p. 133-134), o presidente da República torna-se um atalho informacional tanto para os partidos-parlamentares de sua coalizão, que marcam suas diferenças e posições, quanto para os partidos-parlamentares de oposição, que afirmam objeções às suas políticas. Assim, o apelo à arena judicial torna-se uma oportunidade ímpar para desmerecer, protelar e sustar as decisões majoritárias, ou apenas para buscar visibilidade e demarcar posição. É uma relação de causa-efeito facilmente perceptível.

A judicialização da política como estratégia oposicionista – ressaltada em todos os estudos e apenas tangenciada por Pogrebinschi (2011) – encontra outras explicações plausíveis. A tramitação da reforma do Judiciário (1992 e 2004) transformou-se na reforma da própria jurisdição constitucional; trouxe para o âmago do debate a centralização do controle constitucional. Nos sucessivos relatórios apresentados no Congresso Nacional, o

governo de Fernando Henrique Cardoso insistiu nas propostas de centralização de *judicial review*, reforçando a via concentrada de controle por meio de institutos como a súmula de efeito vinculante e a arguição de relevância ou repercussão geral. Essa trajetória iniciou-se com a adoção da ADC em 1993, com efeitos *erga omnes* dos seus julgados (Arantes, 2001, p. 49). Quando a oposição de esquerda capitaneada pelo PT se tornou governo em 2004, a reforma do Judiciário foi retomada com prioridade, e surpreendentemente abandonou-se o discurso de valorização de um Judiciário pulverizado. O secretário de reforma do Judiciário Sérgio Renault justificaria: a reforma do Judiciário “não tem paternidade definida, não tem autores. Nasceu de um contexto social e político de revisão das instituições públicas [...] e foi aprovada num contexto de reformas definidas como prioritárias pelo governo federal eleito em 2002” (Renault; Bottini, 2005, p. 5). Sem dúvida, ela tem paternidade: na reforma realizada no governo de Fernando Henrique Cardoso, muito pouco restou da proposta inicial apresentada em 1992 por Hélio Bicudo (PT-SP). Na verdade, “pode-se dizer que as versões posteriores da PEC 96/92 foram balizadas muito mais pelas linhas gerais adotadas no projeto Nelson Jobim do que pelas da proposta original” (Arantes; Sadek, 2001, p. 9)¹³. De fato, a explicação mais admissível para a mudança de posição da esquerda é de cunho pragmático: ela, que antes via no Judiciário pulverizado um modelo híbrido de controle constitucional, dada a oportunidade de desmerecer, adiar ou sustar as decisões do governo, passou a não mais ver vantagens nesse modelo, à medida que foi assumindo o exercício da governabilidade. Dessa forma, em todos os governos os partidos de oposição são os que mais recorrem ao STF contra as decisões majoritárias mediante ADIs. Apesar da permanência dos incentivos institucionais à judicialização, a oposição de esquerda, sobretudo o PT, deixou de apelar à arena judicial após 2003.

Quarto: a interpretação da judicialização como forma de representação política foi pioneiramente concebida e desenvolvida no Brasil por Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1999) e Vianna, Burgos e Salles (2007). Em linhas gerais, afirmam os autores que o constituinte, ao incluir entre os atores autorizados a exercer o controle de constitucionalidade partidos políticos e associações – profissionais e trabalhistas –, atualizou e renovou a tradição republicana da representação funcional a fim de imprimir aspectos democráticos, ausentes em sua origem. Dessa forma, a CRFB “expurgou os elementos autoritários presentes naquela tradição, afirmou os princípios e as instituições do liberalismo político, fixando com força os direitos civis da cidadania, concedeu configuração institucional à democracia política” (Vianna; Burgos; Salles, 2007, p. 42). Pogrebinski (2011) reafirma a condição representativa da judicialização da política, mas rechaça a concepção de caráter funcional. Em argumentação normativa de inspiração pragmática, propôs-se ressignificar o conceito de representação a fim de reconhecer o caráter representativo das cortes constitucionais, abertas às minorias, com ênfase em grupos que compartilham identidades culturais, o que

¹³ A reforma foi influenciada ainda pelas obras de Mauro Cappelletti e Gilmar Mendes. Ver Cappelletti (1999, p. 65-100) e Mendes (2009, p. 316-364).

permite a representação justa ou política da presença. Não há objeções sérias à ampliação da comunidade de controle, sobretudo porque se operou no controle de constitucionalidade uma convergência dos modelos da *common law* e da *civil law* pela via do sistema de precedentes, que limitou os efeitos deletérios do sistema difuso-incidental.

Ao aceitar a judicialização da política como representação, mas refutar a interpretação do seu caráter funcional sem definir como se operaria concretamente a representação do STF como instância representativa distinta, Pogrebinski (2011) abre um flanco de objeções contra suas ideias. Primeiro: surgem duas objeções se se empreender a crítica utilizando os mesmos termos teórico-epistemológicos do pragmatismo consequencialista da autora. Se o que permite aferir a representatividade de uma instituição ou ator não são seus princípios normativos declarados, mas as consequências de suas atividades, é contraditório definir de antemão o que seja uma instituição representativa, negando a existência da funcional. Se o STF realiza uma forma de representação – e não há dúvida de que a realiza –, mesmo que aferida mediante o consequencialismo, que definição se deve dar a esse tipo de representação? Tradição eleitoral não pode ser, porque falta *constituency* eleitoral (por exemplo, base eleitoral). Segundo: revela um *insight* fecundo em sua chave de interpretação da *delegação de poder*, baseada na *teoria do principal agente*, a legitimar e justificar o caráter representativo de cortes constitucionais. Os Estados democráticos apresentam-se como *redes de delegações*, cujas modalidades, duração e formas de *accountability* são as mais diversas. É plausível supor que as cortes constitucionais sejam instituições representativas cujas formas de delegação provêm de fontes originárias, tais como o Estado e a Constituição.

Todavia, o argumento da autora é problemático na chave da *accountability*. Propõe a instituição de mecanismos de revocabilidade de delegação (*recall*). Trata-se de instituto problemático, rechaçado na era das revoluções devido a seu caráter gerador de instabilidade e autoritarismo. Isso se torna mais agudo quando se trata de juízes, que devem contar com garantias para decidir com autonomia e liberdade¹⁴. Assim, nos próprios termos teórico-epistemológicos da proposta normativa da autora, não sendo a revocabilidade de delegação ideia nova, é possível, em chave pragmática, aferir as consequências das atividades do instituto¹⁵. A dificuldade que se apresenta na revocabilidade de delegação reside num problema básico: a ausência de *constituency* eleitoral bem definida. Isso não existe mesmo na forma da representação partidário-eleitoral. Em outros termos, o problema não reside na ausência de *accountability*, mas na ausência de *constituency*. Obviamente, é *accountable* apenas quem conhece sua *constituency*. Diante disso, instituídas formas de revocabilidade, é mais provável que delegados-representantes sejam chamados de volta por públicos-eleitores de cuja delegação não participaram. Será fácil para um nicho eleitoral

¹⁴ As garantias da magistratura foram formuladas por Alexander Hamilton; ver Madison, Hamilton e Jay (1993, n. 78, p. 479-480, n. 79, p. 485-486).

¹⁵ Para a emergência da representação virtual contra a localista, ver Bailyn (2003, p. 158-174).

ostentando ferrenha intolerância valer-se desse instituto para retirar do poder aqueles delegados, representantes indesejáveis. E a história está repleta de exemplos.

Quinto: a autora aventava a ideia de delegação direta da Constituição na transformação de cortes de Constituição em instituições representativas, mas não desenvolve o assunto. Há alguns *insights* de Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1999) e Vianna (2010) sobre as causas da judicialização da política que, se desenvolvidas e realizadas as devidas conexões, poderão lançar luzes sobre o assunto. Trata-se da constitucionalização dos direitos e da vinculação do legislador ordinário à incumbência de atribuir-lhes eficácia com os novos instrumentos de acesso ao Judiciário. Dessa forma, juízes detêm uma delegação da Constituição para dar eficácia a tais direitos. A CRFB não ficou limitada ao papel de regular a formação da vontade geral; ela assumiu um programa substantivo de direitos que incumbe a todos os agentes do Estado – desde os que detêm delegação eletiva, como os políticos, até os que detêm delegação direta da Constituição, como os juízes – dar-lhes eficácia. Embora os ministros do STF recebam delegação num processo político, as garantias da magistratura (independência, autonomia, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos) vinculam diretamente à CRFB essa delegação.

Contudo, uma objeção frequente quanto a essa forma de delegação diz respeito à *accountability*. Se a revocabilidade de delegação não se apresenta como a mais indicada, o que se poderia propor em substituição? Uma primeira resposta à questão deve ressaltar o caráter vinculatório das normas programáticas da Constituição. No caráter programático e vinculador dos direitos instituído pelo constituinte reside uma forma eficaz de *accountability* de juízes. A afirmação de que “a judicialização da política se apresenta, entre nós, como uma derivação da vontade do constituinte, ao mobilizar o *medium* do direito como recurso da sua engenharia a fim de tornar viável a sua concepção de Constituição como obra aberta” (Vianna, 2010, p. 99) evidencia que o juiz está limitado a orientar suas decisões por essa teleologia que serve a dois propósitos: *eficácia social* e *accountability* da delegação. O caráter vinculante das normas programáticas constitucionais encontra no princípio da motivação elemento de aderência essencial à *accountability* das decisões judiciais. O princípio da motivação, assevera Mello (2005, p. 100), impõe ao agente público, judicial ou administrativo, o dever de justificar suas decisões com “os fundamentos de direito e de fato, assim como as correlações lógicas entre os eventos e as situações que deu por providência tomada [...], para aferir-se a consonância da conduta com a lei que lhes serviu de arrimo”. Sem a orientação vinculatória do *princípio da motivação* não seria possível aferir de maneira segura o “contrate eficaz das condutas [...] com os princípios da legalidade [...], da razoabilidade e da proporcionalidade” (Mello, 2005, p. 101).

Por último, nas condições explicitadas, a interpretação do Direito com maior capacidade de gerar *accountability*, se comparada à interpretação pragmática, é a do *Direito como integridade*, formulada por Dworkin (1999). O pragmatismo exige que o juiz oriente suas decisões de modo instrumental, pressupondo “que esta prática servirá melhor à comunidade [...] do que qualquer outro programa alternativo que exija coerência com decisões

já tomadas por outros juízes ou pela legislatura” (Dworkin, 1999, p. 186). Disso decorre que, na interpretação pragmática, a autonomia do Direito “deriva do imperativo de que o juiz produza interpretações próprias de quais são as necessidades sociais e humanas no momento” (Eisenberg, 2002, p. 50) – o que leva à afirmação de que na chave pragmática o juiz tem poder discricionário para decidir, o que redundava em menor *accountability*¹⁶. Por sua vez, na interpretação do direito como integridade “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal” (Dworkin, 1999, p. 272). O efeito disso é que as fontes de autonomia do Direito residem na integridade e na coerência que vinculam à interpretação; na obediência à integridade e coerência reside o fator de *accountability* dos juízes investidos de delegação pela Constituição. Entretanto, por mais que o juiz se porte pragmaticamente na interpretação do Direito, é forçoso não assumir que a Constituição é uma obra programática orientada para a justiça social cuja eficácia deve ser perseguida, o que por si só é fator de *accountability* de suas decisões.

7 Conclusão

A interpretação da judicialização mais aceita enfatiza o uso estratégico dos tribunais pelas oposições contra as decisões dos governos com o objetivo de protelá-las, sustá-las, desmerecê-las e buscar visibilidade midiática. É pontual e limitada a interpretação que concebe a judicialização da política como substituição da vontade majoritária pela vontade dos tribunais. É plausível a interpretação da judicialização da política que a considera revestida de representatividade, em que a legitimidade e a justificação da delegação de poder dessa nova forma de representação – que carece de eleições – derivam diretamente do Estado e da Constituição. Não obstante, na ausência de eleições, a *accountability* dessa nova forma de representação deve rejeitar os mecanismos de revocabilidade e, em lugar disso, deslocá-la para a força normativa e vinculatória da Constituição como programa substantivo destinado a realizar equidade e justiça. Assim, a interpretação mais adequada para gerar *accountability* é a do *Direito como integridade* formulada por Ronald Dworkin, pois *a priori* revela princípios de justiça, se comparada a uma interpretação pragmática do Direito, dado seu caráter instrumental e utilitarista, que nega todo princípio de verdade transcendental.

¹⁶ Uma exceção é a versão do pragmatismo adotada por Habermas. Na trilha da crítica de Richard Rorty à epistemologia racionalista, Habermas transfere a Filosofia para o mundo da vida, mas conserva princípios transcendentais como elementos básicos a orientar a argumentação jurídica; ver Piché (2003).

Referências

- ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os barões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 2002.
- ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Educ: Idesp, 1997. (Série Justiça).
- _____. Jurisdição política constitucional. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 23-89. (Série Pesquisas, 25).
- _____. Prefácio. In: POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- ARANTES, Rogério Bastos; SADEK, Maria Tereza. Introdução. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 7-21. (Série Pesquisas, 25).
- ARENDT, Hannah. *Da revolução*. Tradução de Fernando Didimo Vieira. Brasília, DF: Ed. UnB; São Paulo: Ática, 1988. (Série Temas. Estudos Políticos, v. 5).
- BAILLYN, Bernard. *As origens ideológicas da Revolução Americana*. Tradução de Cleide Rapucci. Bauru: Edusc, 2003. (Coleção História).
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DAHL, Robert A. *A Constituição norte-americana é democrática?* Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2015.
- _____. *Poliarquia: participação e oposição*. Tradução de Celso Mauro Paciornick. São Paulo: Edusp, 2005. (Clássicos, 9).
- DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. Tradução de Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Edusp, 1999. (Clássicos, 15).
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Ensino Superior).
- EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2002. p. 43-62. (Humanitas, 84).
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV: Fapesp, 2003.
- GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. (Direito e Direitos do Homem, 6).
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, 2009. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v251.2009.7533>. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/7533>. Acesso em: 22 fev. 2024.

KUGELMAS, Eduardo; SOLA, Lourdes. Recentralização/descentralização: dinâmica do regime federativo no Brasil dos anos 90. *Tempo Social: revista de sociologia da USP*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 63-81, out. 1999. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-20701999000200005>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12307>. Acesso em: 22 fev. 2024.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas: 1787-1788*: edição integral. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAINWARING, Scott P. *Sistemas partidários em novas democracias: o caso do Brasil*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Ed. FGV; Porto Alegre: Mercado Aberto, 2001.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade [...]*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. rev. e atual. até a EC 47, de 5.7.2005. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva; Brasília, DF: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PICHÉ, Claude. A passagem do conceito epistêmico ao conceito pragmatista de verdade em Habermas. In: ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite; BARBOSA, Ricardo José Corrêa (org.). *Filosofia prática e modernidade*. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2003. p. 7-27.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RAMALHO, José Ricardo. Trabalho, direitos sociais e sindicatos na Constituição de 1988: duas décadas de acirrada disputa política. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal (org.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Hucitec, 2008. p. 133-151. (Estudos Brasileiros, 42).

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. Primeiro passo. In: _____ (coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1-12.

SADER, Eder. *Quando novos personagens entraram em cena: experiências, falas e lutas dos trabalhadores da grande São Paulo, 1970-80*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

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

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STONE, Alec. Judging socialist reform: the politics of coordinate construction in France and Germany. *Comparative Political Studies*, [s. l.], v. 26, n. 4, p. 443-469, Jan. 1994. DOI: <https://doi.org/10.1177/0010414094026004003>.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995. p. 27-38.

TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582008000400002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/ybwh5kBrjcBWkX8mVqgzR4r/?lang=pt>. Acesso em: 22 fev. 2024.

TEIXEIRA, Ariosto. *Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil*. Brasília, DF: Plano, 2001.

VALLINDER, Torbjörn. The judicialization of politics – a world-wide phenomenon: introduction. *International Political Science Review*, [s. l.], v. 15, n. 2, p. 91-99, Apr. 1994. DOI: <https://doi.org/10.1177/019251219401500201>.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social: revista de sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov. 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12547>. Acesso em: 22 fev. 2024.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal (org.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Hucitec: Anpocs, 2010. p. 91-109. (Estudos Brasileiros, 42).

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a 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 analogia e a interpretação normativo-funcional da lei: um exame jurídico-penal da decisão do STF que criminalizou a homofobia

Analogy and the normative-functional interpretation of the Law: a legal-criminal examination of the STF decision that criminalized homophobia

Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira¹

Simone de Sá Rosa Figueirêdo²

Resumo

Com base na análise da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 26, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, este estudo objetiva verificar a possibilidade de criminalizar a homofobia e a transfobia, consideradas as exigências do princípio da legalidade. Para atingir esse objetivo, parte da hipótese de que houve manifesta violação da proibição da analogia em prejuízo do cidadão; examina sua relação com a doutrina alemã, sobretudo com o funcionalismo de cunho teleológico-racional desenvolvido por Claus Roxin; reconhece a vinculação do tema com o Direito Penal e a política criminal; e propõe a utilização do método de resolução de casos – o *Gutachtenstil* – para superar a problemática. Ao final, demonstra que aquela decisão apresenta um conceito ampliado de *raça* incompatível com os princípios do Direito Penal brasileiro.

Palavras-chave: princípio da legalidade; interpretação e proibição da analogia; criminalização da homofobia.

¹ Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil, com estágio pós-doutoral na Humboldt-Universität zu Berlin, Berlim, Alemanha; professor dos programas de graduação, especialização e mestrado em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã, Recife, PE, Brasil; coordenador-geral de pós-graduação, pesquisa e extensão em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã, Recife, PE, Brasil. E-mail: leonardo.henrique@faculdadedamas.edu.br

² Simone de Sá Rosa Figueirêdo é doutora e mestra em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professora dos programas de graduação, especialização e mestrado em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã, Recife, PE, Brasil; advogada. E-mail: simonedesarf@yahoo.com.br

Abstract

Based on the analysis of the decision of the Direct Action of Unconstitutionality n. 26, handed down by the Federal Supreme Court, this study aims to verify the possibility of criminalizing homophobia and transphobia, considering the requirements of the principle of legality. To achieve this objective, it is based on the hypothesis that there was a clear violation of the prohibition of analogy to the detriment of the citizen; examines its relationship with German doctrine, especially with the teleological-rational functionalism developed by Claus Roxin; recognizes the link between the topic and Criminal Law and criminal policy; and proposes the use of the case resolution method – *Gutachtenstil* – to overcome the problem. In the end, it demonstrates that that decision presents an expanded concept of race that is incompatible with the principles of the Brazilian Criminal Law.

Keywords: principle of legality; interpretation and prohibition of analogy; criminalization of homophobia.

Recebido em 7/11/23

Aprovado em 9/2/24

Como citar este artigo: ABNT³ e APA⁴

1 Introdução

Examina-se neste artigo a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF, cujo objetivo era criminalizar a homofobia e a transfobia. Em seu voto, o ministro relator Celso de Mello defendeu a possibilidade de se aplicar a Lei nº 7.716/1989 (*Lei do racismo*), firmando o posicionamento definitivo do STF.

A problemática relaciona-se com as exigências do princípio da legalidade, o mais importante princípio constitucional penal, e especificamente com a proibição da analogia em prejuízo do acusado. A questão é: a decisão proferida pelo STF se contém nos limites interpretativos impostos pela legalidade? O estudo defende a hipótese de que se violou a

³ SIQUEIRA, Leonardo Henrique Gonçalves de; FIGUEIRÊDO, Simone de Sá Rosa. A analogia e a interpretação normativo-funcional da lei: um exame jurídico-penal da decisão do STF que criminalizou a homofobia. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 242, p. 95-112, abr./jun. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p95

⁴ Siqueira, L. H. G. de, & Figueirêdo, S. de S. R. (2024). A analogia e a interpretação normativo-funcional da lei: um exame jurídico-penal da decisão do STF que criminalizou a homofobia. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(242), 95-112. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p95

proibição da analogia em prejuízo do cidadão. Essa hipótese sustenta-se na ampla discussão travada, primordialmente em solo alemão, sobre a interpretação e a analogia em matéria penal. É bem consensual na doutrina, inclusive na brasileira, o conjunto de fundamentos utilizados para limitar a interpretação do tipo penal, os quais aparentemente foram desatendidos na decisão da ADO nº 26/DF. Os alicerces normativos fornecem os cânones da interpretação gramatical, da histórica, da sistemática, da teleológica e, em especial, da interpretação normativo-funcional, para construir a hipótese contraposta àquela decisão.

O referencial teórico é o funcionalismo de cunho teleológico-racional desenvolvido por Claus Roxin⁵, cujo pensamento é indissociável do Direito Penal e da política criminal. O foco do trabalho está nas implicações metodológicas derivadas da proposta funcionalista do autor, o estabelecimento de valores constitucionalmente firmados e a imersão do Direito Penal nos seus pressupostos. Em última instância, isso significa que a dogmática penal precisa construir a sua teorização – elementos do crime, por exemplo – com fundamento primeiro nas valorações de política criminal estabelecidas na Constituição, a fim de permitir que o edifício teórico desenvolvido seja passível de reconstrução, exame e discussão sob o ponto de vista técnico-jurídico e científico.

Para responder à questão, propõe-se a utilização do método da resolução de casos – *Gutachtenstil* –, de largo uso na tradição germânica para a solução de casos concretos. Evidentemente aqui não se analisa uma conduta concreta e individualizada, mas a possibilidade abstrata de uma conduta específica de homofobia (cuja definição típica nem existe) enquadrar-se na *Lei do racismo*. Apesar dessa diferença, a metodologia é o caminho mais adequado a seguir.

O *Gutachtenstil*, valioso instrumento metodológico analítico, de modo coerente reconhece e agrupa o caso de forma a possibilitar uma compreensão mais abrangente e sistemática, pois examina – argumento por argumento – se a solução jurídica fornecida está logicamente ligada às premissas (Valerius, 2017, p. 31). Com base nessa metodologia, é possível compreender a valoração jurídica e como o STF a empregou naquela decisão, com o propósito de desvelar os fundamentos jurídicos aplicados no caso (Tarapués Sandino, 2017, p. 61). De acordo com Hilgendorf e Valerius (2019, p. 73), com suporte no filtro metodológico proposto, é fundamental o comentário da decisão, que estabelece “o passo a passo da resposta para o caso”. A decisão é longa e contém distintos encadeamentos argumentativos, o que torna decisivo o método adotado, dada a necessidade de se separarem e se agruparem os argumentos numa ordem lógica e dedutiva. Ao se percorrer o caminho indicado, é perceptível que o nó górdio da decisão está no conceito – ampliado – de *raça*, o que propicia uma discussão mais verticalizada da questão e uma resposta jurídica sólida e convincente.

Alicerçado naquela decisão – e, principalmente, na defesa do STF de que uma ação homofóbica se enquadraria na *Lei do racismo* –, o artigo contrapõe-se a esse argumento

⁵ Em especial, a partir da obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (Roxin, 1973), traduzida para o português por Luís Greco (Roxin, 2000).

mediante a teorização a respeito da analogia desenvolvida ao longo dos anos no Direito Penal. Além da introdução e da conclusão, o texto contém um desenvolvimento em três seções. A primeira procura separar os argumentos da decisão concernentes apenas ao ponto central da discussão, deixando de lado outros assuntos. A segunda discorre sobre a interpretação (em particular a normativo-funcional) em matéria penal e a proibição da analogia decorrente do princípio da legalidade. E a terceira seção examina as bases da interpretação normativo-funcional com esteio no funcionalismo de cunho teleológico-racional consagrado por Roxin.

2 O voto do ministro relator na ADO nº 26/DF⁶

Em termos gerais, o ministro Celso de Mello defendeu em seu voto que a homofobia se equipararia ao crime de racismo, conforme a *Lei do racismo*, cuja validade se condicionaria à edição de lei específica sobre o tema. O voto do relator tem 150 páginas, mas em apenas poucas delas se apresentam argumentos jurídico-penais; nas demais o autor aborda questões constitucionais, conceitos de gênero, formatação heteronormativa da sociedade brasileira, questões políticas do cotidiano, a busca da felicidade como projeção da dignidade do ser humano etc. (Brasil, 2019).

Aqui se limitará a discussão aos argumentos jurídico-penais, especificamente sobre como o ministro do STF tentou superar os obstáculos impostos pela legalidade – em particular, a questão da proibição da analogia em prejuízo do acusado. Por não terem qualquer efeito na controvérsia que se pretende examinar, foram deixadas de lado questões que podem ter importância para outros ramos do Direito ou mesmo fora dele.

Ao considerar a impossibilidade de o STF tipificar delito e cominar pena, o ministro argumenta ser inadmissível substituir-se ao Congresso Nacional – o que seria uma violação dos princípios da separação dos Poderes e da reserva absoluta de lei formal –, afirmando que “[n]inguém pode ignorar que, em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal” (Brasil, 2019, p. 26-27). Defende também que as práticas de homofobia e transfobia devam ter o enquadramento imediato no conceito de *racismo* (Brasil, 2019, p. 69). Num primeiro momento, o ministro examina o parecer da Procuradoria-Geral da República (PGR)⁷, no qual se advoga não existir analogia em prejuízo do réu, pois a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) objetiva a “erradicação de práticas discriminatórias” e confere à lei a finalidade de punir o racismo. No parecer defende-se que a homofobia resulta de discriminação ou preconceito de raça e cita uma decisão proferida em *habeas corpus* pelo então ministro Maurício Corrêa; segundo

⁶ Ver Brasil (2019).

⁷ Como o relator apresenta literalmente o parecer no seu voto e, ao fim, afirma que acolheu os fundamentos esposados pelo procurador-geral, supõe-se que há no parecer argumentos do próprio ministro Celso de Mello.

ele, deve-se limitar o racismo a simples discriminação de raças, se se considera apenas o sentido mais comum do termo:

Nesse contexto, em observância ao princípio da igualdade, os crimes previstos pela Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, abrangem as condutas homofóbicas [...] sua inclusão naqueles tipos não ofende o princípio da legalidade em matéria penal. O conceito de raça sob o viés biológico é obsoleto, e deve sua interpretação ser conferida de acordo com o princípio da dignidade do ser humano e o Estado Democrático de Direito (Brasil, 2019, p. 70).

No parecer há uma citação do próprio ministro Celso de Mello, que em outra decisão argumentara que “a noção de racismo – ao contrário do que equivocadamente sustentado na presente impetração – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica” (Brasil, 2019, p. 70). Conclui-se no parecer que o conceito de raça é fluido e que se pode considerar a homofobia como crime resultante de preconceito de raça (Brasil, 2019, p. 71). Após o parecer da PGR, o ministro relator menciona autores brasileiros que concordariam com o posicionamento do Ministério Público Federal, de acordo com o qual se devem enquadrar os

atos homofóbicos e transfóbicos no conceito de racismo, em ordem a prevenir e a reprimir comportamentos que objetivam excluir e marginalizar, no contexto das práticas sociais e do sistema jurídico, um determinado grupo identificado não por sua configuração física ou étnica, mas, sim, por um conjunto de ideais, valores e condutas que se revelam comuns aos integrantes daquel[a] mesma comunidade (Brasil, 2019, p. 71-72).

Em seguida, examina uma decisão do próprio STF (Brasil, 2019, p. 73) e argumenta que a construção da definição jurídico-constitucional de racismo deve compatibilizar os “conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos” (Brasil, 2019, p. 75). Após reiterar nas páginas seguintes esses argumentos, o ministro afirma peremptoriamente que “a configuração de atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo – e, nessa condição, [são] subsumíveis à tipificação penal constante da Lei nº 7.716/89” (Brasil, 2019, p. 90). Quanto à analogia, limita-se a dizer que “o entendimento que venho de expor não envolve aplicação analógica (e gravosa) das normas penais previstas na Lei nº 7.716/89, pois, como ninguém o ignora, não se admite a utilização de analogia ‘in malam partem’ em matéria penal” (Brasil, 2019, p. 94). Por fim, o ministro afirma no voto que “atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social” (Brasil, 2019, p. 95).

Ao separar todos os argumentos relacionados à discussão de cunho penal, percebe-se que o voto do relator elabora um conceito de *racismo* bem especializado, com fundamento em diferentes ramos do conhecimento científico. A questão, porém, é se o conceito de *raça* utilizado pelo STF seria apenas uma questão de interpretação permitida ou se ele ultrapassou, com a decisão, tais limites e alcançou o âmbito da analogia proibida.

3 A vinculação do juiz à lei e a proibição da analogia

Segundo a doutrina majoritária⁸, os limites entre uma interpretação (inclusive a extensiva⁹) adequada às exigências do princípio da legalidade e a considerada como proibida (a analogia) estão delineados pelos possíveis sentidos dos termos previamente estabelecidos em lei. Nesse limite criado pelo próprio tipo penal, o intérprete aplicaria os cânones clássicos – a interpretação gramatical, a histórica, a sistemática e a teleológica. Por sua vez, quanto ao assunto, a jurisprudência¹⁰ e a doutrina alemãs¹¹ referem-se frequentemente a uma forma de interpretação diferente, em tese, dos métodos clássicos de interpretação (Schroeder, 2011, p. 187).

Apesar da sua diversidade e do amplo debate em solo alemão, a definição, os limites e as diretrizes da interpretação normativa são ainda escassos e bastante genéricos, segundo Schroeder (2011, p. 188). Em parte, a afirmação é verdadeira; contudo, com base na teorização desenvolvida por Roxin, é possível aclarar o que se entende por *interpretação normativa*. Ao discutir sobre a voluntariedade na figura da desistência, o autor apresenta diretrizes sobre a interpretação normativa e afirma que não se deve abordar a voluntariedade sob o prisma psicologizante, mas trazer a lume a sua substância normativa como parâmetro e submetê-la às valorações político-criminais estabelecidas na Constituição (Roxin, 1972, p. 251-276).

Parece decisiva a vinculação estabelecida por Roxin entre a interpretação normativa e as valorações de cunho político-criminal. É verdade que o neokantismo já se referia à valoração jurídica dos conceitos legais. Mezger (1949, p. 79), por exemplo, defendia a interpretação teleológica da lei, ou seja, o sentido revela-se na finalidade almejada com a sua utilização no caso concreto. A finalidade da lei deveria ser examinada sob dois aspectos correlacionados: a) a finalidade da lei específica e a sua relação com o bem jurídico tutelado; e b) a interpretação da lei deve considerar principalmente a finalidade geral do ordenamento jurídico, concebido como corpo único. Essas finalidades do ordenamento proporcionariam critérios decisivos para a interpretação da lei específica e a sua concreta

⁸ Em sentido contrário, ver Schmidhäuser (1975, p. 111), Stratenwerth e Kuhlen (2004, p. 52) e Jakobs (1991, p. 84).

⁹ Mediante a interpretação da lei, distinguem-se a analogia proibida em prejuízo da parte e a permitida aplicação do Direito (Schmidhäuser, 1975, p. 100). Assim, por exemplo, não há qualquer óbice à interpretação extensiva do tipo penal que criminaliza a conduta do agente.

¹⁰ BGHSt 48, 207, 211; BGHSt 49, 34, 41.

¹¹ Nesse sentido, ver Schünemann (1986, p. 323) e Roxin (1973, p. 36).

utilização. Desse modo, o sentido da lei estaria relacionado às valorações estabelecidas pela lei e pelo ordenamento jurídico (Mezger, 1949, p. 81).

Todavia, segundo Greco (2002, p. 63-64), como o neokantismo se fundamentava num relativismo axiológico, abdicar-se-ia “de reconhecer qualquer referência teleológica objetivamente válida”, ao passo que para o funcionalismo de Roxin “as decisões valorativas fundamentais encontram-se, assim, positivadas constitucionalmente” (Greco, 2002, p. 64). As consequências do pensamento de Roxin para a dogmática penal são bem conhecidas e desenvolvidas por vários doutrinadores. Em relação à discussão sobre a interpretação normativa e os seus fundamentos e limites, a construção teórica do autor introduz a chamada *interpretação normativo-funcional* da lei. Desse modo, pondo-se em função os parâmetros para qualquer interpretação normativa do Direito, obtêm-se diretrizes objetivas e bases seguras para determinar o sentido derivado da lei penal¹². Contudo, antes de examinar a interpretação normativo-funcional, deve-se discutir a sua relação com outros métodos interpretativos.

Mezger (1949, p. 80) afirmava que os métodos clássicos de interpretação seriam apenas auxiliares em relação à interpretação teleológica, os únicos capazes de oferecer linhas diretivas no processo de interpretação. Porém, discordando do posicionamento do autor quanto à hierarquia, pode-se argumentar que apenas a interpretação normativo-funcional consegue estabelecer a conexão entre os quatro cânones de interpretação (gramatical, histórica, sistemática e teleológica) e permitir sua utilização sem qualquer ideia de prevalência e de forma juridicamente intermediada, e cujos passos podem ser reconstruídos e ser passíveis de controle judicial. Aqui a posição parece seguir um caminho diverso do proposto por Schroeder. O autor defende que a fundamentação de uma interpretação normativa ocorreria mediante métodos interpretativos clássicos, pois “onde uma interpretação normativa não se fundamenta por meio dos métodos clássicos de interpretação [...], os resultados não são convincentes” (Schroeder, 2011, p. 194, tradução nossa), o que significa que um elemento puramente objetivo (descritivo) não pode ter o seu conteúdo normativamente preenchido. Por conseguinte, a interpretação normativa não poderia dar nova roupagem ao conteúdo descritivo do conceito jurídico; a normatividade deveria já estar contida no conceito, de tal forma que o próprio processo de normatização deixaria transparecer o seu âmbito normativo (Küper, 2006, p. 311-312).

Não há elementos puramente objetivos ou mesmo normativos – com a possível exceção dos conceitos de medida, de acordo com Roxin e Greco (2020, p. 406). Mesmo no caso dos elementos considerados descritivos, como o conceito de *alguém*, é necessária uma regulação conforme diretrizes normativas. Quando se analisa um elemento do tipo penal, por exemplo, pode-se dizer que são poucas as questões que surgem da parte descritiva daquele elemento; é o seu momento normativo que precisa de uma fundamentação mais acurada

¹² Não se está exigindo uma completa determinação de todas as nuances possíveis no processo de interpretação da lei, que se sobrecarregaria caso a exigência – em face da obrigação da determinação da lei como corolário do princípio da legalidade – não funcionasse apenas como uma “ideia reitora”. Nesse sentido, ver Jakobs (1991, p. 64).

e uma definição mais clara dos critérios utilizados. Logo, é a interpretação normativo-funcional que assenta e enlaça os diversos métodos de interpretação, e não o contrário (Roxin; Greco, 2020, p. 406).

Deve-se tomar como ponto de partida o pensamento de Roxin (1973, p. 297) para entender melhor a interpretação normativo-funcional. O neokantismo representara um avanço para a dogmática penal, mas sua orientação para o vago conceito de *normas de cultura* não podia prosperar. Era imprescindível substituir esses critérios imprecisos por critérios jurídico-penais específicos e sistemáticos, ou seja, os fundamentos político-criminais das finalidades da pena. Dessa forma, o sistema jurídico-penal passa a ser estruturado em juízos de valor com esteio nas finalidades do ordenamento jurídico. No entanto, como diz Greco (2002, p. 64), os valores e finalidades impostos pela política criminal não podem ser os derivados da lei e da ordem. Apenas os fins e os valores da política criminal de um Estado democrático social de Direito, respeitador dos direitos e das garantias individuais, podem edificar o sistema penal.

Parece inegável a forte relação entre o Direito positivo e a ideologia em sentido funcional, pois as valorações e finalidades jurídicas precisam estar ideologicamente em consonância com o Estado democrático social de Direito e levar a uma neutralização das valorações, visto que só se permitem as adequadas a esse gênero de Estado, o que limita a multiplicidade de caminhos dado ao caráter aberto dos valores. Nesse mesmo sentido, o tipo penal e o respectivo espectro punitivo por ele criado estão condicionados às valorações das suas consequências jurídicas – as finalidades preventivas. Isso significa que a interpretação em matéria penal se sustenta nos valores dispostos na CRFB, não apenas como mero corretor, mas como fundamento último do tipo, a delimitar o âmbito do proibido e o horizonte da interpretação dos tipos penais (Schmidhäuser, 1975, p. 107).

4 O fundamento da interpretação normativo-funcional: as relações entre valor e ideologia

Ao discutir sobre a utilização do plural na nova legislação alemã¹³, Kudlich (2011, p. 127-128) procura demonstrar a importância e o sentido mais profundo da interpretação gramatical. Seguindo o pensamento do autor, mas também discutindo um caso similar na legislação brasileira, percebe-se a importância da interpretação normativo-funcional para a concretude e a legitimidade da interpretação gramatical. A questão gira em torno da aplicação da interpretação gramatical quando se discute a lesão corporal grave prevista no art. 129, § 1º, I, do Decreto-lei nº 2.848/1940 (*Código penal* ou CP). A pergunta que se pode fazer é: se em decorrência da lesão corporal a vítima se torna incapaz de realizar apenas uma de

¹³ Em 1986 entrou em vigor no ordenamento alemão uma lei cuja finalidade era combater a criminalidade econômica.

suas várias ocupações diárias, pode-se falar em lesão corporal grave? Se, por exemplo, Tício produz uma lesão no tornozelo de Mévio, impedindo-o apenas de jogar futebol (esporte praticado por ele ao menos quatro vezes por semana), a lesão seria simples ou qualificada?

No caso brasileiro – diferentemente do alemão, como se demonstra a seguir – não há uma discussão profficua que permita responder a essa questão. Pode-se apenas conjecturar quando se examinam argumentos como “[a] incapacidade – física ou psíquica – deve ser real, extinguindo-se apenas com a retomada pelo indivíduo de todas as suas ocupações anteriores lícitas” (Prado, 2010, p. 114) e “[a]s ocupações habituais [...] não têm o sentido de trabalho diário, mas de ocupações do quotidiano do indivíduo” (Bitencourt, 2023, p. 147). É perceptível que os autores se utilizam do plural quando falam da retomada das atividades habituais – Prado (2010) chega a mencionar “todas as atividades” – o que não ocorre naquele exemplo hipotético. Seria, pois, a tipificação da lesão como leve a resposta mais adequada?

Na Alemanha, a discussão de um caso semelhante parece fornecer uma resposta juridicamente fundamentada. A discussão girava em torno da questão: como a lei se utiliza do plural – como em “falsa impressão de *cheques* e *cartões* de pagamento” – e, no caso concreto, o agente falsificara apenas *uma* folha de cheque? Nesse caso, pode-se falar em conduta típica? A doutrina caminhou no sentido da atipicidade da conduta, ao passo que a Corte Federal de Justiça (Bundesgerichtshof ou BGH) fez o oposto e decidiu que mesmo a falsificação de apenas uma folha de cheque não impediria a tipicidade da conduta, pois muitos outros tipos penais que claramente se referem ao singular expressam-se no plural. Ou seja: mesmo com o emprego do plural, o tipo penal deveria ser interpretado de forma diversa (Kudlich, 2011, p. 125-126).

A decisão do BGH parece correta, e a fundamentação permite discutir sobre a analogia e a sua proibição em matéria penal, com explica Kudlich (2011, p. 127). De acordo com ele, apenas sob o aspecto das regras gramaticais não se pode entender (valorar) os limites impostos pelos sentidos possíveis dos termos legais, como principal diretriz para diferenciar a interpretação judicial legítima da que viola o princípio da legalidade, em virtude da proibição da analogia. Se assim se procedesse, o emprego do plural seria considerado “como se” singular fosse – o que evidentemente profana o princípio da legalidade. O autor procura estabelecer a diferença sob outra perspectiva e argumenta, com um perspicaz exemplo da vida de um cidadão comum (Kudlich, 2011, p. 127-128), que não seria razoável restringir a utilização do plural a vários objetos. O caso é simples, mas decisivo: é bem comum que os pais estabeleçam que os filhos devam usar talheres em vez de comer com as mãos o macarrão do almoço. O autor faz refletir que no cotidiano o singular é tomado como parte integrante do plural, pois a interdição de comer com as mãos envolve também comer apenas com a mão direita ou a esquerda. Para compatibilizar a contradição, pode-se assumir que a linguagem é dotada de forte potencial normativo, cujo conteúdo semântico não estaria determinado eternamente, mas modificar-se-ia pelo uso cotidiano da linguagem (Kudlich, 2011, p. 128-131).

Para o autor, portanto, a interpretação gramatical tem conteúdo normativo fundamental para a interpretação em matéria penal. Não obstante, pode-se questionar: sendo em parte

normativa, ou seja, um juízo de valor, como decidir sobre qual é a valoração juridicamente legítima? Como se sabe, os valores são sempre fórmulas abertas, com infinitas possibilidades – pode-se valorar, por exemplo, a propriedade sob pontos de vista diferentes e mesmo contraditórios. Assim, como se pode afirmar que o posicionamento de Kudlich, que defende o uso da linguagem cotidiana como o critério normativo da interpretação gramatical, deve prevalecer em relação aos argumentos dos que defendem o uso de uma linguagem especializada? Somente é possível responder à questão quando se considera a interpretação normativo-funcional, não como um processo de valoração de determinada ação, mas precipuamente como um processo de neutralização dos valores – um procedimento de *valoração dos próprios valores*, que significa, no fim das contas, uma interpretação ideologicamente comprometida (Ferraz Junior, 2015, p. 182).

Pode-se entender e valorar a linguagem, bens jurídicos e os cânones de interpretação de múltiplas formas; contudo, é preciso *tomar consciência* dos próprios processos valorativos – *valorar os valores* estabelecidos para atingir objetividade – e, principalmente, traçar as diretrizes para qualquer processo de interpretação (Luhmann, 1991, p. 182). Pense-se na interpretação histórica e na discussão sobre a vontade da lei e a vontade do legislador histórico. Sob o ponto de vista doutrinário, conforme Muñoz Conde (2001, p. 221), parece que a teoria objetiva (vontade objetiva da lei, cujo sentido não estaria vinculado à vontade do legislador histórico) é dominante em relação à teoria subjetiva. Maurach e Zipf (1992, p. 117), por exemplo, afirmam taxativamente que, com a entrada da lei em vigor, se ultrapassaria definitivamente o campo de influência (poder) do legislador histórico, inclusive sua motivação (vontade do legislador).

Roxin e Greco (2020, p. 224) propõem uma solução diferente, com base em que a suposta vontade objetiva da lei – separada da vontade do legislador histórico – na verdade encobriria a subjetividade judicial vinculada à interpretação da lei penal. Naucke (1969, p. 275) parece seguir caminho semelhante ao defender que, nos casos de dubiedade no entendimento do texto legal, a jurisprudência acaba por não recorrer a métodos tradicionais de interpretação ou a necessidades de política criminal, o que leva o autor à conclusão de que não se trata propriamente de um processo metódico comprovável; por isso, é imprescindível limitar a subjetividade encoberta pela teoria objetiva. Nesse ponto, para a teoria subjetiva, só é possível a vinculação do juiz, ao interpretar a lei penal, se se considerarem as valorações do legislador histórico (Roxin; Greco, 2020, p. 224).

Krey (1977, p. 182-187) posiciona-se no mesmo sentido; para ele, não se pode falar em interpretação quando o juiz não mais se vincula a decisões valorativas de cunho político-jurídico do legislador histórico. Interpretar não é apenas desvelar, por um ato de conhecimento, o sentido objetivo da norma, a qual exprime uma valoração política-jurídica; por isso, a lei deve ser entendida como norma de valoração, referida e concretizadora dos valores estabelecidos pelo ordenamento jurídico. De acordo com o autor (Krey, 1977, p. 185), a *ratio legis* é o critério reitor do juiz no processo de concretização normativa e sua função é limitar a subjetividade do intérprete (juiz), em consonância com a teoria subjetiva.

Um exemplo citado por Roxin e Greco (2020, p. 223) é igualmente válido no Direito brasileiro. No crime de extorsão (art. 158 do CP), há aumento de pena quando se comete o delito com o emprego de “arma”. Se o agente, por exemplo, utiliza uma arma química para praticar a extorsão, é possível fazer incidir a causa de aumento prevista no CP? A resposta parece positiva, pois o conceito de *arma química* é conhecido na linguagem cotidiana e, por isso, a interpretação proposta (incluir a arma química no rol das causas de aumento) está em consonância com a finalidade da lei estabelecida pelo legislador histórico: punir de forma mais severa a quem utiliza um meio mais perigoso para o bem jurídico. Duas questões surgem do posicionamento de Roxin e Greco (2020, p. 223), aqui assumido como correto. A primeira – e neste ponto retorna-se à questão suscitada quando se discutiu a interpretação gramatical e a visão de Kudlich (2011) – relaciona-se ao uso da linguagem do cotidiano como critério valorativo e sua prevalência em relação à linguagem especializada. Como visto, os autores normalmente defendem a prevalência do uso da linguagem cotidiana em vez da linguagem especializada. Por conseguinte, a interpretação permitida deve fundar-se sempre na “perspectiva dos destinatários da lei” (Roxin; Greco, 2020, p. 224).

Aqui, a interpretação normativo-funcional ganha relevo; entretanto, a grande questão é que sua valoração é de outra estirpe, pois busca valorar as valorações e estabelecer o caminho a ser trilhado. Como afirma Roxin, as valorações dos valores são ideologicamente comprometidas, uma vez que são juridicamente válidas somente as adequadas ao Estado social democrático de Direito, como os fins da pena ou os princípios constitucionais penais. Assim, com tais pressupostos, não é congruente com os valores da política criminal estabelecidos pela CRFB a imposição do conhecimento de uma linguagem jurídica ou cientificamente especializada como regra geral para a população. As normas jurídicas devem voltar-se para todos os cidadãos¹⁴, pois é imprescindível que conheçam as condutas consideradas ilícitas pelo ordenamento jurídico. Por isso, qualquer política criminal há de provir desse pressuposto, cuja concretude é conduzida pela interpretação normativo-funcional. Valorando não propriamente a ação, mas os valores, é possível tomar uma decisão, cujos passos metodológicos estão coerentemente descritos e são passíveis de reconstrução.

A segunda questão relaciona-se ao posicionamento de Krey (1977), adotado também por Roxin e Greco (2020). Embora seja correto limitar a “vontade objetiva da lei” com fundamento nas valorações do legislador histórico, pode-se questionar a perenidade ou não dessas valorações e os seus limites. No caso brasileiro, a pergunta ganha especial relevo, visto que a parte especial do CP foi elaborada no contexto de um Estado autoritário. Em relação ao delito de curandeirismo, por exemplo, ao relacionar os crimes contra a saúde pública, a exposição de motivos da parte especial do CP afirma que reproduziu com ligeiras modificações a legislação então vigente, o CP de 1890.

¹⁴ A histórica função política do princípio da legalidade, basilar num Estado democrático, relaciona-se com o estabelecimento de uma lei escrita e anterior que fixe uma conduta delituosa e a sua respectiva pena. Desse modo, toda a população poderia conhecer os delitos e as penas.

Ao discorrer sobre os crimes contra a saúde pública, o art. 157 daquela codificação estabelecia a conduta delituosa de “praticar espiritismo ou magia” para, por exemplo, inculcar a cura de moléstias. Apesar da nova redação disposta no art. 284, preservaram-se integralmente as valorações do legislador histórico, o de 1890. O art. 284 afirma que pratica curandeirismo quem utiliza “gestos, palavras ou qualquer outro meio” (Brasil, [2024]). A respeito, pode-se citar Hungria (1958, p. 155-156) – comentador de ambas as leis (Lyra; Hungria, 1936) – que analisa o crime de curandeirismo presente no CP de 1940¹⁵: “Curandeiros, e de marca maior, são os *medicine-men* do espiritismo [...]. Outra perniciosa casta de medicastros são os oficiantes do feitiço ou da macumba”. Apesar de ter mitigado esse posicionamento¹⁶, é possível vislumbrar certa intolerância religiosa do autor, que da mesma forma já estava presente nas valorações do legislador histórico e perdurou no decreto-lei vigente há mais de oitenta anos.

Mencione-se como exemplo o caso do bispo Edir Macedo, preso em 1992 após um culto em sua igreja. Uma das acusações foi a de ter cometido o delito previsto no art. 284 do CP. Depreende-se da decisão que o pastor neopentecostal teria cometido o delito de curandeirismo por meio de gestos, palavras e outros meios. Conquanto não tenha sido o fundamento principal, a decisão do ministro perpassou a discussão sobre “a íntima conexão entre o Código Penal e a Constituição Federal” (Brasil, 1992, p. [7])¹⁷. Na decisão também se afirma que o Estado brasileiro é laico e dista de qualquer religião oficial, garantindo-se a liberdade religiosa como direito fundamental do cidadão. Logo, a norma penal não poderia contraditar a CRFB, pois o “sistema jurídico não admite contradição lógica, ou seja, a norma não pode, ao mesmo tempo, proibir e consentir” (Brasil, 1992, p. [7]).

Apesar dessa abordagem, foi diverso o argumento principal para o trancamento da ação penal obtido pela defesa do bispo ao impetrar *habeas corpus* (HC)¹⁸ no Superior Tribunal de Justiça. Desse modo, é preciso aprofundar a discussão. Ficou claro que o legislador histórico partia de uma valoração de ações praticadas por certas religiões como dignas de sanção, o que viola a liberdade religiosa e o Estado de Direito. Por isso, os limites e a legitimidade das valorações do legislador histórico só ganham sentido quando submetidos ao crivo da interpretação normativo-funcional, visto que ela *funcionaliza* os próprios cânones clássicos de interpretação e delimita as valorações juridicamente adequadas, em consonância com os ditames de um Estado democrático social de Direito.

No caso do bispo, parece que a consideração da sua conduta como criminosa deve ser tomada como uma analogia juridicamente proibida, dados os pressupostos estabelecidos

¹⁵ O próprio autor afirma: “sem dúvida alguma, há que tolerar-se o espiritismo como religião ou como filosofia”. Nesse contexto, é perceptível uma clara dubiedade no seu argumento: por um lado, parece reconhecer a liberdade religiosa, mas, por outro, procura criminalizar as religiões não cristãs, ao afirmar que “sob a capa do exercício de culto, os espíritas levaram o seu arrojo ao extremo ao montarem verdadeiras ‘policlinicas’ [...], mas o que é de todo inadmissível é que certos fenômenos, já explicados pela ciência e que nada tem a ver com o sobrenatural sejam empiricamente provocados [...] para o fim de tratamento de enfermidades” (Hungria, 1958, p. 155-156).

¹⁶ Ver nota anterior.

¹⁷ O voto vencedor foi o do ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

¹⁸ HC nº 1.498-3/RJ (92.00239382).

pela CRFB, sobretudo quanto à liberdade religiosa, parte específica do conceito mais geral de *liberdade*; por isso, ela está no rol de direitos e garantias fundamentais – e tem proeminência sobre a tutela da saúde pública, por exemplo. Num Estado efetivamente laico, deve ser preservada a liberdade religiosa¹⁹, inclusive a crença na cura por palavras, gestos e fé; e a conduta do pastor evangélico estaria excluída do espectro punitivo, constituindo-se numa juridicamente proibida analogia em prejuízo do cidadão. Num Estado religioso (de matiz católico, por exemplo), da mesma forma ideologicamente comprometido, a decisão correta seria a condenação por curandeirismo em face de qualquer outra prática assemelhada à conduta descrita no tipo penal em questão. Desse modo, não só é possível entender como a interpretação normativo-funcional concretiza a importância das decisões valorativas estabelecidas na CRFB para configurar o espectro punitivo determinado pelo tipo, como também permite traçar limites entre a interpretação permitida e a analogia em prejuízo do cidadão²⁰.

Quanto às relações entre a interpretação teleológica e a normativo-funcional, elas já foram inicialmente estabelecidas na obra de Mezger (1949, p. 80-81). Apesar de tratar somente de interpretação teleológica dos tipos penais, ela contém dois momentos decisivos: deve levar em consideração tanto a finalidade da própria lei e as suas relações com o bem jurídico quanto as finalidades do próprio ordenamento. O passo decisivo foi dado por Roxin, mas já fora concebida pelo autor neokantista a ideia de que somente a interpretação adequada às finalidades do ordenamento poderia direcionar o julgador por estabelecer as diretrizes básicas. É preciso compreender que o funcionalismo de Roxin foi concebido e gestado numa sociedade muito mais complexa e diferenciada, o que acarreta uma inescapável perda de confiança da sociedade no poder de ordenação social produzida pelo Direito. Não parece casual a importância da prevenção geral positiva para a construção de uma nova visão do Direito Penal²¹.

As relações da política criminal com o Direito Penal trazidas à tona pelo funcionalismo – ou, conforme Roxin (1973, p. 10), a penetração das decisões valorativas de política criminal no sistema penal – revelam as próprias relações entre o Direito e a ideologia (esta entendida sob um ponto de vista funcional), daí a necessidade de se tomarem como invariáveis certos horizontes de expectativas. O sistema jurídico poderia, assim, funcionar como eficaz instrumento para orientar as ações, pois a complexidade do meio seria reduzida por diretrizes fornecidas pela própria estrutura do sistema (Luhmann, 1991, p. 179).

¹⁹ Isso não significa que a liberdade religiosa não encontre limites e que, dessa maneira, há uma linha divisória que, rompida, pode acarretar a criminalização de uma conduta. Contudo, a despeito de sua importância, discutir essa questão ultrapassaria os limites deste trabalho.

²⁰ Apesar das diferenças intrínsecas, conferir Amelung (1984, p. 89).

²¹ As consequências do sistema desenvolvido por Roxin são mais profundas e complexas que parecem. As diferenças para o finalismo são bem mais marcantes que apenas, por exemplo, a crítica ao conceito ontológico de ação de Welzel ou mesmo a inserção da necessidade da pena, ao lado da culpabilidade, no terceiro elemento do conceito de delito. Ao menos em nossa opinião, relegar o conceito de ação e substituí-lo por uma teoria da imputação tem um pano de fundo muito mais significativo, pois indica a superação de uma sociedade ética por uma sociedade funcionalmente diferenciada. Em sentido semelhante na crítica às teorias da ação, ver Luhmann (1991, p. 178-179).

Afirma-se sempre que o Direito Penal deve construir os seus conceitos com base nos valores estabelecidos e delimitados pela política criminal. Para isso, seria preciso torná-los reflexivos, fazê-los passar por um processo em si mesmos e da mesma forma como se processam (Luhmann, 1987, p. 213). A função da ideologia é possibilitar a reflexividade, valorando os valores; além disso, funciona como instrumento estabilizador do sistema jurídico, pois permite delimitar os possíveis sentidos dos tipos penais por intermédio de estruturas previamente estabelecidas pela política criminal²². Ao mesmo tempo, a reflexividade torna possível perceber que não há respostas axiomáticas²³; na verdade, as discussões sobre a valoração dos valores permitem uma nova proposta valorativa²⁴, mesmo sem qualquer modificação constitucional.

Ao criticar o conceito de culpa como retribuição, Roxin (1984, p. 644) critica de forma semelhante a rápida compatibilização, realizada pelas antigas gerações, entre a culpabilidade como retribuição (vingança) e as exigências derivadas de um Estado de Direito²⁵. Nesse sentido, evidencia-se que a reflexividade descortina novas possibilidades e formas de interpretar e discutir as categorias jurídicas (Luhmann, 1987, p. 214).

22 Especialmente no Brasil, as expectativas geradas pela democrática política criminal estabelecida pela CRFB mantêm-se mesmo que constantemente defraudadas na realidade cotidiana; ou seja, elas se estabilizam contrafaticamente. Não há maiores problemas quanto à defraudação fática das expectativas normativas; quando se pensa numa sociedade complexa e diferenciada funcionalmente, não é possível pressupor uma sociedade homogênea em relação aos valores estabelecidos no ordenamento jurídico, o que leva invariavelmente a infrações administrativas, ilícitos civis e crimes, gerados no Estado democrático social de Direito, pois sempre se pode confiar na manutenção das expectativas normativas geradas pelo sistema jurídico. Nesse sentido, ver Luhmann (1995, p. 131-132).

23 Já fora concebida por Schünemann (1984, p. 55) a ideia de que o funcionalismo não propõe respostas axiomáticas; na verdade, ele despreveria determinado método para a construção de um sistema.

24 O neokantismo entendia os conceitos jurídicos como esteados nos valores do próprio sistema. Mezger (1949, p. 85), por exemplo, ao discorrer sobre a tarefa mais importante da interpretação, afirmava ser plenamente possível mudar a interpretação mesmo sem qualquer alteração jurídica, uma vez que a interpretação precisaria moldar (adequação) as antigas leis às necessidades e aos conceitos (compreensão) do presente.

25 O funcionalismo de cunho teleológico-racional concebe a culpabilidade como um juízo de valor em si; porém, para tomar consciência e possibilitar a abertura para novas formas de concebê-la, é preciso fazê-la passar pelo processo de reflexividade. Por exemplo: a culpabilidade num Estado democrático social de Direito precisa cumprir a função de limitar o poder de punir do Estado; por isso, qualquer relação entre culpabilidade e pena deve levar em conta essa função. Quanto à manutenção ou não da culpabilidade como fundamento da pena, coerentemente com os pressupostos de um Estado de Direito, Roxin (1984, p. 644) defende que compensar (retribuição) a culpa do criminoso mediante pena só seria adequado num Estado absolutista: o monarca, cujo direito surgiria da autoridade de um deus, delegaria ao juiz o poder de decidir em seu nome (na verdade, em nome de um deus) em que se legitima a compensação pela culpa. Com o processo de ideologização da culpabilidade - e a consequente reflexividade -, tornou-se visível uma nova forma de se conceituar a culpa e suas relações com a medida da pena, a fim de diminuir a importância dessa relação - de culpabilidade apenas como limite da pena, o que já cumpre os ditames de um Estado de Direito e a sua função de limitar o poder de punir - e, no momento de aplicar a pena, privilegiar especialmente a sua função preventiva, de acordo também com as exigências de um Estado social, apesar do enorme dissenso entre os funcionalistas quanto ao conteúdo específico da prevenção. Numa perspectiva funcional, a culpabilidade deve ser examinada sob o filtro valorativo derivado do Estado democrático social de Direito, o que neutraliza, valorativamente falando, as demais possibilidades, uma vez que a culpabilidade teria outra conformação se os valores regentes fossem derivados de uma política criminal de lei e ordem. É nesse sentido que se deve rejeitar o posicionamento de Jakobs (1976, p. 9), uma vez que a contradição é patente. O monóculo hermenêutico de Jakobs - que valora a culpabilidade apenas sob a óptica do Estado social e as valorações correspondentes - despreza a necessidade de se adequar a culpabilidade aos ditames do Estado de Direito, de cunho eminentemente liberal e democrático (limitação do Estado); se assim não fosse, sob apenas os ditames exclusivos de um Estado social caminhar-se-ia para um Estado autoritário.

5 Conclusão

A doutrina dominante no Brasil e na Alemanha limita a interpretação do tipo pelos sentidos possíveis derivados dos termos legais. Por conseguinte, não se pode condicionar a interpretação dos tipos à linguagem especializada – jurídica, sociológica, filosófica ou qualquer outra – nem tornar exclusivo dos especialistas o correto conhecimento do sentido, alcance e limites da proibição. Muito ao contrário: em virtude da função política do princípio da legalidade, num Estado democrático social de Direito as proibições precisam ser conhecidas o mais claramente possível por todos²⁶. Assim, devem-se interpretar os tipos penais com base na linguagem do cotidiano, pois ela cumpre os requisitos da política criminal estabelecida na CRFB. Quanto à política criminal, decerto a homofobia e a transfobia são condutas reprováveis e merecem uma reação social mediante uma pena necessária, adequada e proporcional.

Todavia, mesmo que se considere o ato homofóbico socialmente danoso e que a pena seja necessária para a defesa de um bem jurídico, ainda não há uma descrição típica da conduta criminosa, nem se estabeleceu uma pena. A afirmação do juízo de tipicidade – em especial o processo de interpretação do alcance e limites do que é relevante e digno de sanção – é uma valoração levada a cabo pelo julgador; contudo, em virtude da interpretação normativo-funcional inaugurada por Roxin, é preciso valorar o próprio processo de valoração (neutralização valorativa), e perseguir a máxima objetividade possível na fundamentação proposta. No caso concreto, isso significa que a interpretação permitida não pode ultrapassar os sentidos possíveis dos termos legais – entendidos na linguagem do cotidiano – sob pena de violar os valores estabelecidos pelo Estado democrático social de Direito, em especial o princípio da legalidade e a sua histórica função política. A interpretação normativo-funcional permite, assim, o desenvolvimento do processo de reflexividade e de novas formas de se examinarem, por exemplo, os elementos da teoria do crime.

Embora a decisão do STF reconheça a omissão legislativa, a decisão tomada transgredir justamente o que ela pretende defender: o Estado democrático. Nele a proibição da analogia é corolário essencial da legalidade, com o fim de limitar o Poder Judiciário – que seria desproporcionalmente maior que os outros e, por conseguinte, nocivo à democracia ao profanar o princípio da separação dos Poderes – e de impedir um completo arbítrio judicial.

É inegável que a decisão do STF viola a proibição da analogia em prejuízo do cidadão, pois, no sentido comum e usual do termo, é impossível tomar o sentido de *raça* do modo como propôs o STF; o voto argumenta sobre a compatibilização do racismo com “conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos”. Seguir o voto do

²⁶ Beccaria (1999, p. 35) afirma que o “mal será grandíssimo se as leis forem escritas em língua estranha ao povo, que o ponha na dependência de uns poucos, sem que possa julgar por si mesmo qual seria o êxito da sua liberdade, ou dos seus membros”. Aqui, “língua estranha ao povo” significa não apenas outro idioma mas também a utilizada pelos “doutos”.

relator significa defender que apenas os dotados dos conhecimentos sugeridos na decisão seriam capazes de entender o conteúdo, o alcance e os limites do comportamento proibido.

A doutrina deve interpretar os princípios constitucionais penais de forma mais rígida do que ocorreu na decisão do STF (Roxin; Greco, 2020, p. 325). Conforme percebeu Schmidhäuser (1984, p. 35), isso se deve às diferentes ênfases infundidas tanto pela prática quanto pela dogmática penal. O Direito Penal procura sistematizar os conceitos penais ao expurgar as possíveis contradições na sua aplicação, ao passo que a prática focaliza sobretudo o caso concreto (único e irrepetível) quando aplica a justiça para o caso *sub judice*. Assim, cabe à dogmática penal – de forma semelhante à do presente artigo – auxiliar a prática a não perder de vista a necessidade de se pensar o Direito Penal como um conjunto de conceitos lógicos, ordenados de forma sistemática e coerente em termos político-criminais (Schmidhäuser, 1975, p. 103). Ao concentrar-se na aplicação da justiça no caso concreto, o Poder Judiciário pode recair em casuísmo perigoso e tomar decisões contraditórias.

É possível argumentar que o combate à criminalidade ficaria prejudicado com o caminho aqui defendido: a atipicidade da homofobia em virtude da inexistência de tipo penal específico e a impossibilidade de enquadrá-lo na *Lei do racismo* por se tratar de analogia proibida. Há efetivo prejuízo, e não é de pouca monta. Não obstante, este é um risco a ser enfrentado para se manterem intactas as bases de um Estado democrático social de Direito²⁷.

Referências

AMELUNG, Knut. Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Hrsg.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin: De Gruyter, 1984. p. 85-102.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. (RT Textos Fundamentais).

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 23. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 14.344/2022. São Paulo: Saraiva, 2023. v. 2.

BRASIL. *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: 15 fev. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Habeas Corpus nº 1.498/RJ*. HC – Penal – Processual penal – Liberdade de culto – Charlatanismo – Curandeirismo – Denúncia – Inépcia. A denúncia deve descrever o fato delituoso com todas suas circunstâncias, de modo a ensejar o exercício do direito de defesa [...]. Impetrantes: Antonio Evaristo de Moraes Filho e outros. Impetrada: Primeira Câmara do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Edir Macedo Bezerra. Relator: Min. Vicente Gernicchiario, 18 de dezembro de 1992. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199200239382&dt_publicacao=16/08/1993. Acesso em: 15 fev. 2024.

²⁷ De forma semelhante, ver Roxin e Greco (2020, p. 214).

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF*: voto [do] senhor Ministro Celso de Mello. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – Exposição e sujeição dos Homossexuais, Transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Interessados: Congresso Nacional; Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2024.

FERRAZ JUNIOR, Tércio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 57-115.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal: parte geral*. Tradução de Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. v. 9.

JAKOBS, Günther. *Schuld und Prävention*. Tübingen: Mohr, 1976. (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, 452/453).

_____. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 2. Aufl. Berlin: De Gruyter, 1991.

KREY, Volker. *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht: Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots*. Berlin: Duncker und Humblot, 1977. (Schriften zum Strafrecht, n. 26).

KUDLICH, Hans. „Regeln der Grammatik“, grammatische Auslegung und Wortlautgrenze. In: PAEFFGEN, Hans-Ullrich; BÖSE, Martin; KINDHÄUSER, Urs; STÜBINGER, Stephan; VERREL, Torsten; ZACZYK, Rainer (Hrsg.). *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker und Humblot, 2011. p. 123-136. (Schriften zum Strafrecht, n. 215).

KÜPER, Wilfried. Normativierung der Arglosigkeit? GA, [s. l.], n. 153, p. 310-313, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. (Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft, 1183).

_____. *Rechtssoziologie*. 3. Aufl. Opladen: Westdeutscher Verl., 1987. (WV-Studium, v. 1/2: Rechtswissenschaften).

_____. *Soziologische Aufklärung I: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*. 6. Aufl. Opladen: Westdeutscher Verl., 1991.

LYRA, Roberto; HUNGRIA, Nelson. *Compêndio de direito penal: parte especial I*. Rio de Janeiro: Libr. Jacynto, 1936. v. 2.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 8. Aufl. Heidelberg: Müller, 1992. v. 1.

MEZGER, Edmund. *Strafrecht: Ein Lehrbuch*. 3. Aufl. Berlin: Duncker und Humblot, 1949.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Montevideo: B de F, 2001. (Colección: Maestros del Derecho Penal, n. 3).

NAUCKE, Wolfgang. Der Nutzen der subjektiven Auslegung im Strafrecht. In: BOCKELMANN, Paul; KAUFMANN, Arthur; KLUG, Ulrich (Hrsg.). *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1969.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 5. Aufl. München: C.H. Beck, 2020. v. 1.

ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 2. Aufl. Berlin: De Gruyter, 1973. (Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 39).

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Über den Rücktritt vom unbeeendeten Versuch. In: LÜTTGER, Hans; HEINITZ, Ernst; BLEI, Hermann; HANAU, Peter (Hrsg.). *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*: am 1. Januar 1972. Berlin: De Gruyter, 1972.

_____. Zur Problematik des Schuldstrafrechts. *ZStW*, Berlin, v. 96, n. 3, p. 641-660, 1984. DOI: <https://doi.org/10.1515/zstw.1984.96.3.641>.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 2. Aufl. Tübingen: Mohr, 1975.

_____. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*: Studienbuch. 2. Aufl. Tübingen: Mohr, 1984.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. Die normative Auslegung. *JuristenZeitung*, Tübingen, v. 66, n. 4, p. 187-194, Feb. 2011. DOI: <https://doi.org/10.1628/002268811794656870>.

SCHÜNEMANN, Bernd. Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. *GA*, [s. l.], n. 133, p. 293-352, 1986.

_____. Einführung in das strafrechtliche Systemdenken. In: _____ (Hrsg.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin: De Gruyter, 1984. p. 1-68.

STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 5. Aufl. Köln: Carl Heymanns, 2004.

TARAPUÉS SANDINO, Diego Fernando. Sobre el Gutachtenstil y la evaluación del derecho mediante la solución de casos prácticos. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 16, n. 65, p. 59-63, abr./jun. 2017.

VALERIUS, Brian. *Einführung in den Gutachtenstil*: 15 Klausuren zum Bürgerlichen Recht, Strafrecht und Öffentliches Recht. 4. Aufl. Berlin: Springer, 2017. (Tutorium Jura).

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a 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/>

Reformas previdenciárias: aproximações entre o Brasil e a França

Pensions Reforms: similarities between Brazil and France

Marcelo Leonardo Tavares¹

Fábio Zambitte Ibrahim²

Carlos Vinicius Ribeiro Ferreira³

Resumo

Este artigo investiga o processo de elaboração de reformas previdenciárias no Brasil em 2019 e na França em 2023. Do ponto de vista teórico-metodológico e na vertente jurídico-sociológica, a pesquisa focaliza a tramitação legislativa nos dois países. Adotam-se as metodologias de abordagem jurídico-comparativa, jurídico-compreensiva, jurídico-prospectiva e jurídico-propositiva e os métodos de pesquisa bibliográfico e documental. Inicialmente, aborda-se o sistema legislativo brasileiro e seu processo de reforma da previdência, em especial a Emenda Constitucional nº 103/2019. Em seguida, examina-se o procedimento francês e a reforma previdenciária de 2023, bem como o art. 49.3 da Constituição. Ambos os processos são analisados à luz do direito fundamental ao devido procedimento na elaboração normativa e quanto às aproximações possíveis. Ao final, constata-se que esses países, dentro de suas particularidades, adotaram procedimentos legislativos que visaram sobretudo diminuir a proteção social e aumentar a arrecadação de recursos para outras áreas.

Palavras-chave: reforma da previdência no Brasil; previdência social francesa; direito fundamental ao devido procedimento na elaboração normativa.

¹ Marcelo Leonardo Tavares é doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestre em Direito pela Uerj, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor associado da Uerj, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; advogado. E-mail: marceloltavares68@gmail.com

² Fábio Zambitte Ibrahim é doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor associado da Uerj, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; advogado. E-mail: fabio.zambitte@uol.com.br

³ Carlos Vinicius Ribeiro Ferreira é mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; graduado em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; advogado. E-mail: cviniciusf@gmail.com

Abstract

This article investigates the process of drafting pension reforms in Brazil in 2019 and in France in 2023. From a theoretical-methodological point of view and from a legal-sociological perspective, the research focuses on the legislative process in both countries. Legal-comparative, legal-comprehensive, legal-prospective and legal-propositional methodologies and bibliographic and documentary research methods are adopted. Initially, the Brazilian legislative system and its pension reform process are discussed, in particular Constitutional Amendment n. 103/2019. Next, the French procedure and the 2023 pension reform are examined, as well as art. 49.3 of the Constitution. Both processes are analyzed in light of the fundamental right to due procedure in the drafting of regulations and in terms of possible approaches. In the end, it appears that these countries, within their particularities, adopted legislative procedures that aimed above all to reduce social protection and increase the collection of resources for other areas.

Keywords: social security reform in Brazil; French social security; fundamental right to the due process for drafting law.

Recebido em 11/9/23

Aprovado em 29/4/24

Como citar este artigo: ABNT⁴ e APA⁵

1 Introdução

A Reforma da Previdência de 2019 representou um novo paradigma no sistema protetivo brasileiro, pois, apesar de não ter logrado êxito em alterar a lógica securitária de maneira estrutural, introduziu mudanças paramétricas que ecoarão por várias décadas, com alterações sensíveis e profundas. Alguns anos depois, a população francesa enfrentou uma experiência parecida, em face de uma reforma previdenciária cujo principal fim era aumentar escalonadamente a idade mínima de 62 para 64 anos. As reações da população dos dois países foram muito distintas. Na França, a cultura política propiciou maior resistência às mudanças propostas, fruto da experiência histórica de embates entre sindicatos

⁴ TAVARES, Marcelo Leonardo; IBRAHIM, Fábio Zambitte; FERREIRA, Carlos Vinicius Ribeiro. Reformas previdenciárias: aproximações entre o Brasil e a França. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 242, p. 113-140, abr./jun. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p113

⁵ Tavares, M. L., Ibrahim, F. Z., & Ferreira, C. V. R. (2024). Reformas previdenciárias: aproximações entre o Brasil e a França. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(242), 113-140. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p113

e governos. No Brasil, manifestações sociais não costumam ter um impacto generalizado; na maior parte das vezes, provocam posicionamentos de setores específicos da sociedade.

Contudo, o objeto deste artigo não é o modo como a população recebe as transformações legislativas, e sim o processo de elaboração e tramitação das reformas previdenciárias do Brasil em 2019 e da França em 2023. Por mais que os sistemas previdenciários tenham peculiaridades inerentes a cada país, cabe a análise comparada ao se adotar como parâmetro a proteção social e as estratégias de reforma dos sistemas protetivos. Em ambos os países, a elaboração e a alteração dos postulados previdenciários deveriam observar critérios mínimos de legitimação, princípios investigados por este estudo.

O que motivou a pesquisa sobre eventuais proximidades foi a adoção pelo governo francês de um mecanismo constitucional que permite ultrapassar a necessidade de votação para implementar as alterações pretendidas com a reforma previdenciária de 2023. Avaliar a legitimidade de uma reforma da previdência implica analisar se, para concretizá-la, se buscou atingir algum grau de consenso e verificar de que maneira esse consenso teria sido atingido – se amparado na realidade ou em perspectivas financeiras alarmantes, sem suporte em fatos.

O principal método utilizado neste estudo é o jurídico-comparativo, cujo propósito é identificar similitudes e diferenças de normas e instituições em dois ou mais sistemas jurídicos (Gustin; Dias, 2010, p. 28). Adotou-se também o método jurídico-compreensivo, “procedimento analítico de decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos, relações e níveis” (Gustin; Dias, 2010, p. 28), para investigar as raízes teóricas que determinariam a flexibilização do debate em torno da reforma da previdência social nos dois países. Além disso, elegeram-se as vertentes jurídico-prospectiva, com o fim de identificar tendências futuras do debate proposto, e a jurídico-propositiva, que não é método autônomo, por dizer respeito a toda e qualquer pesquisa de ciências sociais aplicadas, e destina-se “ao questionamento de uma norma, de um conceito ou de uma instituição jurídica, com o objetivo de propor mudanças ou reformas legislativas concretas” (Gustin; Dias, 2010, p. 29).

A pesquisa busca identificar possíveis aproximações entre o processo legislativo de reforma da previdência no Brasil e na França, para avaliar em que medida se observou o direito à justificativa e o direito fundamental ao devido procedimento de elaboração normativa.

2 A experiência brasileira na reforma constitucional previdenciária de 2019

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), o Poder Constituinte originário escolheu constitucionalizar diversas matérias que não apontam para a estrutura do exercício dos Poderes, mas consistem em verdadeira Constituição dirigente ou

programática, por traçar metas, programas de ação e objetivos para a atuação estatal nos campos social, cultural e econômico (Mendes; Branco, 2015, p. 63). Nessa linha, a Previdência Social teve sua estrutura pormenorizada no texto constitucional, especialmente no art. 201 (Brasil, [2023b]).

O sistema previdenciário integra também o art. 6º e faz parte do Título II, destinado a descrever os direitos e garantias fundamentais (Brasil, [2023b]). Assim, a previdência é um direito formalmente fundamental, e seu conteúdo aponta igualmente para uma fundamentalidade material. Quanto a este último aspecto, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 626.489/SE, a primeira relatoria em plenário do ministro Luís Roberto Barroso no Supremo Tribunal Federal (STF) consignou, no tópico inicial do acórdão, que “o direito à previdência social constitui direito fundamental” (Brasil, 2013, p. 1). Conforme aponta Tavares (2018a, p. 312), “o maior legado jurídico do voto condutor no RE nº 626.489 é a afirmação da natureza fundamental do direito previdenciário”. De acordo com o autor, em se tratando de seguro social, esse pressuposto teria o potencial de sobreviver ao julgamento do recurso e influenciaria futuras decisões do próprio STF e de outros tribunais, previsão que se concretizou. Diferentemente de um *obiter dictum*, essa afirmação traduziu-se em verdadeira *ratio decidendi* da matéria e esteve presente em outros julgados do STF, como na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.096/DF, em que o ministro relator Edson Fachin registrou em voto o que fora observado pelo ministro Barroso: “dispõe de caráter fundamental o direito ao benefício previdenciário (fundo do direito)” (Brasil, 2020, p. 25).

Uma das justificativas para a excessiva constitucionalização reside no fato de a CRFB ter sido elaborada após o período ditatorial (1964-1985), contexto político que motivou a previsão de métodos mais gravosos para a reforma de determinados dispositivos constitucionais. Conforme o art. 60, § 2º, da CRFB (Brasil, [2023b]), exige-se que a alteração por Emenda Constitucional (EC) seja discutida e votada em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional, considerando-se aprovada se em ambos a proposta de EC (PEC) obtiver três quintos dos votos em cada uma das Casas. Contudo, a rigidez da possibilidade de mudança não impediu a edição de ECs, em especial em início de mandatos presidenciais⁶.

Além do regime de votação, um aspecto que aponta para a rigidez do processo de alteração constitucional é a limitação das matérias que podem ser objeto de EC. O art. 60, § 4º (Brasil, [2023b]) prevê não ser objeto de deliberação a proposta de EC tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais. Os direitos sociais não constam no rol de direitos insuprimíveis por EC. Contudo, isso significa que poderiam ser abolidos?

A esse respeito, observa-se que a eleição de certos direitos como cláusulas pétreas não se deveu ao acaso, mas ao fato de que “as forças políticas pareciam não confiar no legislador futuro, e por isso preferiram ‘garantir’ desde logo os seus interesses no pacto constitucional”. Por essa razão, a CRFB teria pecado por excesso de pormenores, “elevando

⁶ Entre a promulgação em outubro de 1988 e dezembro de 2022, a CRFB já fora modificada por 128 ECs.

ao status de norma constitucional certas decisões que não tinham fôlego para perdurar no tempo, e que, portanto, acabam se expondo mais frequentemente aos anseios de mudança das novas maiorias que vão se aglutinando no espaço político” (Sarmiento, 2005, p. 4-5). Sarmiento (2005, p. 5) argumenta que, num Estado Democrático de Direito, a interpretação das cláusulas pétreas não pode passar ao largo das exigências formuladas com base no princípio democrático, em especial o direito de autodeterminação coletiva de cada geração. Nessa perspectiva, retoma-se o debate sobre a possibilidade de incluir os direitos sociais na previsão de impossibilidade de abolição por EC. Este estudo filia-se ao entendimento de Sarlet (2004), segundo o qual os direitos sociais também se incluem na previsão do art. 60, § 4º, IV, da CRFB⁷.

Com o reconhecimento dos direitos sociais como limites materiais à reforma constitucional, cabe outra questão: em que medida opera esse limite? O próprio texto constitucional coopera para o surgimento de tal indagação, uma vez que o art. 60, § 4º, não utiliza o verbo *abolir*, mas a locução *tendente a abolir*, de modo que, conforme aponta Sarlet (2004, p. 65), uma abolição é de imediata constatação, o que não ocorre com a identificação do momento em que determinada EC tende a abolir um direito fundamental. Segundo Sarlet (2004, p. 68), a constatação de uma efetiva agressão ao núcleo essencial do princípio protegido por determinado dispositivo depende de “uma ponderação tópica, mediante a qual se deverá verificar se a alteração constitucional afeta apenas aspectos ou posições marginais da norma, ou se, pelo contrário, investe contra o próprio núcleo do princípio em questão”⁸.

Se formal e materialmente são fundamentais, os direitos sociais também recebem a proteção estabelecida no art. 60, § 4º, IV, da CRFB. Assim, seria inconstitucional a medida que atingisse o núcleo essencial de um direito social, desconfigurando o princípio intrínseco ao texto previsto. O conteúdo que representa o limite material à atuação do Poder Constituinte derivado são os “princípios da universalidade, da uniformidade e da solidariedade na proteção dos segurados mais desprotegidos, mediante a participação do Estado”, bem como a “cobertura dos riscos sociais da morte, da idade avançada, da incapacidade, da maternidade e do desemprego involuntário” (Tavares, 2003, p. 252). Alia-se a esses critérios a fixação de um patamar mínimo de pagamento dos benefícios garantidores desses riscos sociais, de modo a manter o poder de compra dos segurados.

⁷ Destaquem-se as conclusões de Sarlet (2004, p. 59): “a) a Constituição brasileira, diversamente da portuguesa, não traça qualquer diferença entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, inclusive no que diz com eventual primazia dos primeiros sobre os segundos; b) os partidários de uma exegese conservadora e restritiva em regra partem da premissa de que todos os direitos sociais podem ser conceituados como direitos a prestações materiais estatais, quando, em verdade, já se demonstrou que boa parte dos direitos sociais é equiparável, no que diz com sua função precípua e estrutura jurídica, aos direitos de defesa; c) para além disso, relembramos que uma interpretação que limita o alcance das ‘cláusulas pétreas’ aos direitos fundamentais elencados no art. 5º da CF acabaria por excluir (caso levada às últimas conseqüências) também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, que igualmente não foram expressamente previstos no art. 60, § 4º, IV, de nossa Lei Fundamental”.

⁸ Quanto à Assistência Social, Sarlet (2004, p. 71) afirma: “pela sua inequívoca vinculação com a garantia das condições materiais mínimas existenciais, este critério poderia servir como fronteira demarcatória do conteúdo essencial (mínimo) deste direito fundamental, solução que, aliás, se revela pertinente para outros direitos fundamentais sociais prestacionais (saúde, salário mínimo, previdência social etc.)”.

Por mais que o debate sobre o núcleo do direito à seguridade seja profícuo, o alvo deste estudo é a etapa anterior ao estabelecimento dos limites: a identificação das motivações para se promover uma reforma previdenciária profunda e estrutural por meio da EC nº 103/2019, que, como PEC nº 6/2019, foi enviada pelo governo federal ao Congresso em fevereiro de 2019, segundo mês do mandato presidencial de 2019/2022. As alterações no setor previdenciário já se haviam iniciado no mês de janeiro, em decorrência da edição da Medida Provisória (MP) nº 871/2019, posteriormente convertida na Lei nº 13.846/2019, que, a pretexto de combater fraudes, alterou consideravelmente as regras de concessão e manutenção de alguns benefícios.

A vertente financista assumiu o protagonismo: já no primeiro parágrafo da exposição de motivos da PEC nº 6/2019 afirmava-se que o objetivo da reforma era evitar “custos excessivos para as futuras gerações e comprometimento do pagamento dos benefícios dos aposentados e pensionistas, [...] permitindo a construção de um novo modelo que fortaleça a poupança e o desenvolvimento no futuro” (Brasil, 2019a, p. 42). Também segundo a exposição de motivos, o Brasil estaria entre as 10 nações mais produtoras do mundo, mas, pelo critério de PIB *per capita*, o País não estaria nem entre os 70 primeiros. E qual era a razão disso? Segundo o governo federal à época, haveria “várias razões para isso, mas certamente nosso nó fiscal é razão primeira para a limitação de nosso crescimento econômico sustentável. E esse nó fiscal tem uma raiz: a despesa previdenciária” (Brasil, 2019a, p. 43).

A solução encontrada pela chamada *Nova Previdência* foi alterar o sistema de repartição simples para o modelo de capitalização, respeitado o piso do salário-mínimo (ao menos num primeiro momento). Com o sistema de capitalização, “de caráter obrigatório para quem aderir”, o sistema de Seguridade Social idealizado em 1988 seria sepultado em definitivo. Ainda que essa modificação não tenha sido aprovada pelo Congresso, muitas regras da EC nº 103/2019 representaram retrocesso e até mesmo incongruência com o fim protetivo.

O benefício de aposentadoria por incapacidade permanente (antiga aposentadoria por invalidez), por exemplo, que anteriormente tinha renda mensal inicial correspondente a 100% do salário-de-benefício do segurado, passou a corresponder a 60% desse salário, acrescidos de 2% a cada ano de contribuição a partir de 20 anos, se homem, e a partir de 15 anos, se mulher, conforme art. 26, *caput*, da EC (Brasil, 2019c). O fator que impediu o desmonte total do benefício foi a limitação constitucional, imposta pelo art. 201, § 2º, de que os benefícios substitutivos de renda não podem ser inferiores ao salário mínimo (Brasil, [2023b]). Evidencia-se a incorreção da mudança quando se verifica que o benefício de auxílio por incapacidade temporária (antigo auxílio-doença) não teve alterada sua alíquota de 91%. Outro benefício foi objeto de sensível alteração, o de pensão por morte, que – depois de 24 anos com o valor correspondente à alíquota fixada em 100% da aposentadoria recebida pelo segurado ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito – passou a ser de 50% + 10% por dependente, até o limite de 100%, conforme art. 23, *caput*, da EC nº 103/2019 (Brasil, 2019c).

Os problemas da PEC nº 6/2019 foram ressaltados quando da criação de uma PEC paralela, destinada a corrigir equívocos da PEC original. Os senadores pretendiam repetir o movimento das ECs nºs 41/2003 e 47/2005, esta última em PEC paralela destinada a corrigir e aperfeiçoar alguns dispositivos da primeira. Segundo o Relatório da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) do Senado, o motivo do texto alternativo era não apresentar embaraços à PEC nº 6/2019, dada a missão do Senado de “garantir a promulgação célere do coração da Reforma, não provocando adiamento que pudesse retardar em meses e meses a sua aprovação” (Brasil, 2019e, p. 22).

O relatório da CCJ do Senado já apontava dispositivos que deveriam ser revistos na Reforma de 2019, materializada na PEC nº 6/2019. Sob o primado da urgência e da celeridade, porém, diversas alterações foram previstas para uma PEC paralela. Uma das sugestões era a de que, no caso da pensão por morte, a cota por dependente seria dobrada no caso dos menores de idade, de forma que a pensão seria de 100%, por exemplo, no caso de uma mãe com dois filhos. O relatório criticou também a elevação do tempo mínimo de contribuição, de 15 para 20 anos para os homens ingressantes no sistema previdenciário após a promulgação daquela PEC. A reversão da elevação do tempo foi considerada devida, mas de novo seria realizada “de forma mais segura por modificação na PEC Paralela” (Brasil, 2019e, p. 36-37).

A PEC paralela foi protocolada em 4/9/2019, com o número 133. O texto foi aprovado no Senado e chegou à Câmara em dezembro de 2019. Em 18/12/2019 designou-se o relator, mas a tramitação não seguiu adiante (Brasil, 2019b). A pressa para aprovar a EC nº 103/2019, que os parlamentares sabiam ter inconsistências, foi em parte justificada pela mera expectativa de aprovação de uma PEC paralela que sanaria seus vícios. O argumento financeiro foi emitido como um mantra ao longo da tramitação da PEC nº 6/2019, em vista da insistência do governo federal em relação à reforma, com a qual se projetava a economia de R\$ 1,2 trilhão.

Para atingir o objetivo, a desconstitucionalização seria um dos passos necessários para essa reforma da previdência; a ideia não seria “excluir todo o regramento previdenciário da Constituição de 1988, mas principalmente retirar os parâmetros de elegibilidade e renda mensal de aposentadorias e pensões do texto constitucional”, pois a normatização excessiva, na atualidade, ao impor “exagerado dirigismo na Constituição, dificulta enormemente qualquer adequação a novas premissas atuariais e demográficas. Com isso, retarda-se a mudança, de forma a inviabilizar transições longas e tranquilas entre regimes jurídico-previdenciários” (Ibrahim, 2016, p. 65-66).

A PEC nº 6/2019, justificada em larga escala por esse objetivo, logrou êxito em sua maior parte. Com efeito, a EC foi publicada com novas regras permanentes, de transição e transitórias. Novos critérios de cálculo e elegibilidade de benefícios foram positivados com a expressão “[a]té que entre em vigor Lei que disponha sobre”⁹, de modo que a descons-

⁹ É possível citar, como exemplo, os arts. 18, 27, 28, 29, 32 e 33 da EC, mas com principal reflexo no art. 26, que previu as novas regras de cálculo do salário-de-benefício e renda mensal inicial de alguns benefícios (Brasil, 2019c).

tucionalização não foi imediata, mas desde então facilitada pela possibilidade de editar leis para alterar o texto da EC.

É certo que o sistema previdenciário precisa eventualmente passar por reformas, e a constitucionalização excessiva acabaria por engessá-lo. Não obstante, a retirada do texto constitucional de dispositivos como os mencionados, condicionando sua alteração a uma lei de iniciativa do Poder Executivo, pode representar um impedimento à participação social na política previdenciária e à separação dos Poderes, em virtude de o Legislativo não ter meios para alterar, por iniciativa própria, o texto legal previdenciário. A CRFB atribui ao chefe do Poder Executivo a iniciativa privativa para tratar das matérias dispostas no art. 61, § 1º¹⁰. Segundo Ferreira Filho (2007, p. 208), “o aspecto fundamental da iniciativa reservada está em resguardar a seu titular a decisão de propor direito novo em matérias confiadas a sua especial atenção, ou de seu interesse preponderante”.

Apresentadas as bases do sistema constitucional e legislativo brasileiro, importa analisar os dispositivos legais e constitucionais do sistema jurídico francês que impactam a proposição e tramitação das reformas previdenciárias.

3 O sistema constitucional francês e seu processo legislativo de reforma previdenciária

O sistema previdenciário francês é composto por regimes legais diversos, de acordo com a atividade profissional do segurado e o tipo de cobertura oferecido. O regime geral, destinado aos trabalhadores da indústria e do comércio, também é responsável por acolher pessoas sem regime previdenciário obrigatório, que podem usufruir de certos benefícios por meio de seguro voluntário ou de cobertura básica universal de saúde. Esse regime objetiva a cobertura dos riscos sociais (morte, doença, maternidade, invalidez e velhice), profissionais (acidentes do trabalho, acidentes de trajeto e doenças profissionais), bem como a proteção aos dependentes (Badel, 2006, p. 24). O regime especial abrange os trabalhadores que já tinham uma cobertura securitária organizada desde antes de 1945. A manutenção desses regimes era considerada provisória, mas, em decorrência das particularidades de algumas prestações e do apego dos segurados ao regime, sua existência ainda perdura. Trata-se de um regime composto majoritariamente por idosos e fadado a

¹⁰ “§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: I – fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; II – disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva” (Brasil, [2023b]).

desaparecer, pois não permite a entrada de novos segurados (Badel, 2006, p. 24). Por sua vez, os regimes autônomos recebem a alcunha de *non-non*, uma vez que se destinam aos trabalhadores não assalariados e não agrícolas. Separados do geral, resultam da vontade dos autônomos de não integrarem o mesmo regime que os assalariados, e seus segurados correspondem a 5% da população. Por fim, o regime agrícola tem o desígnio de proteger os trabalhadores que atuam na exploração e em empresas agrícolas, em todas as formas de cultivo e criação animal; tem o diferencial de cobrir todas as categorias de trabalhadores que atuam no setor, assalariados ou autônomos (Badel, 2006, p. 25-27).

Como se pode depreender, o modelo é complexo e, em muitos casos, envolve a repartição de competências e atribuições. Contudo, apesar de serem autônomas e distintas, as organizações administrativas dos regimes não se distinguem de forma significativa das do regime geral, dada a articulação de vários níveis geográficos e as coincidências entre os principais ramos da previdência social (Badel, 2006, p. 31). Desse modo, serão abordadas apenas algumas peculiaridades do regime geral.

De acordo com o art. L200-2 do *Code de la sécurité sociale* (France, [2024]), o regime geral abrange cinco ramificações (*branches*): i) doença, maternidade, invalidez e morte; ii) acidentes de trabalho e doenças profissionais; iii) velhice e viuvez; iv) família; e v) autonomia. O fato de tradicionalmente os regimes previdenciários envolverem esses diferentes ramos conduziu à autonomia administrativa e de financiamento de cada ramificação e à existência de distintos sistemas em nível nacional e regional.

Em nível nacional, o regime geral é composto de cinco organismos: i) a Caisse nationale de l'assurance maladie (CNAM), responsável pela cobertura de doença e acidentes do trabalho; ii) a Caisse nationale des allocations familiales (CNAF), vinculada ao ramo familiar; iii) a Caisse nationale d'assurance vieillesse (CNAV), destinada ao ramo da idade e aposentadoria; iv) a Agence centrale des organismes de sécurité sociale (Acosse), destinada à gestão comum e centralizada dos recursos advindos das contribuições; e v) a Revenu de solidarité active (RSA), cujo fito é garantir uma renda mínima aos que possuem poucos recursos. A CNAV é o organismo que mais se aproxima do tema deste estudo, pois é responsável pela organização e gestão da aposentadoria do regime geral. Como órgão nacional, estabelece as linhas orientadoras das aposentadorias e fiscaliza a sua implantação, bem como atua nas projeções sobre a situação financeira do regime e nas avaliações dos sistemas de aposentadoria (L'Assurance Retraite, [2022], p. 2).

Por fim, ressalte-se o segundo pilar do regime previdenciário francês: o regime complementar, de natureza obrigatória e suplementar ao regime geral – representado sobretudo pela Association générale des institutions de retraite des cadres (Agirc) e pela Association pour le régime de retraite complémentaire des salariés (Arrco), constituídos em negociação coletiva em 1947 (Chauchard, 2005, p. 84) e fundidos num único sistema em 2019.

Diferentemente do Brasil, a França adota o semipresidencialismo, regime em que o primeiro-ministro e sua equipe, escolhidos pelo presidente, não integram formalmente o Parlamento, mas têm como uma de suas principais atribuições o poder de agenda das

Casas legislativas (a Assemblée nationale e o Sénat): pautam a maioria das sessões, participam de maneira ativa nas fases de discussão do processo legislativo e lideram a maioria legislativa, a fim de aprovar os projetos de lei e a execução de seu programa, conforme a previsão constitucional (Tavares, 2018b, p. 146). Além dessas atribuições, reservou-se ao governo a iniciativa de propor projetos em matéria de finanças e de custeio da previdência social, conforme os arts. 47 e 47-1 da Constituição (França, [2023]) – nos moldes do que se pretendeu no Brasil por meio da PEC nº 6/2019. No semipresidencialismo francês, “a lei é vista como ato de governo, aprovado mediante o voto do Legislativo” (Tavares, 2018b, p. 146). O procedimento para a elaboração da lei de financiamento da previdência social, por sua vez, foi incluído no texto constitucional, no art. 47-1, com a seguinte redação:

O Parlamento vota os projetos de lei de financiamento e da previdência social nas condições previstas por uma lei orgânica.

Se a Assembleia Nacional não se pronuncia em primeira leitura no prazo de vinte dias após a apresentação de um projeto, o Governo convoca o Senado, que deve deliberar em um prazo de quinze dias. Em seguida, é realizado o procedimento conforme as condições previstas no artigo 45.

Se o Parlamento não se pronuncia em um prazo de cinquenta dias, as disposições do projeto podem ser levadas a efeito por portaria.

Os prazos previstos no presente artigo são suspensos quando o Parlamento não está em sessão e, para cada assembleia, durante as semanas em que decidiu não ter sessão, em conformidade com o segundo parágrafo do artigo 28 (França, [2023], p. 17-18).

Assim, na fase preparatória, a *Lei de financiamento da seguridade social*, de iniciativa privativa do Governo, passa pela análise do Conselho de Ministros e do Conselho de Estado; em seguida, é analisada pelo Parlamento e, se aprovada, torna-se a lei de financiamento do respectivo ano. Podem-se apontar três espécies de projetos de lei desse gênero: o *Projet de loi de financement de la sécurité sociale* (PLFSS); o *Projet de loi de financement rectificative de la sécurité sociale* (PLFRSS); e o *Projet de loi d’approbation des comptes de la sécurité sociale*, conforme dispõe o art. LO111-3 do *Code de la sécurité sociale* (France, [2024]).

Importa diferenciar os dois primeiros e apresentar as suas especificidades, antes de analisar mais detalhadamente a segunda modalidade, que foi a adotada em 2023 na França. A *Loi de financement de la sécurité sociale* deve conter um artigo preambular e três partes: a primeira destinada a tratar das disposições relativas ao ano corrente; a segunda referente às receitas e ao balanço geral do exercício seguinte; e a terceira relativa às provisões relacionadas às despesas do ano seguinte, conforme art. LO111-3-1 do *Code de la sécurité sociale* (France, [2024]).

Todavia, um ponto merece especial atenção. Na França, a lei de financiamento destina-se a verificar os critérios econômicos e atuariais anuais, de modo que as reformas previdenciárias

anteriores se deram por meio de lei ordinária, como a Lei nº 2010-1330 no caso da reforma de Sarkozy. No caso da reforma de 2023, alteraram-se as regras de concessão das aposentadorias no âmbito da proposição da lei de financiamento, especificamente na parte destinada à análise das despesas. De modo similar ao que determina o art. 165, § 5º, III, da CRFB¹¹, na França a lei de financiamento da seguridade social é votada a cada ano; a fase preparatória inicia-se em setembro e estende-se até o início do mês de outubro, período em que o projeto é elaborado pelos ministros responsáveis pelas pastas que englobam a previdência social junto com o primeiro-ministro, examinado pelo Conselho de Estado em sua função de assessoramento jurídico e, por fim, avaliado pelo Conselho de Ministros.

Em 23/12/2022, foi promulgada a Lei nº 2022-1616 (*Loi de financement de la sécurité sociale* para 2023). A partir daquele momento, somente uma *loi de financement rectificative* do mesmo ano ou a *loi de financement* do ano seguinte poderiam modificar as disposições estabelecidas para 2023. Em ambos os casos, adota-se o procedimento observado para a *Loi de financement de la sécurité sociale*. No entanto, em se tratando da PLFRSS, além do artigo preambular, são necessárias duas partes: uma referente às receitas e ao balanço geral e outra sobre as provisões relativas às despesas, nos termos do art. LO111-3-10 do *Code de la sécurité sociale* (France, [2024]). Não obstante, a sua adoção é rara: somente em duas oportunidades foram aprovadas leis retificadoras do orçamento em relação à previdência social: em 2011, com a criação de bônus de participação nos lucros nas empresas que tivessem mais de 50 funcionários; e em 2014, quando o regime C3S (*Contribution sociale de solidarité des sociétés*) foi revisto e passou a incidir sobre as pensões. A raridade pode ser justificada porque, diferentemente da lei geral de financiamento estatal, o orçamento da previdência social não é restritivo e não costuma demandar ajustes imediatos (Vignal, 2022).

Porém, há uma previsão para o caso de não haver consenso na Assembleia Nacional e no Senado quanto ao texto do projeto, após uma ou duas leituras em cada Casa legislativa. Nesse caso, o presidente pode convocar uma comissão mista paritária, formada por sete membros de cada Casa, para que elabore um texto sobre as disposições pendentes de discussão, oportunidade em que pode também invocar o art. 45.3 da Constituição: “O texto elaborado pela comissão mista pode ser apresentado pelo Governo para aprovação às duas assembleias. Nenhuma alteração é admissível, a menos que acordada pelo governo” (França, [2023], p. 16). Todavia, a opção por esse artigo não impede a adoção do que se pode chamar de “o grande protagonista” da reforma da previdência em 2023 – o art. 49.3 da Constituição:

Artigo 49 [...] O Primeiro-Ministro pode, após deliberação do Conselho de Ministros, comprometer a responsabilidade do Governo perante a Assembleia Nacional sobre o voto de um projeto de lei de finanças ou financiamento da previdência social. Nesse caso, esse projeto é considerado como adotado, exceto se uma moção de censura, apresentada

¹¹ “Art. 165 [...] § 5º A lei orçamentária anual compreenderá: [...] III – o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público” (Brasil, [2023b]).

nas vinte e quatro horas que se seguem, for votada nas condições previstas no parágrafo precedente. O Primeiro-Ministro pode, além disso, recorrer a este procedimento para outro projeto ou para uma proposta de lei por sessão (França, [2023], p. 19).

O texto era mais amplo até 2008, quando a reforma constitucional operada pelo art. 24 da Lei Constitucional nº 2008-724, de 23/7/2008, que limitou o procedimento às leis de finanças ou de financiamento da previdência social. A partir da adoção do art. 49.3 da Constituição, com um compromisso solene em tribuna e interrupção automática dos debates (caso tenham sido iniciados), três são as hipóteses: i) não há a apresentação de moção de censura, oportunidade em que o projeto de lei (PL) é considerado aprovado (independentemente de votos ou debates); ii) no prazo de 24 horas, apresenta-se uma moção de censura, que é debatida por 48 horas e, se não atingida a maioria, o texto é considerado aprovado (igualmente sem votação ou discussão); e iii) a moção de censura é aprovada por maioria absoluta dos membros da Assembleia Nacional, de modo que o texto da lei é rejeitado, e o primeiro-ministro deve apresentar ao presidente da República a sua demissão do governo, conforme prevê o art. 50 (Favoreu; Gaïa; Ghevontian; Mestre; Pfersmann; Roux; Scoffoni, 2019, p. 815).

Para os membros da Assembleia Nacional, trata-se de uma escolha simples entre duas alternativas: aceitar o texto (ainda que tacitamente) ou provocar a demissão do Governo, com o risco de posterior dissolução da Assembleia Nacional em retaliação (Favoreu; Gaïa; Ghevontian; Mestre; Pfersmann; Roux; Scoffoni, 2019, p. 815). Historicamente, conforme apontam Favoreu, Gaïa, Ghevontian, Mestre, Pfersmann, Roux e Scoffoni (2019, p. 816), o artigo citado foi utilizado em distintas oportunidades, seja para compensar a ausência de maioria a favor de um texto (inclusive em caso de deserções da própria maioria), seja para contornar eventuais manobras de obstrução da oposição durante os debates legislativos.

4 A réforme des retraites de 2023 e a adoção do art. 49.3 da Constituição

A significativa onda de protestos no início de 2023, na França, decorreu da aparente impopularidade da proposta de reforma da previdência social. Diferentemente do Brasil, em que reformas integram a agenda política de quase todos os governos, a França mostra-se mais comedida nesse aspecto. Até 2023, por exemplo, seis grandes reformas da previdência foram propostas: duas falharam (o *Plano Juppé* em 1995 e a *Lei Thomas* em 1997), e quatro lograram êxito (as reformas de Balladur em 1993, de Raffarin em 2003, de Sarkozy em 2010 e de Touraine em 2014) (Guardiancich, 2010, p. 2; Les réformes [...], 2023). Segundo o calendário inicialmente projetado pelo Executivo, a reforma proposta pelo presidente Emmanuel Macron foi promulgada com atraso de alguns anos com um texto distinto. Em 24/1/2020, foi apresentado ao Parlamento o *Projet de loi organique relatif au système universel de retraite* nº 2.623, destinado a criar um “sistema universal de aposentadoria”. Ao chegar

ao Senado em 4/3/2020, a tramitação do projeto foi interrompida devido à pandemia e não foi retomada posteriormente. Para que o projeto chegasse ao Senado, o governo utilizou o art. 49.3 da Constituição, de modo que se considerou aprovado o texto apresentado perante a Assembleia Nacional. A grande distinção entre a adoção do art. 49.3 em projetos de lei de financiamento da previdência social e outros projetos de lei é a limitação constitucional: os primeiros não sofrem limitações, ao passo que, para outros tipos de projeto, o Governo só pode aplicar o artigo uma vez por sessão¹².

A primeira tentativa de reforma do Governo Macron deu-se em 2019 e foi interrompida em 2020. Naquela época, as alterações ocorreriam por meio de projeto de lei orgânica; era rara a adoção do PLFRSS e ficou evidente que o governo se utilizou dele nessa ocasião não só para retificar a proposta orçamentária, mas para alterar regras de concessão dos benefícios. O texto foi apresentado ao Conselho de Ministros pelos ministros Bruno Le Maire e Olivier Dussopt em 23/1/2023, foi aprovado e chegou ao Parlamento no mês seguinte. A modificação que provocou maior reação popular foi a proposta em relação aos arts. L161-17-2 e L161-17-3 do *Code de la sécurité sociale* que até setembro de 2023 tinham a seguinte redação:

Artigo L161-17-2

O critério de idade mínima para a aposentadoria prevista no primeiro parágrafo do artigo L. 351-1 [“o instituto previdenciário garante uma aposentadoria ao segurado que requer o pagamento a partir da idade referida no artigo L. 161-17-2”] deste Código, no artigo L. 732-18 do Código das Pescas Rurais e Marítimas, no n.º 1 do artigo L. 24 e 1.º do artigo L. 25 do Código das Pensões de Aposentadoria Civil e Militar é fixado em sessenta e dois anos para os segurados nascidos a partir de 1.º de janeiro de 1955.

Essa idade é fixada por decreto no limite mencionado no primeiro parágrafo para os segurados nascidos antes de 1.º de janeiro de 1955, de modo que, para os nascidos entre 1.º de julho de 1951 e 31 de dezembro de 1954, exige-se, de forma crescente:

1.º A razão de quatro meses por ano para os segurados nascidos entre 1.º de julho de 1951 e 31 de dezembro de 1951;

2.º A razão de cinco meses por ano para os segurados nascidos entre 1.º de janeiro de 1952 e 31 de dezembro de 1954.

Artigo L161-17-3

Para os segurados dos regimes a que se aplica o artigo L. 161-17-2, o número mínimo de contribuições necessárias para que se beneficie de uma aposentadoria integral e a duração dos serviços e prêmios necessários para obter a percentagem máxima de uma aposentadoria civil ou militar são fixadas em:

¹² Entre 1958 e 2023, o primeiro-ministro que mais aplicou o art. 49.3 foi Michel Rocard (1988-1991), num total de 28 oportunidades. Elisabeth Borne, primeira-ministra entre maio de 2022 e janeiro de 2024, na ocasião já ocupava o segundo lugar, com 11 invocações do art. 49.3, sendo 10 dessas somente para o *Projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2023*, aprovado em 23/12/2022 pela Lei n.º 2022-1616 (Quels [...], 2023).

1º 167 trimestres, para segurados nascidos entre 1º de janeiro de 1958 e 31 de dezembro de 1960;

2º 168 trimestres, para segurados nascidos entre 1º de janeiro de 1961 e 31 de dezembro de 1963;

3º 169 trimestres, para segurados nascidos entre 1º de janeiro de 1964 e 31 de dezembro de 1966;

4º 170 trimestres, para segurados nascidos entre 1º de janeiro de 1967 e 31 de dezembro de 1969;

5º 171 trimestres, para segurados nascidos entre 1º de janeiro de 1970 e 31 de dezembro de 1972;

6º 172 trimestres, para segurados nascidos a partir de 1º de janeiro de 1973 (France, [2024], tradução nossa).

Antes da alteração de 2023, as regras já previam datas e contribuições distintas, bem como a conjugação de idade mínima e tempo mínimo de contribuição. Se considerados de maneira isolada, os textos dos arts. L161-17-2 e L161-17-3 não são de fácil compreensão para os observadores brasileiros. Assim, alguns detalhes merecem uma breve explicação.

Primeiramente, o art. L161-17-2 prevê a aposentadoria com valor parcial, de modo que a integral, independentemente do número de trimestres contribuídos, pode ser alcançada aos 67 anos de idade, conforme o art. L351-8, § 1º, do *Code de la Sécurité Sociale* (France, [2024]). O valor integral corresponde a 50% (chamada de *taux de la pension*) da média salarial dos maiores vencimentos correspondentes a 25 anos do período contributivo (chamado de *salairé annuel moyen* – SAM, ou *revenu annuel moyen* – RAM). Não sendo esse o caso, o valor é calculado mediante o desconto, na *taux de la pension*, do período faltante para que se completassem 67 anos ou para que se alcançassem os trimestres previstos para a aposentadoria integral – o que for menor –, conforme os arts. L161-17-3 e R351-27, ambos do *Code de la Sécurité Sociale* (France, [2024]), de acordo com o ano de nascimento.

Para facilitar a compreensão, um exemplo ilustra a metodologia: suponha-se que um cidadão francês nasceu em 1960 e aposentou-se em 2022, aos 62 anos (idade mínima), tendo contribuído por 160 trimestres (equivalente a 40 anos). Nesse caso, faltavam 20 trimestres (5 anos) para que ele alcançasse a idade mínima (conforme o art. L351-8, § 1º), bem como 7 trimestres para que alcançasse o número mínimo de trimestres para a aposentadoria integral (conforme o art. L161-17-3, § 1º). Como o número menor corresponde a 7, este será o parâmetro para determinar o montante a ser deduzido da integralidade.

Assim, conforme o art. R351-27, aplica-se um “coeficiente de minoração” para cada trimestre faltante, que no exemplo apresentado equivale a 7. Ao se multiplicar 7 por 1,25%, o coeficiente equivale a 8,25%; assim, o montante integral de 50% sofre uma redução de 8,25%, e a aposentadoria equivalerá a 45,625% da média anteriormente mencionada.

A despeito dos protestos populares, em 17/2/2023 a Assembleia Nacional concluiu, sem votação, a primeira leitura do projeto. Após duas semanas, foram iniciados os debates no Senado, que aprovou o projeto, em primeira leitura e com emendas, em 11/3/2023. Como o texto foi aprovado em versões distintas nas duas Câmaras do Parlamento, formou-se, em 15 de março, uma *Commission mixte paritaire*, com sete membros da Assembleia Nacional e sete membros do Senado, e no mesmo dia foi votado e aprovado um projeto conclusivo no Senado.

Identificada a resistência dos deputados em aprovar o texto, o Governo invocou, em 16 de março, o art. 49.3 da Constituição, avocando a responsabilidade para si e provocando, em consequência, a aprovação do texto na Assembleia, em 20 de março, após as moções de censura serem rejeitadas. Uma vez aprovado, o Projeto foi encaminhado ao Conselho Constitucional, com base na demanda de mais de 100 deputados e mais de 60 senadores. Ato contínuo, em decisão publicada em 14/4/2023, a essência da reforma pretendida pelo Governo foi mantida pelo Conselho, de modo que as incompatibilidades identificadas não foram tendentes a abalar a proposta inicial. Assim decidiu o Conselho Constitucional:

O CONSELHO CONSTITUCIONAL DECIDE:

[...]

Artigo 2º – São conforme a Constituição as seguintes disposições:

As palavras “sessenta e quatro” e o ano “1968” constantes do primeiro parágrafo do artigo L. 161-17-2 do Código de Previdência Social e o ano “1968”, a data “1º de setembro de 1961” e a frase “1967, de forma crescente, ao ritmo de três meses por geração” constante do item 2 do mesmo artigo, na redação decorrente do artigo 10 da lei que altera o financiamento da segurança social para 2023;

A data “31 de agosto de 1961” que consta do item 2 do artigo L. 161-17-3 do mesmo código, a data “1º de setembro de 1961” e o ano “1962” que consta do item 3 do mesmo artigo, as palavras “em 1963” no seu item 4, as palavras “em 1964” no seu item 5 e o ano “1965” no item 6, na redação decorrente do artigo 10 da referida lei;

As palavras “uma das quatro idades, a mais alta das quais não pode exceder vinte e um anos” e a frase “que não podem exceder a duração do seguro mencionada no segundo parágrafo do mesmo artigo L. 351-1” que aparecem na primeira frase do artigo L. 351-1-1 do Código de Previdência Social, na redação decorrente do artigo 11 da mesma lei.

Artigo 3º – Esta decisão será publicada no Jornal Oficial da República Francesa.

Julgado pelo Conselho Constitucional na sessão de 14 de abril de 2023, onde se sentaram: Sr. Laurent FABIUS, Presidente, Sra. Jacqueline GOURAULT, Sr. Alain JUPPÉ, Sras. Corinne LUQUIENS, Véronique MALBEC, MM. Jacques MÉZARD, François PILLET, Michel PINAULT e François SÉNERS (France, 2023a, tradução nossa).

A lei foi promulgada em 14/4/2023 com o nº 2023-270. Entre o proposto no projeto e o efetivamente aprovado, as alterações não foram sensíveis; o texto original do art. 7º da segunda parte do PLRFSS ficou quase inalterado em relação ao que foi aprovado e publicado; e, nos termos do art. 10 da Lei, definiu-se o início de sua vigência em 1º/9/2023.

Segundo as alterações promovidas pelo art. 10, V, da Lei nº 2023-270, de 14/4/2023, a partir de 1º/9/2023, a redação dos arts. L161-17-2 e L161-17-3 do *Code de la Sécurité Sociale*, será a seguinte:

Artigo L161-17-2

O critério de idade mínima para aposentadoria prevista no primeiro parágrafo do artigo L. 351-1 deste Código, no artigo L. 732-18 do Código das Pescas Rurais e Marítimas, no nº 1 do artigo L. 24 e 1º do artigo L. 25 do Código das Pensões de Aposentadoria Civil e Militar é fixado em sessenta e quatro anos para os segurados nascidos a partir de 1º de janeiro de 1968.

Esta idade é fixada por decreto no limite da idade referida no primeiro parágrafo para os segurados nascidos antes de 1º de janeiro de 1968 e, para os nascidos entre 1º de setembro de 1961 e 31 de dezembro de 1967, de forma crescente, à taxa de três meses por ano.

Artigo L161-17-3

Para os segurados dos regimes a que se aplica o artigo L. 161-17-2, o número mínimo de contribuições necessárias para que se beneficiem de uma aposentadoria integral e a duração dos serviços e prêmios necessários para obter a percentagem máxima de uma aposentadoria civil ou militar são fixadas em:

1º 167 trimestres, para segurados nascidos entre 1º de janeiro de 1958 e 31 de dezembro de 1960;

2º 168 trimestres, para segurados nascidos entre 1º de janeiro de 1961 e 31 de agosto de 1961;

3º 169 trimestres, para segurados nascidos entre 1º de setembro de 1961 e 31 de dezembro de 1962;

4º 170 trimestres, para segurados nascidos em 1963;

5º 171 trimestres, para segurados nascidos em 1964;

6º 172 trimestres, para segurados nascidos a partir de 1º de janeiro de 1965 (France, [2024], tradução nossa).

Assim, a idade mínima crescerá paulatinamente 3 meses por ano a partir de setembro de 2023, de modo a alcançar 64 anos como idade mínima em 2030. Porém, para a obtenção da aposentadoria integral por aqueles que venham a completar a idade mínima a partir de setembro de 2023, o número mínimo de trimestres não será automaticamente o constante

no art. L161-17-3, tendo em vista que o art. 10, XXIV, C, 2º, e XXX, B (France, 2023b) estabeleceu o patamar de 169 trimestres inicialmente, aumentando-se 1 trimestre por ano, até que se alcance o montante de 172 trimestres em 2027, requisito para que se alcance a aposentadoria integral no referido ano.

Apresentadas as principais questões relativas ao debate previdenciário francês, passa-se a analisar os pontos comuns entre o processo legiferante francês e o brasileiro não só quanto ao método previsto mas também quanto às consequências de sua adoção, com atenção especial à justificativa das escolhas legislativas na relação previdenciária e ao direito fundamental ao devido procedimento na elaboração normativa.

5 Direito fundamental à justificativa nos casos francês e brasileiro

Conforme se abordou no início deste estudo, o que se propõe é a verificação e, no que for cabível, a comparação entre os sistemas de reforma previdenciária brasileiro e francês, notadamente quanto à forma de proposição e tramitação das propostas, bem como à justificativa das alterações requeridas diante dos respectivos parlamentos – o que se aproxima, em muito, ao que se intitula *direito fundamental ao devido procedimento na elaboração normativa* (DPEN) (Barcellos, 2020).

Sobre a questão que a iniciativa legislativa se propõe enfrentar, o DPEN exige “apenas que a justificativa descreva o problema, apresentando as informações relevantes sobre ele e as razões pelas quais se considera que se trata, afinal, de um problema, que a norma proposta poderá enfrentar”, de modo que não basta “uma identificação puramente teórica do problema, sem qualquer informação concreta sobre sua realidade” (Barcellos, 2020, p. 166-167).

Em se tratando dos impactos esperados da proposição, exige-se que “haja alguma avaliação, diante dos elementos disponíveis no momento de elaboração da norma, acerca de quais são esses resultados que se espera sejam produzidos a partir de sua edição e execução”, o que não se confunde com “uma perspectiva economicista das realidades sociais” nem com “quanto dinheiro será investido ou economizado em função do que determinada norma venha a prever, [...] sobretudo no caso de normas que tratam de direitos fundamentais” (Barcellos, 2020, p. 173-177). De igual maneira, a análise dos impactos permitiria um debate no ambiente democrático e uma avaliação sobre a sua possível ocorrência ao longo do tempo, o que permitiria verificar a necessidade de revisão da norma.

A verificação da revisão perpassa os conceitos de *output*, *outcome* e *input*, que correspondem, respectivamente, à ação concreta tomada por força da norma, ao resultado final e real das normas e aos gastos envolvidos (Barcellos, 2020, p. 178). Um exemplo pode explicitar melhor as definições: suponha-se que determinado município, no âmbito de suas competências, ofereça aulas de reforço para as crianças e adolescentes que, matriculados em

instituições educacionais, integrem grupo familiar com renda mensal *per capita* inferior a 1/5 do salário-mínimo.

O resultado pretendido não corresponde à existência do auxílio mencionado ou ao gasto de verba pública no pagamento dos profissionais, mas ao fomento do estudo e à diminuição da evasão escolar de crianças e adolescentes que integrem famílias que vivem em condições de pobreza extrema. Passados alguns meses, é possível que as aulas tenham sido planejadas e realizadas, mas que a evasão escolar e as dificuldades com o estudo não tenham diminuído.

Nesse caso, providenciaram-se profissionais (*output*), mediante a sua contratação remunerada (*input*), mas o resultado pretendido (*outcome*), ainda assim, não foi alcançado, o que demandaria uma reanálise das opções eleitas até então. Destaca-se, não obstante, que a complexidade de determinados temas (como saúde, por exemplo) leva à prática de se admitirem as ações tomadas (*output*) como principal critério em lugar do estabelecimento de metas claras, observáveis e mensuráveis (Barcellos, 2020, p. 180-181).

No exemplo apresentado, os custos envolvidos na medida eleita não se confundem “com o debate acerca da disponibilidade financeira ou de quais meios poderão ser utilizados para lidar com esses custos”; além disso, a observância da análise dos custos “não significa que ela seja o único critério a ser observado no âmbito das decisões normativas”, pois, já que “as decisões em torno da disponibilidade de recursos envolvem em boa medida avaliações políticas, o custo é apenas um elemento, mas outros critérios devem ser considerados” (Barcellos, 2020, p. 189-190). Nesse sentido,

[a] crítica que se faz aos instrumentos de avaliação normativa e regulatória é justa na medida em que eles focalizam apenas a questão econômica, sem consideração de outros elementos e impactos, mas esse é um problema da sua utilização, e não da ideia em si de que é preciso avaliar os impactos da providência normativa de que se cogita (Barcellos, 2020, p. 191).

Além daquelas três dimensões (*output*, *outcome* e *input*) e da necessidade da efetiva publicidade, defendidas por Barcellos (2020) como tópicos integrantes da justificativa, a autora defende outros dois conteúdos adicionais do DPEN, que envolvem, ambos, a oitiva de interessados, especialistas e *experts* na fase inicial e final de elaboração da norma e funcionam como “um estímulo adicional à existência desse debate público em torno das propostas normativas, na medida em que se organiza um momento formal e estruturado no qual os interessados poderão se manifestar”; “um momento de reflexão e crítica não apenas em relação à justificativa apresentada inicialmente por quem propõe a norma, mas também em relação às manifestações ou considerações técnicas que tenham sido defendidas por grupos de interesse” (Barcellos, 2020, p. 196-198).

Antes de aprofundar a análise das reformas previdenciárias brasileira e francesa, um ponto relacionado ao DPEN merece especial relevo: a indispensabilidade de que a minoria parlamentar, bem como outros agentes sociais,

tenham acesso às razões e informações apresentadas e, sobretudo, tenham efetiva oportunidade de veicular sua crítica e contraponto às proposições normativas em tramitação, de modo a terem condições de influenciar o debate e, em alguma medida, a tomada de decisão final por parte da Casa Legislativa (Barcellos, 2020, p. 238).

Entre os exemplos apontados pela autora, destaca-se a chamada “urgência urgentíssima”, prevista no art. 155 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (no mesmo sentido, nos arts. 336 a 351 do Regimento Interno do Senado Federal), que autoriza a inclusão automática na Ordem do Dia da Câmara, “para discussão e votação imediata, ainda que iniciada a sessão em que for apresentada, proposição que verse sobre matéria de relevante e inadiável interesse nacional, a requerimento da maioria absoluta da composição da Câmara, ou de Líderes que representem esse número” (Brasil, [2023a], p. [79]).

Com efeito, essa previsão “toma de surpresa os parlamentares (que não integrem a liderança) acerca do que será deliberado naquele mesmo dia, reduzindo sua oportunidade de efetivamente participar do debate”, de modo que reduz também “o papel das comissões temáticas pelas quais as proposições deveriam ordinariamente tramitar, e no âmbito das quais as minorias teriam oportunidade de suscitar críticas e questionamentos” (Barcellos, 2020, p. 243). Embora a previsão da medida seja para casos excepcionais, “o recurso à tramitação urgente, assim como à urgentíssima, mostrou-se tão frequente que a maioria das matérias aprovadas costuma tramitar sob esse regime” (Figueiredo; Limongi, 2001, p. 48).

Em resumo, é possível observar uma aproximação entre a França e o Brasil em relação à iniciativa: no caso brasileiro, trata-se de verificação empírica, a despeito de a Constituição nada determinar; quanto ao regime constitucional francês, a própria Constituição reserva ao Executivo a possibilidade de iniciativa dos projetos. Por certo, a capacidade de publicação de uma proposição confere ao Executivo certos privilégios para obter a aprovação, diferentemente do Congresso Nacional, que precisa de grande capacidade de articulação para demonstrar que um projeto é de prioridade para o legislativo em unidade e, ainda assim, não deterá a máquina pública, que pode dar a devida publicidade à proposta e convencer a população. Contudo, esse não é o único aspecto que aproxima os dois países.

O governo francês tem a possibilidade de avocar a sua responsabilidade e determinar a adoção de uma lei por meio da aplicação do art. 49.3 de sua Constituição; não há, no Brasil, qualquer instrumento similar ao que se observa na França, mas é possível, com as devidas proporções, verificar certas possibilidades e tentativas. Primeiro, tem-se que a EC nº 103/2019 desconstitucionalizou diversos critérios de concessão e de cálculo na esfera previdenciária. Caso fosse aprovada a privatização da iniciativa, o Executivo brasileiro teria um “trunfo” a seu favor.

Além da “urgência urgentíssima” no modelo nacional, o regime de urgência constitucional, segundo o qual o presidente da República pode solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa, hipótese em que, caso a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até 45 dias, todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa ficam sobrestadas (à exceção das que tenham prazo constitucional determinado) até que seja realizada a votação (art. 64, *caput*, e § 1º da CRFB (Brasil, [2023b])). É claro que o trancamento da pauta, por si só, não garante a aprovação do projeto, mas os dados empíricos observados anteriormente indicam que seria uma forma de o governo garantir uma verificação célere e categórica de seus projetos na área previdenciária.

Ainda que não se tenha destinado ao Executivo a iniciativa privativa, o fato de vários dispositivos terem sido retirados da Constituição passa a permitir a adoção, futuramente, da estratégia da urgência urgentíssima para que alterações de regras previdenciárias sejam votadas sem o devido debate e sem a possibilidade de participação efetiva dos grupos eventualmente contrários à proposta – nesse ponto, com as devidas proporções, vislumbra-se uma aproximação ao que ocorre na França com o art. 49.3.

Barcellos (2020) analisa o DPEN na perspectiva constitucional brasileira, mas também é possível examinar, com as necessárias ressalvas, a possibilidade de aplicação do instituto na criação legislativa francesa, em sua vertente de direito fundamental ou não. Veja-se, por exemplo, a redação do art. 39.3 da Constituição da França: “A apresentação dos projetos de lei perante a Assembleia Nacional ou o Senado responde às condições estabelecidas por uma lei orgânica” (França, [2023], p. 14).

A Lei Orgânica nº 2009-403, de 15/4/2009 (France, [2010]), que regulamenta esse artigo constitucional, dispõe, em seu art. 7º, sobre a exposição de motivos e, no 8º, trata de maneira pormenorizada dos itens que devem constar nos estudos de impacto dos projetos apresentados. No entanto, o art. 11 estipula que o estudo descrito no art. 8º não é exigido, entre outras propostas, para as de financiamento da segurança social – os chamados PLFSS ou PLFRSS. Isso não significa que não haja critérios específicos também para as leis de financiamento; eles estão dispostos nos arts. L111-3 e L111-4 do *Code de la Sécurité Sociale* (France, [2024]), mas têm exigências menores que as do estudo de impacto de uma lei orgânica. Diante disso, pode-se considerar que na legislação francesa há um direito – ainda que não fundamental – ao devido procedimento de elaboração normativa.

Todavia, na fase de elaboração do PL ou da EC há uma diferença fundamental entre a França e o Brasil. Na França, no momento da criação por meio da oitiva, exige-se e espera-se uma participação mais plural, principalmente do *Conseil d’Orientation des Retraites*, destacado no estudo de impacto do PLFRSS de 2023 como um fator que aponta para a participação social na formulação da reforma e – pode-se afirmar – está ligado ao direito fundamental ao DPEN.

No caso do Brasil, quando da criação da Lei de Custeio da Previdência Social (CNSS – Lei nº 8.212/1991), tentou-se criar o Conselho Nacional de Seguridade Social. Segundo o art. 6º

desse diploma legal (Brasil, [2024]), o CNSS seria composto por quatro representantes do governo federal, um de cada pilar da Seguridade Social; um representante dos governos estaduais e um das prefeituras; oito representantes da sociedade civil – quatro trabalhadores, dos quais pelo menos dois deveriam ser aposentados e quatro empresários –; e três representantes membros dos conselhos setoriais, um de cada área da seguridade social.

Dentre suas competências, dispostas no art. 7º, destacam-se as seguintes: “acompanhar e avaliar a gestão econômica, financeira e social dos recursos e o desempenho dos programas realizados, exigindo prestação de contas”; “aprovar e submeter ao Presidente da República os programas anuais e plurianuais da Seguridade Social”; “aprovar e submeter ao Órgão Central do Sistema de Planejamento Federal e de Orçamentos a proposta orçamentária anual da Seguridade Social” (Brasil, [2024]).

Além dessas previsões, consta do art. 90 que o CNSS deveria, dentro de 180 dias a partir de sua instalação, adotar as providências necessárias ao levantamento das dívidas da União para com a Seguridade Social (Brasil, [2024]). Não obstante, o Conselho não logrou êxito em cumprir as suas missões legais: foi extinto em 2001, pela MP nº 2.216-37, em vigor em virtude do art. 2º da EC nº 32/2001.

Contudo, a existência do CNSS, por si só, não garantiria atualmente que os postulados da seguridade social seriam plenamente respeitados, nem mesmo que a previdência seria tratada de forma mais técnica. Suas deliberações não tinham força vinculante e, ainda que tivessem, o Conselho poderia ter seus trabalhos obstruídos ou esvaziados por opções políticas ou produzir relatórios com dados e informações insuficientes ou inconfiáveis. Conforme já se observou, a existência de justificativa numa proposta não significa que o DPEN tenha sido atendido, porque ela pode ser amparada em dados equivocados ou intencionalmente manipulados. Diante disso, importa analisar o potencial mal uso de dados ou mesmo o procedimento de construção deles: no caso do Brasil, em relação à EC nº 103/2019; e no caso da França, da PLFRSS de 2023.

Em abril de 2019, a *Folha de S.Paulo* requereu, com base na Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), acesso aos dados dos estudos e pareceres técnicos que embasavam a PEC nº 6/2019. Em resposta, a Secretaria Especial de Previdência e Trabalho afirmou que elaborara os estudos “no âmbito de suas competências regimentais”, mas que “todos os expedientes foram classificados com nível de acesso restrito por se tratar de documentos preparatórios” (Fabrini; Caram, 2019). O curioso – e incoerente – foi o comportamento do governo de classificar como documentos preparatórios os estudos que apontaram, de forma incisiva, que a Previdência Social seria a culpada primária do déficit no orçamento público e que, ao final, afirmavam que a “economia” seria de mais de R\$ 1 trilhão.

Após pressão dos parlamentares, o governo federal disponibilizou os estudos que permitiriam verificar o quadro alarmante da Previdência Social e justificariam a sua reforma nos termos propostos, materializados na Nota Técnica SEI nº 6/2019/SPREV/SEPRT-ME. Na descrição da metodologia consta o seguinte parágrafo:

As estimativas de economia no âmbito do RGPS foram obtidas a partir do modelo de projeções fiscais do RGPS. Esse modelo foi desenvolvido com a participação de equipe da STN, SPE e Ipea, e é continuamente aperfeiçoado e utilizado pela Secretaria de Previdência/SPREV para as projeções de médio e longo prazo constantes no Anexo IV.6 do PLDO 2019. O arcabouço metodológico desse modelo segue padrões internacionais tais como os modelos amplamente utilizados pelo Banco Mundial (*Modelo Prost – Pension Reform Options Simulation Tool kit*) e pela Organização Internacional do Trabalho (*ILO-Pension Model*) (Brasil, 2019d, p. 96-97).

Contudo, a metodologia atuarial do RGPS foi objeto de um estudo que apontou as inconsistências do chamado novo modelo, que, de forma tendenciosa, superestimaria as despesas e subestimaria as receitas. Em outras palavras, a metodologia careceria de um padrão mínimo de confiabilidade para avaliar a necessidade de reforma do sistema previdenciário. Segundo Puty, Frances, Gentil, Silva, Silva e Carvalho ([2017], p. 3), é necessário que o modelo explicita cada etapa: o desenvolvimento matemático; a forma de implantação; e os resultados obtidos¹³.

Os autores do estudo apontam que a ausência dos microdados, um conjunto de dados completos, torna matematicamente impossível estimar todas as possibilidades, além do fato de diversas variáveis apresentadas como fundamento dos cálculos não mencionarem as fontes de onde foram extraídas. As incongruências encontradas também envolvem as projeções do crescimento do salário-mínimo, pois o modelo estima que a projeção da taxa de crescimento real do salário-mínimo é maior que a da taxa de crescimento real do PIB. Além disso, o dado populacional utilizado pelo governo, a PNAD de 2014, estaria descalibrada para o objetivo pretendido, por superestimar a população idosa e subestimar o número de jovens e adultos, culminando na redução da taxa de ocupação, massa salarial e participação de contribuintes no sistema (Puty; Frances; Gentil; Silva; Silva; Carvalho, [2017], p. 6-9).

Identificou-se também um problema quanto à natureza do modelo. Como os modelos atuariais são essencialmente probabilísticos, é preciso levar em consideração que a realidade se altera no longo e no curto prazo, inclusive por decisões atinentes à política econômica, o que prejudica o cálculo relativo a muitas décadas à frente. Comprova tal dificuldade o fato de que, “no passado recente, o governo federal realizou previsões para receitas e despesas para RGPS que não foram confirmadas, gerando erros sistemáticos e de grande magnitude entre as projeções do modelo e os dados realizados” (Puty; Frances; Gentil; Silva; Silva; Carvalho, [2017], p. 11).

Intitulado “determinístico”, o novo modelo, “a partir da fixação de um conjunto de variáveis, determina de maneira única os seus resultados” (Brasil, 2019d, p. 97), ao passo que

¹³ O estudo de Puty, Frances, Gentil, Silva, Silva e Carvalho ([2017]) pode ser utilizado como parâmetro para verificação dos critérios atuariais da reforma proposta pela EC nº 103/2019 por ter a metodologia sido adotada em 2016 e replicada nas propostas de alteração previdenciária e nos textos dos Projetos de Lei de Diretrizes Orçamentárias de todos os anos desde então.

[u]m modelo atuarial de Previdência Social só pode ser determinístico se trabalhar apenas com médias, o que facilita a modelagem, mas limita a interpretação dos resultados fornecidos. Estes resultados permitem a comparação de cenários, mas não devem e nem podem ser tomados como verdades inevitáveis. Se o são, deve-se questionar a intenção de seus gestores (Puty; Frances; Gentil; Silva; Silva; Carvalho, [2017], p. 12).

Nesse sentido são as conclusões de Strapazzon (2019, p. 168)¹⁴:

A falta de evidenciação da situação atuarial do RGPS é um grave problema de justificativa da atual agenda de reformas, quer seja do RPPS, cuja metodologia foi criticada pelo TCU, quer seja do RGPS, cuja metodologia de apuração do equilíbrio atuarial – como reconhecido em 2017 pela Coordenadoria-Geral de Estatística, Demografia e Atuária da Previdência Social – simplesmente não existe.

A par da imprecisão dos dados, o objetivo da EC, como frisou diversas vezes o governo responsável, era economizar recursos – o que, à luz do DPEN, não se configura um motivo legítimo. Com efeito, não se deve fazer uma reforma da Previdência para economizar R\$ 1 trilhão, mas para manter o modelo equilibrado, viável, de modo a atender às gerações presente e futura. Essa é a meta, principalmente dentro da lógica previdenciária, em que não há prazo de validade e existe espaço temporal para adequações.

A fim de observar se o mesmo movimento se refletiu na proposta francesa, cabe verificar os discursos contrários ao defendido na proposta de Macron. Para isso, serão utilizados os argumentos de Michael Zemmour, economista, professor e pesquisador da Universidade Paris-I Panthéon-Sorbonne, identificado pela imprensa como o “economista que faz Macron tremer” (Boganda, 2023). Para ele, a reforma teria sido decidida por razões de estratégia política e orçamentária, e não com base em uma avaliação fundamentada do sistema de aposentadorias francês, de modo que, “ao atenuar, através da sua comunicação, a dureza da sua reforma, o Governo procurou desde o início contar-nos uma história muito distante da realidade” (Boganda, 2023, tradução nossa).

Zemmour (*apud* Boganda, 2023) afirma que deve haver cautela com os números, em virtude de a reforma não estar suficientemente documentada, o que se constata desde a leitura do estudo de impacto até a verificação do instrumento utilizado para se reformar: um PLRFSS, e não PL ordinária, que obrigaria o Executivo a produzir informações mais completas, explicando com precisão as repercussões esperadas em termos de emprego, crescimento do PIB, poder de compra, efeitos do aumento da idade mínima para aposentadoria nas pessoas físicas, entre outras questões.

¹⁴ É importante destacar que Strapazzon (2019) redigiu o texto citado em referência ao PLDO de 2018. Não obstante, utilizaram-se suas conclusões, dado que a descrição metodológica do PLDO de 2018 se repete no PLDO de 2023.

Além disso, ainda que assim o fizesse, Zemmour (*apud* Boganda, 2023) destaca que a maioria dos modelos macroeconômicos que analisa o aumento da idade mínima para aposentadoria destaca efeitos extremamente diminutos, da ordem de 0,3% de PIB adicional após dez anos, ao passo que o governo teria previsto um impacto maior, mas de forma puramente contábil, independentemente de qualquer modelo macroeconômico. Ao jornal *Le Monde*, o economista afirmou que a ausência voluntária de elementos quantificados da reforma da previdência impediria o Parlamento de deliberar com pleno conhecimento de causa (Zemmour, 2023).

Nesse ponto, vislumbra-se outra aproximação com o caso brasileiro, visto que “a questão principal da reforma da previdência no Brasil [...] está ancorada em duas problemáticas: uma equivocada eleição de prioridades e um olhar puramente contábil do seu papel” (Ferreira, 2023, p. 176). Aqui, os balanços atuariais realizados pela Secretaria de Previdência vêm embasando as agendas de reformas e os projetos de lei de diretrizes orçamentárias anuais (Ferreira, 2023, p. 139), de modo que, por falta de clareza metodológica, é possível perceber que, em lugar de querer reformar para manter a necessária sustentabilidade do sistema, a Seguridade Social tornou-se uma “espécie de financiador de ‘capital de giro’ do Tesouro Nacional” (Strapazzon, 2019, p. 157).

6 Conclusão

A Previdência Social destina-se à cobertura das necessidades sociais, de modo que a impossibilidade de exercício de atividade laboral por parte de determinado segurado, de maneira programada ou não, deve ser abarcada pela rede de proteção social. Por esse motivo, deve-se considerar que o sistema previdenciário é elemento essencial, e não acessório, da organização estatal. Trata-se de adotar essa ideia como axioma não apenas nos processos de criação dos sistemas protetivos, mas sempre que determinado ajuste for necessário.

Como as necessidades sociais não são estáveis, a previdência social deve adaptar-se ao público que protege. Quando o sistema brasileiro foi criado em 1923, por exemplo, o público que recebia o maior foco protetivo era o integrado pelos trabalhadores das ferrovias; não teria sentido replicar esse padrão atualmente.

As reformas previdenciárias são um instrumento indispensável à efetiva manutenção do sistema protetivo, mas não se podem reduzir a mecanismo de equilíbrio das contas públicas. Nesse sentido, Brasil e França precisam avançar muito.

No caso brasileiro, a reforma promovida pela EC nº 103/2019 preocupou-se somente com a economia de recursos. Retomou regras que vigiam no sistema nacional há 60 anos, sem qualquer tipo de justificativa plausível. Os equívocos da proposta, que foram ressaltados durante a tramitação legislativa, foram deixados para saneamento em uma PEC Paralela que até o fechamento deste estudo continuava pendente de tramitação desde 2021 – e assim provavelmente deve permanecer.

Na França, pelo que se pôde observar, a tônica repete-se. A escolha de um processo legislativo mais célere e a possibilidade de o governo adotar mecanismos para impor determinadas mudanças não necessariamente se traduz em algo antidemocrático – desde que haja justificativa para tanto. Contudo, não há um consenso nacional quanto às razões que levaram a França a reformar o seu sistema protetivo; algumas correntes apontam para a tentativa de utilização do aparato securitário para cobrir rombos provocados por incentivos fiscais em outras áreas – como ocorreu no Brasil.

É natural que existam mecanismos de aceleração da tramitação de determinados projetos, como a urgência urgentíssima, no Brasil, e o art. 49.3, na França, mas quando a exceção se torna regra há um claro sinal de que o princípio democrático não está sendo observado. Nesse ponto, a conduta de ambos os países vai de encontro ao direito fundamental à justificativa e ao devido processo de elaboração normativa, por se utilizarem estratégias que, em vez de atender ao escopo teleológico dos dispositivos, serve de estratégia para impor mudanças que nem sequer podem ser verificadas como corretas ou necessárias.

Nos modelos brasileiro e francês, a contribuição dos segurados é o que sustenta a previdência social; entretanto, sob um primado puramente financista, tornou-se lugar comum a diminuição da proteção previdenciária, para aproveitar os seus recursos em outras áreas, o que enfraquece a confiança da população no sistema e favorece uma crise na arrecadação. Nesse ciclo vicioso, o fim da previdência social torna-se uma profecia autorrealizável: diminuem-se os incentivos para entrar no sistema e, quando a arrecadação diminui, torna-se a apontar um déficit.

Referências

BADEL, Maryse. *Droit de la sécurité sociale*. Paris: Ellipses, 2006. (Mise au Point).

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BOGANDA, Cyprien. Michael Zemmour, économiste: “le gouvernement nous a raconté une histoire”. *L’Humanité*, [s. l.], 16 mars 2023. Disponível em: <https://www.humanite.fr/social-eco/reforme-des-retraites/michael-zemmour-economiste-le-gouvernement-nous-raconte-une-histoire-786848>. Acesso em: 14 maio 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *[Exposição de Motivos da] 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/prop_mostrarintegra?codteor=1712459&filename=PEC%206/2019. Acesso em: 14 maio 2024.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 133, de 2019*. Permite que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotem em seus regimes próprios de previdência social as mesmas regras aplicáveis ao regime próprio da União; modifica renúncias previdenciárias; prevê benefício da Seguridade Social à criança vivendo em situação de pobreza. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2231327>. Acesso em: 14 maio 2024.

_____. Câmara dos Deputados. *Resolução nº 17, de 1989*. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2023a]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%206-2023.pdf>. Acesso em: 14 maio 2024.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 maio 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, 2019c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 14 maio 2024.

_____. *Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 14 maio 2024.

_____. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. *Nota Técnica SEI nº 6/2019/SPREV/SEPRT-ME*. Estimativa de impacto da Proposta de Emenda Constitucional da nova previdência. Brasília, DF: Secretaria de Previdência, 2019d. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/04/PEC-6-2019-MANIFESTACOES-TECNICAS-SEI_10128.100105_2019_01b.pdf. Acesso em: 14 maio 2024.

_____. Senado Federal. *Parecer de 2019*. Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 6, de 2019, do Presidente da República, que modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2019e. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7997351&ts=1630452451391&disposition=inline>. Acesso em: 14 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.096/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. ADI. Direito constitucional e previdenciário. Medida Provisória 871/2019. Conversão na Lei 13.846/2019. Exaurimento da eficácia de parte das normas impugnadas. Perda parcial do objeto [...]. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria - CNTI. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Edson Fachin, 13 de outubro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345079621&ext=.pdf>. Acesso em: 14 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 626.489/SE*. Recurso extraordinário. Direito previdenciário. Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Revisão do ato de concessão de benefício. Decadência [...]. Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social - INSS. Recorrida: Maria das Dores Oliveira Martins. Relator: Min. Roberto Barroso, 16 de outubro de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6760827>. Acesso em: 14 maio 2024.

CHAUCHARD, Jean-Pierre. *Droit de la sécurité sociale*. 4e éd. Paris: LGDJ, 2005. (Manuel).

FABRINI, Fábio; CARAM, Bernardo. Governo decreta sigilo sobre estudos que embasam reforma da previdência. *Folha de S.Paulo*, [São Paulo], 21 abr. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/04/governo-decreta-sigilo-sobre-estudos-que-embasam-reforma-da-previdencia.shtml>. Acesso em: 14 maio 2024.

FAVOREU, Louis; GAÏA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard; MESTRE, Jean-Louis; PFERSMANN, Otto; ROUX, André; SCOFFONI, Guy. *Droit constitutionnel*. 21e éd. Paris: Dalloz, 2019. (Précis).

FERREIRA, Carlos Vinicius Ribeiro. *O argumento financeiro na previdência social: o falso embate entre a proteção social e a escassez orçamentária*. Curitiba: Juruá, 2023.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

FRANÇA. [Constituição (1958)]. *Constituição [da República Francesa de 1958]*. [Paris: Conseil Constitutionnel, 2023]. Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em: 14 maio 2024.

FRANCE. *Code de la Sécurité Sociale*. [Paris]: Légifrance, [2024]. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006073189?etatTexte=VIGUEUR&etatTexte=VIGUEUR_DIFF. Acesso em: 14 maio 2024.

_____. Conseil Constitutionnel. *Décision n° 2023-849 DC du 14 avril 2023*. [Paris]: Conseil Constitutionnel, 14 avril 2023a. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2023/2023849DC.htm>. Acesso em: 14 maio 2024.

_____. *LOI organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*. [Paris]: Légifrance, [2010]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000020521873>. Acesso em: 14 maio 2024.

_____. *LOI n° 2023-270 du 14 avril 2023 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023*. [Paris]: Légifrance, 2023b. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000047447812/2023-04-16/>. Acesso em: 14 maio 2024.

GUARDIANCICH, Igor. France: current pension system: first assessment of reform outcomes and output. *European Social Observatory: country report*, [s. l.], May 2010. Disponível em: https://www.ose.be/sites/default/files/projets/OSE_2010_CRpension_France.pdf. Acesso em: 14 maio 2024.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. rev. e atual. pela NBR 14.724, de 30/12/05, da ABNT. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Roteiro para uma reforma previdenciária. In: BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; FOLMANN, Melissa (coord.). *Previdência social?* Porto Alegre: Magister, 2016. p. 64-71.

L'ASSURANCE RETRAITE. *Rapport d'activité national 2021*. [S. l.]: L'Assurance Retraite, [2022]. Disponível em: <https://www.lassuranceretraite.fr/portail-info/files/live/sites/pub/files/PDF/cnav-rapport-activite-2021.pdf>. Acesso em: 14 maio 2024.

LES RÉFORMES des régimes de retraite de 1982 à 2023: chronologie. *Vie-Publique: au coeur du débat public*, [s. l.], 10 oct. 2023. Disponível em: <https://www.vie-publique.fr/eclairage/19237-les-reformes-des-regimes-de-retraite-depuis-1982-chronologie>. Acesso em: 14 maio 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

PUTY, Cláudio Alberto Castelo Branco; FRANCES, Carlos Renato Lisboa; GENTIL, Denise Lobato; SILVA, Marcelino Silva da; SILVA, Patrick Alves da; CARVALHO, Solon Venâncio de. *O novo modelo atuarial do Governo Federal para o RGPS: as inconsistências permanecem*. [S. l.: s. n., 2017]. Disponível em: <https://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2017/06/ArtigoRGPS.pdf>. Acesso em: 14 maio 2024.

QUELS sont les Premiers ministres qui ont le plus eu recours au 49.3? *L'Union*, [Reims], 16 mars 2023. Disponível em: <https://www.lunion.fr/id465893/article/2023-03-16/quels-sont-les-premiers-ministres-qui-ont-le-plus-eu-recours-au-493>. Acesso em: 14 maio 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*: RDCI, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 42-73, jan./mar. 2004.

SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. *Revista Brasileira de Direito Público*: RBDP, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, abr./jun. 2005.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. A dança dos números da previdência social: revisitando a auditoria do TCU de 2017. *Espaço Jurídico Journal of Law*: EJJL, Joaçaba, v. 20, n. 1, p. 137-172, jan./jun. 2019. DOI: <https://doi.org/10.18593/ejil.12749>. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12749>. Acesso em: 14 maio 2024.

TAVARES, Marcelo Leonardo. O prazo decadencial em matéria previdenciária – RE nº 626.489. A primeira relatoria do ministro Luís Roberto Barroso no Plenário do STF. In: SARAIVA, Renata; OSORIO, Aline; GOMES, Estêvão; PEPE, Rafael Gaia Edais (coord.). *Ministro Luís Roberto Barroso: 5 anos de Supremo Tribunal Federal: homenagem de seus assessores*. Belo Horizonte: Fórum, 2018a. p. 309-320.

_____. O semipresidencialismo francês em xeque. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 55, n. 218, p. 141-161, abr./jun. 2018b. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p141. Acesso em: 14 maio 2024.

_____. *Previdência e assistência social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

VIGNAL, François. Qu'est-ce qu'un PLFRSS, piste du gouvernement pour mettre en œuvre la réforme des retraites? *Public Sénat*, [s. l.], 28 sept. 2022. Disponível em: <https://www.publicsenat.fr/actualites/non-classe/qu-est-ce-qu-un-plfrss-piste-du-gouvernement-pour-mettre-en-oeuvre-la-reforme>. Acesso em: 14 maio 2024.

ZEMMOUR, Michaël. L'absence volontaire d'éléments chiffrés de la réforme des retraites empêche le Parlement de délibérer en connaissance de cause. *Le Monde*, [Paris], 2 févr. 2023. Tribune. Disponível em: https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/02/02/michael-zemmour-l-absence-volontaire-d-elements-chiffres-de-la-reforme-des-retraites-empêche-le-parlement-de-deliberer-en-connaissance-de-cause_6160206_3232.html. Acesso em: 14 maio 2024.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a 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/>

Quadro de despesas de médio prazo: instrumento útil para qualificar gastos públicos em contexto de forte restrição derivada de ajuste fiscal

Medium-term expenditure framework: useful tool
for qualifying public spending in a context of strong
restrictions resulting from fiscal adjustment

Julia Alves Marinho Rodrigues¹

Dayson Pereira Bezerra de Almeida²

Gustavo Fossati³

Resumo

A anualidade do ciclo orçamentário (“curto-prazismo”) leva à tomada de decisões sobre gastos públicos facilmente cometidas por “miopia alocativa”, quando não há a devida consciência dos seus impactos no equilíbrio fiscal e na realização das metas relativas a políticas públicas. O processo orçamentário brasileiro continua vinculado à dinâmica paroquialista de alocação de recursos públicos. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) recomenda que o problema seja enfrentado sob uma abordagem comum denominada *medium-term expenditure framework* (MTEF) – ou *quadro de despesas de médio prazo* (QDMP) –, objeto deste estudo. O artigo descreve o que é o QDMP e o seu valor para os processos de planejamento e orçamento. Expõe um panorama da experiência

¹ Julia Alves Marinho Rodrigues é mestra em Ciência Política pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; especialista em Democracia Participativa, República e Movimentos Sociais pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; graduada em Ciências Econômicas pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; consultora legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil; professora do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, e do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, DF, Brasil. E-mail: jurodrigues.apo@gmail.com

² Dayson Pereira Bezerra de Almeida é mestre em Economia do Setor Público pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; especialista em Orçamento Público pelo Instituto Serzedello Corrêa, do Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, Brasil; graduado em Ciências Contábeis pela Universidade Federal de Campina Grande, Campina Grande, PB, Brasil; consultor de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil. E-mail: daysoncf@hotmail.com

³ Gustavo Fossati é doutor em Direito Tributário pela Universidade de Münster, Münster, Alemanha; mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), Porto Alegre, RS, Brasil; especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; graduado em Direito pela PUC-RS, Porto Alegre, RS, Brasil; professor dos programas de graduação e pós-graduação em Direito da Regulação da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; advogado. E-mail: gustavo.fossati@fgv.br

internacional em QDMP e examina o planejamento plurianual do gasto público de quatro países: Alemanha, França, EUA e Brasil. A última seção do desenvolvimento identifica os potenciais benefícios da adoção do QDMP pelo Brasil.

Palavras-chave: processo orçamentário; gastos públicos; “miopia alocativa”; quadro de despesas de médio prazo; Direito Comparado.

Abstract

The annuality of the budget cycle (“short-termism”) leads to the making of public spending decisions, which can easily be affected by “allocative myopia”, when there is no due awareness of their impacts on fiscal balance and the achievement of goals related to public policies. The Brazilian budget process continues to be linked to parochialist dynamics of public resource allocation. The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) recommends that this problem be addressed under a common approach, called the *medium-term expenditure framework* (MTEF), which is the subject of this article. The paper describes what the MTEF is and its value for the planning and budgeting processes. It presents an overview of the international experience in MTEF and examines the multi-annual planning of public spending in four countries: Germany, France, USA and Brazil. The last section of the development identifies the potential benefits of adopting the MTEF by Brazil.

Keywords: budget process; public spending; “allocative myopia”; medium-term expenditure framework; Comparative Law.

Recebido em 15/9/23

Aprovado em 9/1/24

Como citar este artigo: ABNT⁴ e APA⁵

4 RODRIGUES, Julia Alves Marinho; ALMEIDA, Dayson Pereira Bezerra de; FOSSATI, Gustavo. Quadro de despesas de médio prazo: instrumento útil para qualificar gastos públicos em contexto de forte restrição derivada de ajuste fiscal. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 61, n. 242, p. 141-158, abr./jun. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p141

5 Rodrigues, J. A. M., Almeida, D. P. B. de, & Fossati, G. (2024). Quadro de despesas de médio prazo: instrumento útil para qualificar gastos públicos em contexto de forte restrição derivada de ajuste fiscal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(242), 141-158. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p141

1 Introdução

É recorrente a crítica de que o orçamento público brasileiro é dominado pelo “curto-prazismo”. Como o ciclo orçamentário é anual, decisões de gastos podem ser facilmente acometidas por “miopia alocativa”, quando se autorizam despesas sem a necessária consciência dos seus impactos no equilíbrio fiscal e no alcance dos resultados de políticas públicas.

Isso sugere que o processo orçamentário deva ser articulado com alguma lógica de planejamento plurianual, uma preocupação que não é nova, pois há um instituto pertinente – o *Plano plurianual* (PPA) –, que na prática ainda não se provou capaz de lidar com aquele problema. Como o processo orçamentário continua fortemente condicionado pela lógica do curto prazo, agravada pela dinâmica paroquialista de alocação dos recursos públicos, é conveniente investigar como outros Estados têm atuado para superar essa miopia orçamentária. No âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁶, o problema tem sido enfrentado sob uma abordagem conhecida como *medium-term expenditure framework* (MTEF) – aqui traduzido como *quadro de despesas de médio prazo* (QDMP) –, foco deste artigo.

Para a análise, optou-se por avaliar dois pares de países: a Alemanha e a França, que utilizam esse instrumento, e o Brasil e os EUA, que não o adotam. A escolha dos primeiros justifica-se por serem referências jurídicas que influenciaram o arcabouço orçamentário definido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB); e a escolha dos EUA ao lado do Brasil, por serem democracias presidencialistas onde o orçamento público é exposto a pressões paroquialistas. Com isso busca-se identificar potenciais benefícios da adoção do QDMP, desde que observadas as especificidades do País.

Para cumprir esse objetivo, o desenvolvimento do artigo assim se estrutura: a seção 2 descreve o QDMP; a seção 3 examina o seu valor para os processos de planejamento orçamentário; a seção 4 apresenta a experiência internacional em QDMP, com suas diferentes abordagens; esteada nesses elementos, a seção 5 analisa a aplicação do QDMP na Alemanha e na França, assim como a situação do Brasil e dos EUA quanto ao planejamento plurianual do gasto público; e, em caráter não exaustivo, a seção 6 identifica os potenciais benefícios da adoção do QDMP. Por fim, apresentam-se as principais conclusões do estudo.

2 O que é o QDMP?

Na sucinta definição da OCDE, o QDMP é uma “abordagem estruturada para integrar a política fiscal e o orçamento num horizonte plurianual” (OECD, 2019a, p. 53, tradução nossa).

Ele não implica alteração além de um ano da vigência dos créditos orçamentários. Sob o seu enfoque, o orçamento anual passa a ser ancorado em *cenários fiscais de médio prazo* (CFMP)

⁶ A OCDE – ou OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) – é composta atualmente [2024] por 38 países.

solidamente construídos, nos quais se define a trajetória esperada para a dívida pública e o volume de despesas compatível com essa trajetória. Com isso, gerencia-se o espaço fiscal disponível para alocações de recursos públicos com perspectiva temporal de médio prazo. Para alcançar esse propósito, o QDMP requer a função de coordenação *top-down* (de cima para baixo) exercida pelo núcleo decisório do Poder Executivo.

São elucidativos do processo operacional básico do QDMP estes excertos da obra de Fortis e Gasparini (2020, p. 133-134):

A etapa *top-down* é geralmente associada à fase fiscal, que é preparada de forma centralizada pelas autoridades orçamentárias. Costuma ser conduzida pelo Ministério das Finanças (em consonância com outras instâncias decisórias do governo, como o Gabinete Presidencial). Com base nas projeções fiscais de médio prazo, são estabelecidos tetos de gastos plurianuais que deverão ser respeitados pelos órgãos setoriais. [...] Além das projeções fiscais, há usualmente aferição da linha de base (*baseline*) dos gastos públicos, ou seja, o montante de recursos necessários para financiar as políticas em andamento. Esse cálculo permite identificar também se há espaço fiscal excedente capaz de viabilizar o financiamento de políticas novas. Essa distinção é crucial para o êxito da plurianualidade orçamentária.

3 Qual o valor agregado do QDMP?

A dilatação do horizonte temporal do processo orçamentário promovida pelo QDMP confere maior qualidade e realismo fiscal às decisões alocativas, pois a deliberação antecipada sobre o uso do espaço fiscal futuro aprimora a qualificação do gasto público e aumenta a previsibilidade de recursos disponíveis para projetos de duração plurianual. Corroboram tal entendimento estes excertos de documentos de referência do Banco Mundial e da OCDE:

[Q]uando o governo se compromete com a disciplina fiscal, torna-se mais provável que as novas necessidades de gastos sejam atendidas por meio da *realocação de gastos* do que pelo fornecimento de financiamento adicional. Finalmente, tanto a disciplina fiscal quanto a eficiência do gasto criam *espaço fiscal* que pode suportar gastos produtivos em infraestrutura econômica e social, bem como em outras *áreas de alta prioridade* (World Bank, 2013, p. 8, tradução nossa, grifos nossos).

Os QDMP podem melhorar a efetividade dos gastos públicos ao alinhá-los às *prioridades nacionais*. [...] Por fim, os QDMP podem facilitar o planejamento e financiamento de políticas públicas plurianuais que exigem um horizonte de tempo estendido para implementação, como grandes investimentos, novos programas e reestruturações organizacionais (OECD, 2019a, p. 53, tradução nossa, grifo nosso).

Para o Banco Mundial, sob o QDMP a gestão antecipada do espaço fiscal futuro é decisiva também para desenvolver a antevisão estratégica do Estado perante os desafios do desenvolvimento sustentável, como o envelhecimento populacional e a mudança climática (World Bank, 2013).

4 Experiência internacional e diferentes abordagens de QDMP

Levantamento concluído pela OCDE em 2019 indica que, dentre os 35 países-membros examinados, apenas a Bélgica, o México e a Noruega não adotam o QDMP (OECD, 2019a). Segundo a mesma pesquisa, o QDMP materializa-se de diferentes formas nos países usuários do instrumento. Seu horizonte temporal varia de 3 a 5 anos e, na maioria das vezes, o QDMP é anualmente reprojeto sob a sistemática de *rolling basis* (base rolante). Por sua vez, a aprovação do QDMP não depende necessariamente de aprovação legislativa; em apenas 13 dos países pesquisados, ele é debatido e aprovado pelo parlamento (OECD, 2019a).

De maior alcance global, porém menos recente, é a pesquisa publicada pelo Banco Mundial em 2013, a *Beyond the annual budget: global experience with medium-term expenditure frameworks*⁷, a qual registra que em 2008 havia 132 países usuários do QDMP. A expressiva variedade de abordagens observadas culminou na construção de uma tipologia em que o gênero *MTEF* passou a englobar três diferentes espécies: (i) o *medium-term fiscal framework* (MTFF); (ii) o *medium-term budget framework* (MTBF); e (iii) o *medium-term performance framework* (MTPF) (World Bank, 2013).

No MTFF, o estágio mais básico e predominantemente *top-down*, são definidos tetos plurianuais de despesas para órgãos setoriais (“envelopes setoriais”) como base para elaborarem os seus orçamentos. Por sua vez, no MTBF, simultaneamente *top-down* e *bottom-up* (de baixo para cima), adiciona-se a identificação ascendente das necessidades de recursos dos órgãos setoriais, que se reconciliam com seus tetos plurianuais. Por fim, o MTPF complementa o MTBF com ênfase nos resultados governamentais efetivos e na mensuração e avaliação de desempenho do gasto público (World Bank, 2013). Depreende-se dessa tipologia que o QDMP não se resume a instrumento de disciplina fiscal, especialmente em sua variante MTPF, a mais avançada. Nesse caso, o planejamento fiscal dialoga com a abordagem da orçamentação por desempenho (*performance budgeting*)⁸, tal como ocorre na Austrália e na Coreia do Sul (World Bank, 2013).

Previsões plurianuais de despesas orçamentárias não esgotam por si só o conceito de QDMP; se assim fosse, como advertem Pares e Valle (2006), o QDMP estaria limitado à projeção

⁷ Além do orçamento anual, há a experiência global com quadros de despesas de médio prazo.

⁸ A OCDE define a *performance budgeting* como o “uso sistemático de informações de desempenho para subsidiar as decisões orçamentárias, seja como subsídio direto para decisões alocativas, seja como informações contextuais para informar o planejamento orçamentário e incutir maior transparência e *accountability* em todo o processo orçamentário, fornecendo informações aos legisladores e ao público sobre os propósitos dos gastos e os resultados alcançados” (OECD, 2019b, p. 9, tradução nossa, grifo nosso).

do *status quo*, o que seria especialmente preocupante para os Estados em desenvolvimento, que requerem melhorias mais acentuadas em suas condições socioeconômicas. Semelhante situação pode ser evitada com a conexão do QDMP à atividade prioritariamente de planejamento governamental. Isso ocorre em 28 países da OCDE, que reconhecem seus órgãos centrais de orçamento como agentes promotores do alinhamento do QDMP ao planejamento estratégico. Além disso, 14 membros da OCDE informam seus modelos de QDMP associando planos a prioridades de médio prazo e a alocações orçamentárias (OECD, 2019a).

5 A aplicação do QDMP e de abordagens de plurianualidade nos países selecionados

Analisa-se nesta seção a aplicação do QDMP na Alemanha e na França, para depois se examinar como a plurianualidade orçamentária é tratada no Brasil e nos EUA.

5.1 Alemanha

Na Alemanha, o QDMP⁹ apresenta peculiaridades em relação às de outros membros da OCDE e é previsto em duas leis específicas (Tappe; Wernsmann, 2019, p. 128).

O QDMP ancora-se na *Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder*¹⁰ (ou *Haushaltsgrundsätzegesetz*¹¹ (HGr)), mais precisamente no seu § 50¹²:

§ 50 – Procedimentos de planejamento financeiro

⁹ O QDMP na Alemanha denomina-se *Mittelfristige Finanzplanung* (Plano financeiro de médio prazo).

¹⁰ *Lei sobre os princípios do Direito Orçamentário da União e dos Estados*.

¹¹ *Lei dos princípios orçamentários*.

¹² “Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätzegesetz - HGrG) [...] § 50 Verfahren bei der Finanzplanung (1) Bund und Länder legen ihrer Haushaltswirtschaft je für sich eine fünfjährige Finanzplanung zugrunde (§ 9 Abs. 1 und § 14 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8. Juni 1967 - Bundesgesetzbl. I S. 582 -). (2) Das erste Planungsjahr der Finanzplanung ist das laufende Haushaltsjahr. (3) Der Finanzplan (§ 9 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft) ist den gesetzgebenden Körperschaften spätestens im Zusammenhang mit dem Entwurf des Haushaltsgesetzes für das nächste Haushaltsjahr vorzulegen. Die gesetzgebenden Körperschaften können die Vorlage von Alternativrechnungen verlangen. (4) Im Finanzplan sind die vorgesehenen Investitionsschwerpunkte zu erläutern und zu begründen. (5) Den gesetzgebenden Körperschaften sind die auf der Grundlage der Finanzplanung überarbeiteten mehrjährigen Investitionsprogramme (§ 10 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft) vorzulegen. (6) Die Planung nach § 11 Satz 1 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft ist für Investitionsvorhaben des dritten Planungsjahres in ausreichendem Umfang so vorzubereiten, daß mit ihrer Durchführung kurzfristig begonnen werden kann. (7) Die Regierung soll rechtzeitig geeignete Maßnahmen treffen, die nach der Finanzplanung erforderlich sind, um eine geordnete Haushaltsentwicklung unter Berücksichtigung des voraussichtlichen gesamtwirtschaftlichen Leistungsvermögens in den einzelnen Planungsjahren zu sichern” (Deutschland, [2017]).

(1) Os governos federal e estadual baseiam sua gestão orçamentária em um plano financeiro de cinco anos (§ 9 (1) e § 14 da *Lei de promoção da estabilidade e do crescimento da economia*, de 8 de junho de 1967 - *Diário Oficial da União* I, p. 582).

(2) O primeiro ano de planejamento do planejamento financeiro é o ano financeiro atual.

(3) O plano financeiro (artigo 9º, inc. 2, n. 2 da Lei de Promoção da Estabilidade e do Crescimento Econômico) deve ser submetido aos órgãos legislativos o mais tardar no âmbito do projeto de lei do orçamento para o exercício seguinte. Os órgãos legislativos podem exigir a apresentação de cálculos alternativos.

(4) As prioridades de investimento previstas devem ser explicadas e justificadas no plano financeiro.

(5) Os programas plurianuais de investimento revisados com base no plano financeiro (§ 10 da Lei de Promoção da Estabilidade e do Crescimento Econômico) devem ser submetidos aos órgãos legislativos.

(6) O planejamento de acordo com o § 11, inc. 1 da Lei de Promoção da Estabilidade e Crescimento Econômico deve ser suficientemente preparado para projetos de investimento do terceiro ano de planejamento que, com a sua execução, possa ser iniciado a curto prazo.

(7) O governo deve encontrar tempestivamente medidas apropriadas que sejam necessárias de acordo com o planejamento financeiro, para assegurar um desenvolvimento ordenado do orçamento, considerando o provável desempenho econômico global nos anos de planejamento individuais (Deutschland, [2017], tradução nossa).

E também na *Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft* (StabG)¹³, especificamente no § 9¹⁴:

§ 9

(1) O orçamento federal deve ser baseado num plano financeiro de cinco anos. Nele, a extensão e a composição das despesas previsíveis e as possibilidades de cobertura devem ser apresentadas em suas inter-relações com o desenvolvimento presumível da capacidade de desempenho econômico global, eventualmente por meio de cálculos alternativos.

(2) O plano financeiro deve ser elaborado e motivado pelo Ministério Federal das Finanças. É decidido pelo governo federal e submetido ao Bundestag e ao Bundesrat.

¹³ *Lei de promoção da estabilidade e do crescimento da economia*.

¹⁴ “§ 9 (1) Der Haushaltswirtschaft des Bundes ist eine fünfjährige Finanzplanung zugrunde zu legen. In ihr sind Umfang und Zusammensetzung der voraussichtlichen Ausgaben und die Deckungsmöglichkeiten in ihren Wechselbeziehungen zu der mutmaßlichen Entwicklung des gesamtwirtschaftlichen Leistungsvermögens darzustellen, gegebenenfalls durch Alternativrechnungen. (2) Der Finanzplan ist vom Bundesministerium der Finanzen aufzustellen und zu begründen. Er wird von der Bundesregierung beschlossen und Bundestag und Bundesrat vorgelegt. (3) Der Finanzplan ist jährlich der Entwicklung anzupassen und fortzuführen” (Deutschland, [2015b]).

(3) O plano financeiro deve ser ajustado e continuado anualmente de acordo com o desenvolvimento (Deutschland, [2015b], tradução nossa).

O dispositivo determina que o *Finanzplanung*¹⁵ seja elaborado e fundamentado pelo Bundesfinanzministerium (BFM)¹⁶, decidido pelo governo federal e submetido ao Bundestag e ao Bundesrat¹⁷. Contudo, é enviado ao Parlamento apenas a título de informação, não para ser decidido por ele. O *Finanzplanung* não é vinculante, diversamente do que ocorre em outros países.

Os primeiros anos são elaborados com base num prognóstico econômico global, levando-se em conta o desenvolvimento de determinados componentes conjunturais (Leibinger; Müller; Züll, 2021, p. 88). Contrariamente, não se consideram oscilações conjunturais para os últimos três anos, porque essa projeção de objetivos, livres da conjuntura, atua de forma estabilizadora sobre a economia privada e simultaneamente deve contribuir para uma constância da política financeira. Futuras elevações de preços e seus efeitos sobre as receitas e as despesas do Estado não são consideradas no planejamento financeiro, o que parece sustentável em vista das tradicionalmente reduzidas taxas de elevação de preços na Alemanha.

O planejamento financeiro segue a sistemática do plano orçamentário. A Administração Pública elabora os dados do planejamento de médio prazo para cada um dos cerca de 6.400 títulos - 1.158 títulos de receitas e 5.255 títulos de despesas, no plano orçamentário de 2021 (Leibinger; Müller; Züll, 2021, p. 88). O plano financeiro é publicado apenas sob uma forma agregada, na qual se apresentam as despesas em cerca de 40 blocos, reunidas com base em aspectos essencialmente funcionais.

Além do *Finanzplanung*, o BFM elabora como instrumento de análise um relatório sobre os efeitos do envelhecimento da população e o desenvolvimento de longo prazo das finanças públicas, o *Tragfähigkeitbericht*¹⁸ (Deutschland, 2015a, p. 40). Desde 2005, o BMF tem produzido esse relatório específico acerca da sustentabilidade das finanças públicas para divisar tanto os desafios presentes e de médio prazo (formados no período do plano financeiro) quanto os riscos político-financeiros de longo prazo, em especial os resultantes das transformações demográficas.

Componentes essenciais do relatório são os cálculos de sustentabilidade (realizados por cientistas externos) que projetam o desenvolvimento das finanças públicas até 2060, o que pressupõe a continuidade da situação jurídica inicial. Com isso, demonstra-se a possível necessidade de ajustes no instrumento de advertência antecipada. Projetam-se no relatório

¹⁵ Plano financeiro.

¹⁶ Ministério Federal das Finanças.

¹⁷ No sistema parlamentar alemão, a Assembleia Federal Alemã (Deutscher Bundestag) e o Conselho Federal (Bundesrat) correspondem apenas *grosso modo* à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

¹⁸ Relatório de sustentabilidade.

especialmente as despesas públicas com previdência, saúde e invalidez, desemprego, educação e família – portanto, em setores que de modo previsível serão afetados de forma diferenciada pelo desenvolvimento demográfico; a estrutura etária da população residente pode ser descrita por décadas com elevado grau de precisão¹⁹. Também levam em consideração os cálculos de incerteza acerca dos desenvolvimentos futuros na forma de variantes alternativas, que também identificam parâmetros com papel significativo na garantia de finanças sustentáveis no longo prazo numa conjuntura de transformações demográficas²⁰.

Desde 2015, o governo federal da Alemanha tem complementado o processo *top-down* de elaboração do orçamento federal com análises orçamentárias anuais sobre as receitas e as despesas relativas a temáticas selecionadas de forma criteriosa (Deutschland, 2023). Com as chamadas *spending reviews* (revisões periódicas de gastos) compõe-se um orçamento mais vivamente orientado em termos de conteúdo, que torna mais eficaz a destinação dos recursos orçamentários disponíveis. Elas servem para aperfeiçoar a estrutura orçamentária federal, a fim de (re)priorizar ou abrir espaço fiscal para a tomada de novas medidas no âmbito de determinadas políticas públicas.

As revisões de gastos são uma tarefa conjunta do BMF e dos ministérios competentes ligados à matéria orçamentária, e sua estrutura organizacional tem dois estágios. Um comitê gestor em nível de secretaria de Estado controla o processo, estabelece um grupo de trabalho e determina a ordem de serviço. Representantes do BMF e dos ministérios responsáveis trabalham no mesmo grupo, que pode ser apoiado profissionalmente por convidados – por exemplo, o Tribunal de Contas da União, além de cientistas ou outros especialistas.

No primeiro ciclo de revisão (2015-2016), para colher experiências com o instrumento, dois programas de financiamento menores e estritamente limitados (trânsito combinado e MobiPro-EU) foram considerados em conjunto com os entes envolvidos – o Ministério Federal para Digitalização e Transportes (BMDV) e o Ministério Federal do Trabalho e Assuntos Sociais (BMAS). No ciclo de revisão atual (2021-2022), ainda em andamento, o Ministério Federal do Meio Ambiente, Proteção à Natureza, Segurança Nuclear e Proteção ao Consumidor (BMUV) e o Ministério Federal de Cooperação Econômica e Desenvolvimento (BMZ) estão analisando as opções para vincular as metas de sustentabilidade ao orçamento federal.

Os grupos de trabalho podem concentrar-se nos efeitos reais dos recursos financeiros utilizados, sem restrições do ponto de vista técnico. O instrumento de revisão de gastos provou seu valor e está firmemente estabelecido no processo interno de elaboração do

¹⁹ No caso alemão, em vista das baixas taxas de natalidade e a crescente expectativa de vida, é previsível uma população na média mais velha e numericamente decrescente.

²⁰ “Método de cálculo no relatório de sustentabilidade: 1. Elaboração dos cenários de fundo. Projeção do desenvolvimento populacional, do desenvolvimento do mercado de trabalho e do desenvolvimento econômico geral; 2. Projeção das despesas e receitas públicas. Projeção separada de espécies individualizadas de despesas dependentes da idade, atualização das demais pressuposições e receitas; 3. Atualização da situação orçamentária da Administração Pública. Apuração dos déficits ou excedentes anuais de financiamento, atualização do estado da dívida” (Deutschland, 2015a, p. 42, tradução nossa).

orçamento do governo como importante contribuição para aprimorar a orientação de impacto no orçamento federal (Deutschland, 2023).

5.2 França

Um instrumento equivalente ao QDMP foi instituído na França pela revisão constitucional de 2008, quando o art. 34 da Constituição passou a prever as chamadas *lois de programmation des finances publiques* (LPPF)²¹, que definem “as orientações plurianuais das finanças públicas” e que devem fazer parte “do objetivo de equilibrar as contas das administrações públicas” (France, [2009], tradução nossa). Essas leis de programação abrangem um período mínimo de três anos e devem (France, 2022a): i) especificar o objetivo de médio prazo, sob a forma de uma previsão de saldo estrutural para o conjunto das contas das administrações públicas; ii) definir a trajetória plurianual a ser atingida e as modalidades do mecanismo de correção a serem implantados em caso de desvio significativo da trajetória do saldo estrutural; e iii) fixar o montante máximo dos créditos e das deduções às receitas do orçamento, bem como os limites dos créditos atribuídos às missões do orçamento geral do Estado.

Essas leis de programação plurianual mudaram profundamente a fase de preparação do orçamento, pois levam em consideração não mais apenas um ano, mas cada um dos três anos do período. O orçamento plurianual serve de base para os projetos de lei de finanças dos anos seguintes, que continuam a ser anualmente apresentados e examinados (France, [2021])²².

A principal consequência na preparação da lei de finanças é o fato de o orçamento plurianual prever a programação dos gastos do Estado ao longo de três anos, seja por meio de um teto de gastos geral, seja mediante tetos por missão (ou por certas políticas públicas). Para cada um dos anos do programa, os projetos de lei de finanças são preparados e apresentados ao Parlamento²³ conforme os tetos estabelecidos no orçamento de três anos. Desse modo, a preparação da proposta de lei de finanças segue um procedimento diferente a depender do ano em questão (France, [2021]).

²¹ *Lois de programmation des finances publiques*.

²² O orçamento plurianual é apresentado no debate de orientação das finanças públicas e integrado na LPPF, que permite assegurar o controle das despesas do Estado definidas para três anos. No início do ano, nas reuniões técnicas entre a direção de orçamento e os ministérios gestores define-se a evolução das despesas, com base na qual a direção de orçamento conduz um exercício de programação de médio prazo ao longo do período. Na sequência das conferências de orçamento realizadas entre a direção do orçamento e os ministérios gestores, reuniões entre cada um dos ministros e o ministro responsável pelo orçamento permitem identificar pontos de concordância; as questões não acordadas são arbitradas ao nível do primeiro-ministro. O conjunto dos tetos plurianuais de crédito e de emprego assim decidido para o período reflete-se finalmente nas cartas de tetos, enviadas em meados de julho a cada ministro.

²³ No sistema bicameral do Parlamento (Parlement français), a câmara alta é o Sénat, que partilha o Poder Legislativo com a Assemblée nationale. Ambos desempenham papéis equivalentes aos do Senado e da Câmara dos Deputados no Congresso Nacional.

Para o primeiro ano, os limites máximos de despesas fixados para as missões e a reparação das dotações por programa são os previstos na lei de finanças inicial para o exercício em questão e, por conseguinte, são definitivos (France, [2021]). Para o segundo ano, os limites máximos das despesas para a missão não são passíveis de revisão, mas podem ser revistos em casos excepcionais; contudo, a distribuição dos créditos entre os programas de uma missão, prevista durante a preparação do orçamento trienal, só pode ser revista de acordo com o limite máximo da missão (France, [2021]). Para o último ano, os créditos por missão podem estar sujeitos a ajustes adicionais; portanto, esse terceiro ano “revisado” de programação está na origem do orçamento plurianual que cobrirá os três anos seguintes (France, [2021]).

Todavia, segundo Wasserman (2016, p. 85-88), quando comparada às normas propriamente de finanças, a LPPF é um documento de estatura jurídica frágil, pois não pode limitar os poderes do Executivo ou do Parlamento no processo de elaboração e aprovação do orçamento público anual – entendimento corroborado pelo Conseil constitutionnel²⁴ em decisão de 13/12/2012 sobre a LOLF:

Considerando que as orientações plurianuais assim definidas pela lei de programação das finanças públicas não têm por efeito prejudicar a liberdade de apreciação e adaptação do Governo, conforme o artigo 20 da Constituição na determinação e condução da política da Nação; que elas não têm por efeito atentar contra as prerrogativas do Parlamento durante o exame e votação de projetos de lei de finanças e projetos de lei de financiamento da previdência social ou qualquer outro projeto ou lei (France, 2022a, tradução nossa).

Ao mesmo tempo, a LPPF tem enorme relevância no quadro de normas referentes ao processo orçamentário: é um texto que, além de depender de aprovação pela Assemblée nationale, informa à União Europeia sobre os compromissos financeiros de médio prazo assumidos pelo governo francês.

O atual *status* da LPPF entre as normas de finanças públicas francesas é resultado do *Tratado sobre estabilidade, coordenação e governança* (ou *Pacto fiscal europeu*) – pelo qual os membros da União Europeia se comprometeram a adotar um conjunto de regras visando à disciplina fiscal, à coordenação das políticas econômicas e à melhoria da governança na Zona do Euro. Ao incorporar o tratado a seu ordenamento jurídico em 2012, a França aprovou uma nova lei de governança orçamentária, a *Loi organique relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques*²⁵ (LOPGFP), que, entre outras medidas, elevou o equilíbrio estrutural das contas públicas a um dos objetivos perseguidos pela Administração Pública.

²⁴ O Conseil constitutionnel (Conselho Constitucional) tem características peculiares que não o tornam um exato correspondente do Supremo Tribunal Federal ou da Suprema Corte norte-americana.

²⁵ *Lei orgânica relativa à programação e à governança das finanças públicas*.

A LOPGFP imprimiu algumas inovações no processo orçamentário (France, [2022b]). Confiou à LPFP a missão de definir as orientações gerais das finanças públicas e de efetivar a “regra de ouro” introduzida pelo *Pacto fiscal europeu*, por meio da qual se institui um objetivo para o déficit estrutural (ou seja, o saldo efetivo corrigido por variações conjunturais e por medidas temporárias), que não pode ultrapassar 0,5% do PIB.

Em segundo lugar, ela criou o Haut Conseil des finances publiques (HCFP)²⁶, órgão independente e com estrutura paritária, composto por um presidente e outros dez membros: o diretor do Insee²⁷, quatro magistrados da Chambre des comptes²⁸ e outros quatro membros indicados pelos presidentes da Assemblée nationale e do Sénat, pelos presidentes das comissões de finanças de cada casa parlamentar e pelo presidente do Conseil économique, social et environnemental²⁹. A cada 30 meses, o HCFP deve renovar metade dos seus membros, à exceção do presidente da Chambre des comptes e do diretor do Insee (France, [2022b]).

O HCFP assumiu as competências de: i) acompanhar e avaliar as previsões macroeconômicas apresentadas pelo governo que justificam sua condução do orçamento público; ii) supervisionar a adequação das contas públicas aos compromissos assumidos perante a União Europeia; e iii) requisitar ao Executivo toda espécie de informação referente à condução das finanças públicas, às estatísticas públicas e às previsões econômicas (France, [2022b]).

Uma das últimas inovações da LOPGFP foi a instituição de um mecanismo de correção de desvios significativos entre a execução orçamentária do ano corrente e a trajetória da dívida pública prevista na *Loi de règlement du budget* (LPFP)³⁰. Nessa eventualidade, ficou a cargo do Executivo apresentar justificativas para a existência do desvio e propor medidas de correção tanto no curso dos debates sobre a LPFP quanto durante a elaboração do projeto orçamentário do ano seguinte. Qualquer que seja o caso, as ações tomadas pelo Executivo devem ser capazes de ajustar a trajetória da dívida estrutural em no máximo dois anos, a contar da verificação do desvio na trajetória da dívida pública. Porém, em circunstâncias excepcionais que justifiquem o desvio verificado, tal como uma recessão econômica severa, as medidas de correção podem ser momentaneamente afastadas.

Em síntese: por força dessas normas, a LPFP passou a cumprir a função de texto de orientação sobre o estado das finanças públicas e sobre a trajetória dos saldos efetivo e estrutural – isto é, o saldo efetivo corrigido por variações conjunturais e por medidas pontuais e temporárias –, conforme dispõe o regulamento europeu.

²⁶ Conselho Superior de Finanças Públicas.

²⁷ O Institut national de la statistique et des études économiques (Instituto Nacional de Estatística e Estudos Econômicos), mais conhecido como Insee, tem atribuições similares às do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

²⁸ Tribunal de Contas.

²⁹ Conselho Econômico, Social e Ambiental.

³⁰ *Lei de programação das finanças públicas*.

5.3 EUA

O orçamento público norte-americano também é de vigência anual, mas o exercício financeiro inicia-se em outubro e encerra-se em setembro do ano seguinte.

Embora não haja um arcabouço típico de QDMP no país, ao menos seu orçamento federal é acompanhado de estimativas plurianuais para um horizonte de 10 anos, apresentadas como informações suplementares ao orçamento anual. O orçamento para o ano fiscal de 2022, por exemplo, foi acompanhado de projeções (United States, 2022) até 2031.

Esse esforço de antever além de um ano ocorre já durante a elaboração dos orçamentos no Poder Legislativo, quando os *budget committees* (comitês de orçamento) das duas casas do Congresso³¹ elaboram uma *budget resolution* (resolução orçamentária) para definir os grandes números do orçamento a ser aprovado, por agregados fiscais de receitas e despesas, desdobradas por área setorial. A *budget resolution* abrange tanto o exercício financeiro ao qual o orçamento se refere quanto os quatro exercícios seguintes. Na prática mais recente, porém, esse horizonte foi alargado para cobrir o período de 10 anos (Saturno, 2023).

Constata-se, pois, que nos EUA há mecanismos de gestão fiscal plurianual, articulados com o processo orçamentário federal, mas não existe um marco legal definido para esse fim; a *budget resolution* não tem *status* legal, pois é apenas uma norma congressual de efeitos internos para direcionar o processo legislativo orçamentário.

5.4 Brasil

O processo orçamentário brasileiro não é dotado de uma estrutura típica de QDMP (Spilimbergo; Srinivasan, 2018; Fortis; Gasparini, 2020; Maciel; Araújo, 2021; Tollini, 2020), mas o arcabouço jurídico nacional contém vetores de plurianualidade.

O primeiro deles está na própria CRFB (Brasil, [2023a], art. 165, § 1º), que atribui ao PPA – instrumento de médio prazo – a missão de definir diretrizes, objetivos e metas para despesas de capital e programas de duração continuada. Desse modo, o PPA apresenta-se como candidato natural ao papel de QDMP (Bittencourt, 2018); na prática, porém, isso nunca aconteceu tampouco se criou uma cultura fiscal em torno dele.

Isso se explica em parte pela presença de um segundo vetor de plurianualidade, traçado pela Lei Complementar nº 101/2000 (*Lei de responsabilidade fiscal (LRF)*), que definiu a *Lei de diretrizes orçamentárias (LDO)* como lócus de decisão sobre metas fiscais plurianuais. Conforme o art. 4º, § 1º, da LRF, o projeto de LDO deve ser acompanhado de um *Anexo de metas fiscais*, em que se estabelecem metas anuais “relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes” (Brasil, [2023b]). Assim, a integração mais direta entre o planejamento

³¹ Como no Brasil, o Congresso norte-americano (United States Congress) é bicameral: a House of Representatives e o Senate correspondem, respectivamente, à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

fiscal de médio prazo e o processo orçamentário realiza-se entre a LDO e a *Lei orçamentária anual* (LOA); contudo, mesmo nesse caso, a integração ocorre apenas superficialmente, como salienta Tollini (2020, p. 7-14):

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) instituiu que um Anexo de Metas Fiscais deve constar anualmente tanto no projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) quanto na LDO aprovada. Entretanto, os diversos governos federais que se sucederam desde 2000 nunca se preocuparam em elaborar de forma pertinente os cenários fiscais que constam desse Anexo. Além do horizonte temporal curto, de apenas dois exercícios financeiros subsequentes ao exercício a que a lei se refere, a tabela fiscal costumava ser apresentada em apenas cinco linhas (totais das receitas e das despesas, juros e resultados primário e nominal. [...])

Dispondo-se apenas de um cenário fiscal precário, não há no Brasil uma discussão do impacto no médio prazo das políticas públicas existentes, nem de como elas consomem espaço fiscal disponível para os anos subsequentes.

Segundo o autor, para a LDO de fato apresentar uma estrutura de QDMP, seria necessário

transformar o Anexo de Metas Fiscais da LDO em um CFMP [Cenário Fiscal de Médio Prazo] efetivo. Para tanto, o horizonte temporal da tabela fiscal teria de ser alongado, com a inclusão de mais um ou dois exercícios financeiros. Adicionalmente, teria que ser apresentada a fundamentação subjacente ao cenário fiscal, assegurando a consistência macroeconômica das projeções de médio prazo [...]. Ademais, as estimativas de evolução dos principais agregados das receitas e das despesas primárias devem ser fidedignas e capazes de distinguir o impacto futuro das atuais políticas públicas (*baseline*), de forma a identificar o espaço fiscal disponível para novas iniciativas de gastos (Tollini, 2020, p. 7-8).

Algumas modificações constitucionais mais recentes parecem dialogar com essa proposta do autor. Foi o que ocorreu, em especial, com a promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº 102/2019, ao incluir o § 12 no art. 165 da CRFB, que criou um anexo da LDO com delineamentos semelhantes aos do QDMP:

Art. 165 [...]

§ 12. Integrará a lei de diretrizes orçamentárias, para o exercício a que se refere e, pelo menos, para os 2 (dois) exercícios subsequentes, anexo com previsão de agregados fiscais e a proporção dos recursos para investimentos que serão alocados na lei orçamentária anual para a continuidade daqueles em andamento (Brasil, [2023a]).

A EC nº 102/2019 também incluiu o § 14 no art. 165 da CRFB: “A lei orçamentária anual poderá conter previsões de despesas para exercícios seguintes, com a especificação dos investimentos plurianuais e daqueles em andamento” (Brasil, [2023a]).

6 Potenciais benefícios da adoção do QDMP pelo Brasil

O processo de formulação de planos e orçamentos calcado no QDMP compreende duas dimensões cujo fortalecimento é oportuno no contexto brasileiro: (i) o estabelecimento de limites fiscais críveis, resilientes e compatíveis com a diretriz constitucional de assegurar uma trajetória sustentável para a dívida pública (Brasil, 2021); e (ii) a alocação dos recursos disponíveis, observadas as prioridades estratégicas nacionais.

No primeiro aspecto, calha revigorar na esfera federal a credibilidade e a força normativa das regras fiscais, que experimentaram um gradual processo de falência ao longo dos anos, em decorrência de inúmeras flexibilizações, dispensas e interpretações casuístas, que esvaziaram o cerne das normas (Greggianin; Almeida; Moura; Volpe; Kronenberger, 2023). Assim, o estabelecimento de limites de despesa adotados *top-down* – com base em projeções fiscais e macroeconômicas sólidas e de longo prazo, como preceitua o QDMP – contribui para dotar de maior realismo o processo orçamentário; disso resulta maior clareza sobre os efeitos da política fiscal no equilíbrio intertemporal das contas públicas. Nesse particular, projeções fiscais de longo prazo já contribuem para qualificar a orçamentação na Alemanha e nos EUA, de modo que o Brasil também se pode beneficiar dessa prática.

Com relação à priorização alocativa, sobretudo num contexto de ajuste fiscal, é decisiva a busca da máxima efetividade no uso dos recursos públicos, de cujo processo o QDMP participa como catalisador ao incentivar a identificação de políticas prioritárias, de acordo com o direcionamento estratégico definido para o País. De fato, o QDMP viabiliza o estabelecimento de tetos setoriais para a despesa condizentes com o planejamento estratégico e contribui para o processo de priorização do gasto público (Almeida; Bijos, 2020). Aqui, o orçamento plurianual da França é caso paradigmático: a internalização do mecanismo por ela implantado tem potencial para qualificar a prática orçamentária brasileira.

7 Conclusão

Integrante da política fiscal e do processo orçamentário num horizonte plurianual, o QDMP confere maior previsibilidade aos recursos disponíveis para projetos de duração plurianual e aprimora a destinação do gasto público. Em que medida esse instrumento poderia qualificar a prática orçamentária, fortemente condicionada pela lógica de curto prazo?

Esta pesquisa buscou referência em três países (Alemanha, França e EUA) – selecionados por serem influentes no desenho jurídico ou por guardarem semelhança com o contexto

brasileiro –, para investigar como o QDMP se insere no processo orçamentário de cada um deles e quais práticas se revelam potencialmente benéficas se adaptadas à realidade brasileira.

Revelou-se que, em maior ou menor grau, naqueles países se adotam práticas condizentes com os princípios norteadores do QDMP: a Alemanha prioriza revisões periódicas de gastos (*spending reviews*), os EUA incorporam estimativas plurianuais de longo prazo ao orçamento anual e, desde 2008, a França conta com leis de programação de finanças públicas (LPFP) que definem as orientações plurianuais para o orçamento público.

Embora o ordenamento jurídico brasileiro contenha vetores de plurianualidade, não se pode afirmar que o orçamento seja dotado de uma estrutura típica de QDMP. Por isso, entende-se que a sua internalização no processo orçamentário poderia contribuir para o desenho e a condução de uma política fiscal sustentável e balizar a alocação dos recursos disponíveis segundo prioridades estratégicas. Tais dividendos colhidos com a implantação do QDMP afastariam a miopia que caracteriza a orçamentação nacional.

A busca da máxima efetividade na aplicação dos recursos públicos deve figurar como diretriz permanente da Administração Pública. Este estudo contribui para o debate ao indicar que o QDMP pode ser um instrumento útil, sobretudo quando as despesas públicas experimentam forte restrição resultante da necessidade de ajuste fiscal.

Referências

ALMEIDA, Dayson Pereira Bezerra de; BIJOS, Paulo Roberto Simão. Planejamento e orçamento no Brasil: propostas de inovação. In: SALTO, Felipe Scudeler; PELLEGRINI, Josué Alfredo (org.). *Contas públicas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 393-413. (Série IDP. Linha Administração e Políticas Públicas).

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho. PPA, orçamento e planejamento, segundo ato: lições aprendidas e proposta de uma rota adiante. In: SILVA, Rafael Silveira e (org.). *30 anos da Constituição: evolução, desafios e perspectivas para o futuro*. Brasília, DF: Senado Federal, 2018. v. 3, p. 365-403. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/553745>. Acesso em: 11 jan. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Raio-X [do] orçamento 2021*: autógrafo. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira, 15 abr. 2021. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/raio-x-do-orcamento/raio-x-2021/raio-x-do-orcamento-2021-autografo-v-15-04-2021>. Acesso em: 11 jan. 2024.

_____. [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/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 11 jan. 2024.

_____. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 11 jan. 2024.

DEUTSCHLAND. Bundesministerium der Finanzen. *Das System der öffentlichen Haushalte*. Berlin: Bundesministerium der Finanzen, Aug. 2015a. Disponível em: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Oeffentliche-Finanzen/Haushaltsrecht-und-Haushaltssystematik/das-system-der-oeffentlichen-haushalte.pdf?__blob=publicationFile&v=7. Acesso em: 11 jan. 2024.

_____. Bundesministerium der Finanzen. *Spending Reviews im Bundeshaushalt*. [Berlin]: Bundesministerium der Finanzen, 2023. Disponível em: https://www.bundesfinanzministerium.de/Web/DE/Themen/Oeffentliche_Finanzen/Bundeshaushalt/Spending_Reviews/spending-reviews_2017.html. Acesso em: 11 jan. 2024.

_____. *Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätzegesetz – HGrG)*. [Berlin]: Bundesministerium der Justiz, Bundesamt für Justiz, [2017]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/hgrg/BJNR012730969.html>. Acesso em: 11 jan. 2024.

_____. *Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft*. [Berlin]: Bundesministerium der Justiz, Bundesamt für Justiz, [2015b]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stabg/BJNR005820967.html>. Acesso em: 11 jan. 2024.

FORTIS, Martin; GASPARINI, Carlos Eduardo. Plurianualidade: marcos de gasto de médio prazo. In: GIMENE, Márcio (org.). *Planejamento, orçamento e sustentabilidade fiscal*. Brasília, DF: Assecor, 2020. p. 118-157. Disponível em: <https://gimene.com.br/livro-planejamento-orcamento-e-sustentabilidade-fiscal-2020/>. Acesso em: 21 maio 2024.

FRANCE. Assemblée Nationale. *Fiche n° 53: l'examen parlementaire des lois de finances*. Paris: Assemblée Nationale, sept. 2022a. Disponível em: <https://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/role-et-pouvoirs-de-l-assemblee-nationale/les-fonctions-de-l-assemblee-nationale/les-fonctions-legislatives/l-examen-parlementaire-des-lois-de-finances>. Acesso em: 11 jan. 2024.

_____. [Constitution (1958)]. *Constitution du 4 octobre 1958*. Paris: Légifrance, [2009]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/>. Acesso em: 11 jan. 2024.

_____. *La plateforme des finances publiques, du budget de l'État et de la performance publique*. Paris: Ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté Industrielle et Numérique, [2021]. Disponível em: <https://www.budget.gouv.fr/documentation/performance-publique>. Acesso em: 11 jan. 2024.

_____. *Loi organique n° 2012-1403 du 17 décembre 2012*. Relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques. Paris: Légifrance, [2022b]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000026785259>. Acesso em: 11 jan. 2024.

GREGGIANIN, Eugênio (coord.); ALMEIDA, Dayson Pereira Bezerra de; MOURA, Márcia R.; VOLPE, Ricardo A.; KRONENBERGER, Arthur. Regras e mecanismos de controle fiscal: análise comparativa das normas fiscais vigentes no país. *Câmara dos Deputados: estudo técnico*, Brasília, DF, n. 3, p. 1-45, 24 mar. 2023. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2023/EstudosobreregrasfiscaisnaUniao24mar2023.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2024.

LEIBINGER, Bodo; MÜLLER, Reinhard; ZÜLL, Bernd. *Öffentliche Finanzwirtschaft*. 15. Aufl. Heidelberg: R. v. Decker, 2021.

MACIEL, Pedro Jucá; ARAÚJO, Rafael Cavalcanti. Regras fiscais no Brasil: proposta de harmonização do arcabouço fiscal de médio prazo. In: GIAMBIAGI, Fabio (org.). *O futuro do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2021. p. 15-28.

OECD. *Budgeting and public expenditures in OECD countries 2019*. Paris: OECD Publishing, 2019a. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/deliver/9789264307957-en.pdf?itemId=/content/publication/9789264307957-en&mimeType=pdf>. Acesso em: 11 jan. 2024.

_____. *OECD good practices for performance budgeting*. Paris: OECD Publishing, 2019b. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/deliver/c90b0305-en.pdf?itemId=/content/publication/c90b0305-en&mimeType=pdf>. Acesso em: 11 jan. 2024.

PARES, Ariel; VALLE, Beatrice. A retomada do planejamento governamental no Brasil e seus desafios. In: GIACOMONI, James; PAGNUSSAT, José Luiz (org.). *Planejamento e orçamento governamental*. Brasília, DF: ENAP, 2006. v. 1, p. 229-270. Disponível em: <https://repositorio.ena.gov.br/handle/1/808>. Acesso em: 11 jan. 2024.

SATURNO, James V. *A brief overview of the congressional budget process*. [Washington, DC]: Congressional Research Service, Jan. 10, 2023. Disponível em: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46468>. Acesso em: 11 jan. 2024.

SPIILIMBERGO, Antonio; SRINIVASAN, Krishna (ed.). *Brazil: boom, bust, and the road to recovery*. Washington, DC: International Monetary Fund, 2018. Disponível em: <https://www.elibrary.imf.org/display/book/9781484339749/9781484339749.xml>. Acesso em: 11 jan. 2024.

TAPPE, Henning; WERNSMANN, Rainer. *Öffentliches Finanzrecht*. 2. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 2019.

TOLLINI, Hélio M. Deslocando o foco orçamentário do curto para o médio prazo. In: GIAMBIAGI, Fabio; FERREIRA, Sergio Guimarães; AMBRÓZIO, Antônio Marcos Hoelz (org.). *Reforma do Estado brasileiro: transformando a atuação do governo*. São Paulo: Atlas, 2020.

UNITED STATES. Office of Management and Budget. *Budget of the U.S. government: fiscal year 2022*. Washington, DC: White House, Office of Management and Budget, 2022. Disponível em: https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/05/budget_fy22.pdf. Acesso em: 11 jan. 2024.

WASERMAN, Franck. *Les finances publiques*. 8e éd. Paris: La Documentation Française, 2016. (Découverte de la Vie Publique).

WORLD BANK. *Beyond the annual budget: global experience with Medium-Term Expenditure Frameworks*. Washington, DC: World Bank, 2013. (Directions in Development. Public Sector Governance). Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/354601468330959258/pdf/Beyond-the-annual-budget-global-experience-with-medium-term-expenditure-frameworks.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2024.

Financiamento

Trabalho financiado pela Rede de Pesquisa e Conhecimento Aplicado (RPCAP) da Fundação Getúlio Vargas.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a 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 financiamento do devedor em recuperação judicial após a reforma da Lei nº 11.101/2005

Financing the debtor undergoing judicial recovery following reform of the Law no. 11.101/2005

Marcia Carla Pereira Ribeiro¹

João Paulo Atilio Godri²

Pedro Ivo Lins Moreira³

Resumo

A reforma do sistema de insolvência empresarial brasileiro pela Lei nº 14.112/2020 é indicativa da constante preocupação com os impactos da crise da empresa no mercado, na economia e na sociedade. Ela afeta não somente o devedor e seus sócios mas também seus colaboradores, consumidores, fornecedores e outros agentes de mercado, com importantes externalidades. Por outro lado, a experiência demonstra que a efetividade do regime recuperacional, no Brasil ou em qualquer país, requer o acesso ao crédito de modo célere e ao menor custo possível. Nesse cenário, o presente artigo objetiva apresentar reflexões sobre o papel do mecanismo do *DIP financing* (financiamento do DIP), modalidade inserida no ordenamento jurídico por aquela reforma legislativa. Com base nos ferramentais da Análise Econômica do Direito, utiliza-se do método dedutivo e de pesquisa bibliográfica e documental para compreender o novo instituto de financiamento do devedor em recuperação; e conclui que, a despeito das várias críticas (muitas delas acertadas), é preciso reconhecer que a inclusão do financiamento do DIP na Lei nº 11.101/2005, além de importante avanço no

¹ Marcia Carla Pereira Ribeiro é doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; pós-doutora pela Fundação Getulio Vargas, São Paulo, SP, Brasil, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal, e pela Universidade Paris I – Sorbonne, Paris, França; professora de Direito Empresarial e Análise Econômica do Direito dos programas de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; professora de Direito Empresarial e Análise Econômica do Direito da UFPR, Curitiba, PR, Brasil; advogada. E-mail: marcia.ribeiro@pucpr.br

² João Paulo Atilio Godri é mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), Curitiba, PR, Brasil; doutorando em Direito Econômico e Desenvolvimento na PUC-PR, Curitiba, PR, Brasil; professor de Direito Empresarial do programa de graduação da Faculdade Inspirar, Curitiba, PR, Brasil; professor do programa de pós-graduação *laoto sensu* da PUC-PR, Curitiba, PR, Brasil; vogal titular da Junta Comercial do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; advogado. E-mail: joaopaulo@nga.adv.br

³ Pedro Ivo Lins Moreira é mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná, Curitiba, PR, Brasil. E-mail: ivolinsmoreira@hotmail.com

sistema judicial de insolvência empresarial, abre caminho tanto para o aporte de novos negócios quanto para debates teóricos.

Palavras-chave: financiamento DIP; recuperação judicial; Lei nº 11.101/2005; *United States Code*; Análise Econômica do Direito.

Abstract

The reform of the Brazilian bankruptcy system, by Law no. 14.112/2020, is an indicative of the constant concern with the impacts of the company's crisis on the market, economy and society. The business crisis affects not only the debtor and its partners, but also its employees, consumers, suppliers and other market agents, with important externalities. On the other hand, experience shows that the effectiveness of the recovery regime, whether in Brazil or in any other country, involves access to credit quickly and at the lowest possible cost. In this scenario, this article aims to present to the debate some reflections on the role of the DIP financing mechanism, inserted in the legal system by that legislative reform. Based on the tools of the Economic Analysis of Law, the deductive method, bibliographic and documentary research are used in way to understand the new financing institute of the debtor in crisis; and to conclude that, despite the varied criticisms (many of them correct), it is necessary to recognize that the inclusion of DIP financing in Law no. 11.101/2005 constitutes an important advance in Brazilian bankruptcy system, opening the way both for the contribution of new businesses and theoretical debates.

Keywords: DIP financing; bankruptcy; Law no. 11.101/2005; U. S. Code; Economic Analysis of Law.

Recebido em 30/8/23

Aprovado em 5/2/23

Como citar este artigo: ABNT⁴ e APA⁵

4 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GODRI, João Paulo Atilio; MOREIRA, Pedro Ivo Lins. O financiamento do devedor em recuperação judicial após a reforma da Lei nº 11.101/2005. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 242, p. 159-177, abr./jun. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p159

5 Ribeiro, M. C. P., Godri, J. P. A., & Moreira, P. I. L. (2024). O financiamento do devedor em recuperação judicial após a reforma da Lei nº 11.101/2005. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(242), 159-177. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p159

1 Introdução

A crise da empresa gera impactos significativos, seja no âmbito da elaboração doutrinária, seja no mundo dos fatos. Neste último, são relevantes os seus efeitos tanto em relação aos agentes diretamente vinculados ao exercício da atividade profissional afetada quanto em relação ao universo de outros sujeitos atingidos pela redução ou irregularidade da atividade econômica – as chamadas *partes interessadas*.

Optar pela intervenção estatal para tentar minimizar tais impactos insere-se numa linha de debate que permite aliar conhecimentos jurídicos (conteúdo e efetividade das normas), econômicos (eficiência das opções normativas) e comportamentais (mensagem e incentivos que o sistema legal transmite ao mercado em termos de previsibilidade de condutas).

A experiência demonstra que as empresas com potencialidade de recuperação, no Brasil ou em qualquer país, só retomarão efetivamente a regularidade, se estiverem passando por uma crise de liquidez que possa ser superada por novas estratégias de capitalização que incluam o acesso não só a novos investidores mas também a novos financiamentos. A par dessa percepção e das principais diretrizes internacionais acerca do tema, a reforma da Lei nº 11.101/2005 pela Lei nº 14.112/2021 introduziu, no sistema de insolvência empresarial brasileiro, o financiamento do devedor em recuperação judicial – *DIP financing*, no jargão do Direito norte-americano ou *financiamento DIP* na perspectiva brasileira.

O objetivo geral do artigo é propor algumas reflexões para o debate sobre o papel do mecanismo do *DIP financing*. Os objetivos específicos são a compreensão de seu conteúdo, as condições de reconhecimento pela lei nacional e o modelo norte-americano para, mediante a utilização do método dedutivo, de pesquisa bibliográfica e documental, apresentar conclusões sobre a potencialidade de produção de externalidades no âmbito do processo recuperacional.

2 Uma nova oportunidade para a empresa em dificuldade

As crises com potencial de atingir a atividade empresarial podem ser de natureza econômica, financeira ou patrimonial (Coelho, 2014, p. 56-57). A crise econômica associa-se à diminuição significativa dos negócios da empresa, o que afeta seu faturamento – na medida em que não seja possível incorporar as perdas ao preço de seus produtos ou serviços – e potencialmente atinge também outros agentes econômicos, como distribuidores e fornecedores de matéria-prima.

A crise de natureza financeira, de feição mais tópica, associa-se a dificuldades de liquidez decorrentes ou da redução na oferta de crédito ou de investimentos em melhorias no negócio que acabam por onerar as receitas da empresa, mas relacionam-se à pretensão de retorno após determinado prazo. Pode também originar-se, como lembra Coelho (2014, p. 57), de variações cambiais ou da inadimplência na cadeia da produção até a venda do

produto ou serviço. Normalmente a crise financeira impactará a pontualidade do empresário no cumprimento das obrigações.

Por fim, a crise patrimonial configura-se quando os ativos da empresa são insuficientes para o pagamento de seus passivos, o que conduz a um quadro de insolvência, a qual não está necessariamente ligada a um caminho de quebra da empresa, pois pode relacionar-se a investimentos que ainda não geraram retorno em virtude de sua natureza ou do ciclo da atividade econômica.

Em qualquer caso, quando uma empresa opta pelo pedido de recuperação judicial será essencial que o plano de recuperação contemple alguma modalidade de ingresso de recursos novos. Nesse sentido, especialistas e organizações internacionais reconhecem a importância de garantir recursos para que devedores com crise de caixa e liquidez consigam preservar seus negócios e manter a atividade em marcha durante o processo de gerenciamento da crise⁶.

As ferramentas de obtenção de crédito disponíveis no mercado podem ser viabilizadas tanto por uma estratégia de desinvestimento (venda de ativos imobilizados e investimentos, por exemplo) quanto pela contração de novas dívidas de longo prazo, de forma que o devedor obtenha caixa e consiga cumprir suas obrigações de curto prazo. Independentemente da modalidade escolhida pelo devedor, o ingresso de dinheiro novo no caixa da empresa é essencial ao enfrentamento da crise, especialmente nos casos em que ela acarreta a diminuição drástica do valor presente líquido, que pode gerar uma quebra de faturamento, caixa e liquidez que inviabilize a continuidade do negócio.

Para que o financiamento seja uma medida segura e viável ao financiador interessado, é necessário um conjunto de regras que normatizem essas operações e ferramentas e assegurem que a concessão de crédito tenha prioridade sobre as dívidas anteriormente contraídas pelo devedor. Conforme se analisará, o *DIP financing* é uma modalidade de financiamento introduzida pela reforma implantada pela Lei nº 14.112/2020, que modificou a Lei nº 11.101/2005. Ela busca contemplar esses pressupostos e incentivar a concessão de crédito às empresas em dificuldade.

3 O *DIP financing*

Não raro a fonte de dinheiro novo são financiamentos operados no curso do processo de insolvência. A mais conhecida dessas modalidades é o *debtor in possession financing* (*DIP financing*), instituído pelo § 364(e) do título 11 do *United States Code* (USC) (United States, [202-]); por meio dele, o devedor em processo de reorganização continua à frente

⁶ É o que se depreende do guia de insolvência das Nações Unidas (Naciones Unidas, 2006, p. 136-143), dos princípios de insolvência e do direito dos credores do Banco Mundial (2001, p. 56), da literatura estrangeira (Westbrook, 2010, p. 143-146) e da literatura nacional (Pinheiro; Saddi, 2005).

do negócio e com poderes para obter financiamento para auxiliá-lo na superação da crise (Triantis, 1993).

O § 364 do USC (United States, [202-]) estabelece que os credores que proverem recursos na condição de *DIP financing* poderão ter tratamento diferenciado no recebimento do crédito e obter: (a) prioridade de pagamento à frente de todos os outros créditos (*super-priority*); (b) garantias seniores sobre ativos até então não onerados; e (c) garantias seniores sobre ativos já onerados a outros credores, desde que se prove judicialmente que tais credores garantidos permanecem adequadamente garantidos e que o devedor ateste não haver melhores condições sem a subordinação de credores já garantidos. Além disso, há uma hierarquia para se conseguir o financiamento: cabe ao devedor buscar primeiramente financiamentos sem garantia e subsidiariamente acrescentar ativos em garantia, caso se constate a inexistência de garantia menos onerosa.

No caso brasileiro, a lei aplicável às empresas em dificuldade, notadamente a Lei nº 11.101/2005 (Brasil, [2020a]), também considera a alternativa preferencial de manutenção do empresário à frente do negócio durante o trâmite da recuperação, já que, em princípio, o regime é concebido para negócios recuperáveis, cuja crise não decorra de uma situação crônica de má-gestão ou de desinteresse no mercado pela defasagem do produto ou serviço em relação a outras ofertas intercambiantes. Caso contrário, o ingresso de novos recursos não estará na base do sucesso ou do fracasso e acarretará apenas o adiamento da incidência do regime falimentar e o aumento do passivo. Tal dinâmica é contemplada nos princípios informadores do sistema de insolvência inaugurado pela Lei nº 11.101/2005: a) o princípio da recuperação das empresas e dos empresários recuperáveis e b) o princípio da retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis, nos termos do Parecer nº 534/2004, de autoria do então senador Ramez Tebet (Brasil, 2005).

Sob a denominação *Financiamento do devedor e do grupo devedor durante a recuperação judicial*, o *DIP financing* foi introduzido no ordenamento brasileiro pela Lei nº 14.112/2020 (Brasil, 2020b), com a inserção dos arts. 69-A a 69-F. No decorrer da recuperação, os financiamentos dessa modalidade – já denominados *financiamentos DIP* no mercado brasileiro (Dias, 2022, p. 167) – envolvem o estabelecimento de garantias para o credor, as quais poderão incidir sobre bens que não integrem o ativo circulante da empresa ou ser apresentadas por qualquer interessado. Elas serão sempre enquadráveis na categoria dos créditos extraconcursais no caso de convolação ou decretação de falência do devedor empresário.

É nítida a intenção do legislador de tornar mais atraente a opção para financiadores que possam interessar-se pelos juros que serão praticados pelo mercado para investimentos em empresas em recuperação, ao mesmo tempo em que se sentem, até certo ponto, numa situação privilegiada em relação a outros credores na hipótese de falência. Não por outro motivo, um dos regentes da reforma encampada pela Lei nº 14.112/2020 foi o princípio do fomento ao crédito, cujo pano de fundo é a necessidade de melhorar o ambiente de crédito, de ampliar a oferta e de reduzir seu custo para o tomador final (Leal; Falcão, 2021, p. 8-9).

Em sua redação original, a lei já previa no art. 67 a natureza extraconcursal dos mútuos instituídos durante a recuperação, porém muito timidamente, a ponto de se debater se eram incentivos efetivos ou meros mecanismos de proteção verificáveis apenas numa eventual decretação de falência (Dias, 2022, p. 125-126). A reforma legislativa veio a declarar expressamente a possibilidade de oferecimento de garantias (próprias da empresa, de seu grupo ou de outros interessados) em opções de financiamento que necessariamente passarão pelo crivo do comitê de credores.

Observe-se que tão somente os contratos de financiamento garantidos pela alienação ou oneração de bens ou direitos do ativo não circulante se submetem à nova seção da Lei nº 11.101/2005 (Brasil, [2020a], art. 69-A). Dessa forma, a autorização judicial refere-se não propriamente à celebração do contrato de financiamento do devedor, mas à outorga, em garantia, desses bens ou direitos envolvidos (Satiro; Dias, 2021, p. 75).

Logo, nos termos do art. 69-A da Lei nº 11.101/2005, os contratos de financiamento são aqueles que instrumentalizam operações de crédito entre devedor e credor, autorizados pelo juízo recuperacional e que visem salvaguardar as atividades e as despesas de sua reestruturação ou de preservação do valor dos ativos, mediante a outorga de garantia real ou fiduciária⁷ sobre bens integrantes do ativo não circulante. O contrato de financiamento é conceituado com base em seu acessório, isto é, na natureza da garantia: se pertencente ou não ao ativo circulante do devedor, de modo que o financiamento DIP se opera em função da garantia (Pereira, 2021, p. 483).

Como qualquer operação de concessão de crédito, o financiamento DIP envolve custos diretos e indiretos tanto para os agentes envolvidos (credores e devedor) quanto para o mercado. Além disso, é natural que um instituto de inspiração estadunidense acarrete a transposição de elementos de uma realidade que não corresponde necessariamente à do Brasil, com possíveis impactos na efetividade da norma – ou seja, os efeitos das regras não escritas (cultura) sobre as regras escritas (lei) (North, 2018). Isso porque, na prática, tomando em conta o *spread* bancário brasileiro, o requerimento de um financiamento DIP por uma empresa em crise apresentará risco máximo à instituição financeira, de acordo com as resoluções bancárias vigentes em âmbito nacional, ainda não adaptadas a essa nova modalidade de financiamento (Waisberg; Queiroz, 2021).

Nesse cenário, constata-se que a análise desses custos e demais (des)incentivos pelos agentes pode influenciar diretamente o sucesso ou o insucesso da operação de financiamento e, conseqüentemente, da própria reestruturação da empresa em dificuldades, conforme se analisará a seguir.

⁷ O texto legal padece de certa redundância, pois a *alienação fiduciária* é espécie do gênero *oneração*. No mesmo sentido, ver Scalzilli, Spinelli e Tellechea (2023, p. 743).

4 Custos de transação e escolhas

Partindo do pressuposto de que os custos de transação determinam as escolhas no processo de troca entre agentes econômicos (Pessali, 2022, p. 96), em tese arranjos normativos podem implicar sua redução e, por consequência, viabilizar operações antes inviáveis em decorrência dos custos proibitivos. Essa é uma das linhas de pensamento que permeia a Nova Economia Institucional (Ribeiro; Agostinho, 2022, p. 140) e pode ser aplicada à análise da racionalidade econômica envolvida nas operações de *DIP financing*.

O contexto institucional caracterizado por procedimentos ou decisões que tendam à proteção do devedor, como o próprio tempo despendido no trâmite da demanda, pode transcorrer em favor daquele que deve restringir a oferta de crédito ou encarecê-la – o que era para ser um benefício para o devedor passa a ser, sob o ponto de vista financeiro, interessante ao credor, que cobrará a mais para dispor de capital. Outro determinante da opção pela realização do negócio é o volume e a qualidade de informações que possam auxiliar na tomada de decisão.

Numa operação de financiamento realizada fora do âmbito de uma recuperação judicial, o prestador de capital, a depender do montante que será negociado, procurará ter acesso ao máximo possível de informações sobre o beneficiário do empréstimo (ou dele e de seu garantidor ou, ao menos, do garantidor). O limite da busca por informação está não apenas em sua qualidade e quantidade mas igualmente em outros custos associados, como o custo de oportunidade (com a possibilidade da perda de oportunidades em razão do tempo direcionado na busca por informação ou para ter acesso a determinada base de dados) ou o custo relacionado ao monitoramento do negócio que se estenda no tempo.

Em contrapartida à situação de crise, que pode ser ponderada como um risco adicional aos negócios, numa situação de recuperação judicial todo o aparato normativo privilegia a existência de vários polos de poder e de fiscalização. O negócio é celebrado em ambiente judicial altamente transparente e monitorado por diversos agentes, o que reduz parte dos custos de transação em que o financiador precisaria incorrer para diminuir a assimetria informacional (como os já mencionados custos de pesquisa e de monitoramento). Com efeito, a atenta fiscalização do Ministério Público, do Administrador Judicial e de outros credores é fator de desestímulo ao descumprimento do plano e suas implicações, de modo que se evita o afastamento do programa contratual estipulado no financiamento.

Além disso, o financiador conta com a outorga legal de uma *superpreferência* para garantir que, em caso de falência, seja um dos primeiros da fila a receber, o que pode ser fundamental para viabilizar a operação, já que há mecanismos efetivos para a recuperação do crédito concedido. Nesse cenário, é possível identificar a mitigação de custos de execução, o que resulta em redução de custos de transação⁸.

⁸ O legislador poderia ter reduzido ainda mais os custos de execução caso tivesse estipulado que a execução do crédito pelo inadimplemento do financiamento do devedor em recuperação judicial fosse distribuída, por dependência, perante o juízo universal, o que poderia abreviar as discussões sobre competência e essencialidade dos bens, bem como aumentar a efetividade da recuperação do crédito.

Essa dinâmica também revela a lógica por trás dos financiamentos: eles são influenciados pela taxa de retorno, pelo risco da operação e pela efetividade dos mecanismos de tutela do crédito. Por conseguinte, a concessão de privilégios normativos em favor do financiador tem o propósito de estimular o mercado de financiamento destinado a devedores em crise; afinal, como destaca Saddi (2021, p. 368-369), não se logra êxito na alocação eficiente de recursos sem que existam normas corretas que induzam condutas para a determinação de garantias e juros⁹.

À luz dessa compreensão, o legislador brasileiro buscou aprimorar as normas de financiamento do devedor e do grupo devedor durante a recuperação judicial. É o que se depreende da introdução da seção IV-A no capítulo da recuperação judicial, que disciplina a matéria nos já mencionados arts. 69-A a 69-F (financiamento DIP).

5 O *DIP financing* sob as lentes da Análise Econômica do Direito

Além de descrever e analisar especificamente algumas das novas disposições inseridas na Lei nº 11.101/2005, um dos focos desta abordagem é examinar os dilemas do *DIP financing* sob as lentes da Análise Econômica do Direito.

Muitos elementos e pressupostos estudados por essas lentes estão presentes nos processos de insolvência, como a escassez de recursos, os custos de transação, os desafios cooperativos, os comportamentos estratégicos, a racionalidade limitada, a assimetria de informação, os problemas de agência, o risco moral, o oportunismo, entre muitos outros.

Sem o propósito de conceituá-los, pretende-se tornar mais claro o jogo de disputas e de interesses – que muitas vezes atuam de forma oculta – que fazem parte dos problemas concernentes ao *DIP financing*. Com isso, é possível estabelecer um panorama para que todos os envolvidos sopesem a conveniência, a consistência e a legalidade de sua aprovação em processos de insolvência em curso.

Em virtude de sua conformação, o modelo normativo da insolvência brasileiro acarreta uma série de disputas entre os envolvidos nos processos de recuperação judicial. A mais natural e genérica delas é a disputa entre credores e devedores, pois os primeiros querem maximizar seus ganhos, ao passo que os segundos querem pagar o mínimo possível e nas melhores condições (Tellechea; Scalzilli; Spinelli, 2018, p. 216-219). Aliás, um dos maiores desafios de qualquer sistema falimentar consiste justamente em encontrar o ponto de equilíbrio entre a tutela dos interesses do devedor e a proteção dos interesses dos credores e demais partes interessadas.

Também existe a potencialidade de conflitos de interesses entre os credores. Na recuperação, mesmo os integrantes de uma mesma categoria não compartilham necessariamente um mesmo propósito – há subgrupos de interesse. É o caso da classe dos quirografários, na

⁹ No mesmo sentido, ver Jun e Strahan (2007), e Haselmann, Pistor e Vig (2010).

qual estarão inseridos desde credores eventuais da recuperanda até fornecedores habituais, que podem, inclusive, depender economicamente daquela. A posição dos quirografários refletirá seus interesses individuais e, por consequência, influirá em seu posicionamento, quando da análise do plano de recuperação. A depender da composição das categorias, pode-se chegar matematicamente a uma situação de aprovação de planos ruins e de desaprovação de planos bons (Barossi-Filho, 2005, p. 234).

O sistema da Lei nº 11.101/2005 admite que os credores apresentem uma proposta de plano (art. 56, § 4º) e atribui-lhes o poder sobre a sua aprovação ou não (arts. 45 e 58), conforme a inclusão normativa definida pela Lei nº 14.112/2020. Ao mesmo tempo determina que o regime de recuperação judicial visa à preservação da empresa, diante de seu papel na economia (Brasil, [2020a], art. 47); e já o faz por antever as dificuldades para se chegar a um regime intervencionista que simultaneamente assegure que sejam considerados os interesses dos credores, a potencialidade de efetiva recuperação do devedor, a atratividade à injeção de novos recursos e a propalada função social da empresa.

Existem também outras disputas importantes, como a que ocorre entre credores garantidos e não garantidos na falência e na recuperação, e, no próprio regime recuperacional, entre credores sujeitos e não sujeitos aos seus efeitos. No Brasil, isso enseja inúmeros debates doutrinários e jurisprudenciais, a exemplo das travas bancárias e da conceituação de bens essenciais/de capital não passíveis de excussão¹⁰.

Em sua redação original, a Lei nº 11.101/2005 já cuidara de excluir dos efeitos do plano (ou seja, da definição das novas condições de pagamento) os credores por alienação fiduciária, *leasing*, compra e venda com reserva de domínio, promessa de compra e venda e os valores decorrentes de adiantamento de crédito para exportação (art. 49, § 3º e 4º). Foram também excluídos credores titulares de contrato de locação, de arrendamento mercantil ou de qualquer outra modalidade de arrendamento de aeronaves ou de suas partes (Brasil, [2020a], art. 199, § 1º, 2º, 3º).

O princípio norteador das exclusões foi o da essencialidade dos negócios elencados para a prática de atividades empresariais e a perspectiva de, mediante a excepcionalidade, incrementar a oferta de tais negócios no mercado, sob a premissa do tratamento diferenciado atribuído pela lei. Com isso, garantir-se-ia a higidez das condições estabelecidas nos respectivos contratos, afastando a sua submissão aos efeitos do plano de recuperação e diminuindo o custo do crédito (Scalzilli; Tellechea; Spinelli, 2012).

Todavia, alguns dos contratos objeto de tratamento diferenciado pela lei – logo, não sujeitos à recuperação – passaram a ser a via para negócios diferentes daqueles que eram utilizados quando da edição da lei de 2005. A alienação fiduciária, pensada como modelo de negócio para o financiamento de aquisição de bens corpóreos, passou a ser utilizada na

¹⁰ Dias (2022, p. 279-287) retrata ao longo de sua obra esses debates e inconsistências jurisprudenciais, destinando capítulo próprio ao tratamento das questões relativas aos créditos excluídos. Da mesma forma o faz Oliveira (2014, p. 183-186) em provocativo artigo.

cessão de recebíveis, independentemente da existência efetiva do bem (já que atrelados a direitos futuros) quando do estabelecimento da garantia (Satiro, 2016, p. 171).

Também a operação de adiantamento de câmbio em contratos de exportação advém como interessante alternativa negocial, sobretudo diante da ausência de controle sobre a efetiva concretização da exportação. Nos dois casos é possível ponderar sobre a adequação das exceções legais, especialmente quando se considera que a cada contrato afastado dos efeitos do plano, maior é o impacto em relação aos créditos a ele sujeitos, uma vez que os recursos são escassos. Além disso, ao mesmo tempo que alguns estarão isentos dos efeitos – como prazos elastecidos de pagamento, descontos etc. –, outros concorrerão por recursos diminuídos, sofrendo os impactos decorrentes da existência dos excluídos.

No âmbito dos potenciais conflitos resultantes do tratamento legal diferenciado, é interessante a situação revelada por ocasião do julgamento do REsp nº 1.794.209/SP (Brasil, 2021) ao contemplar a diversidade de interesses entre credores sujeitos e não sujeitos à recuperação judicial, sendo ilustrativa a utilização expansiva dos institutos protetivos da lei para garantir maiores benefícios aos primeiros.

Com o advento da Lei nº 14.112/2020, cresce em importância o acirramento do conflito entre credores preexistentes e o financiador DIP, seja pela condição de credor extraconcursal numa eventual falência já anteriormente atribuída pela lei, seja porque a operação garante o acesso privilegiado ao patrimônio do devedor, diante das garantias vinculadas à modalidade, acarretando o rebaixamento indireto da posição dos demais credores (Westbrook, 2010, p. 144).

Ora, se há escassez patrimonial do devedor, haverá disputa entre os credores – o caso das lojas Americanas é emblemático dessa afirmação, conforme sucessivos recursos interpostos por credores e devedor para salvaguardar o acesso a recursos retidos por força contratual anteriormente ao ajuizamento da recuperação judicial (Cotias, 2023). A definição sobre quem será pago será regida pela ordenação legal de preferências, privilégios e garantias, conforme estipulado pelo *Código civil* (CC), pela Lei nº 11.101/2005 e por outras leis esparsas, como o *Código tributário nacional*.

Contudo, para compreender o conflito entre credores preexistentes e o financiador, é preciso rememorar que o devedor responde perante o seu credor com todos os seus bens presentes e futuros (art. 789 do *Código de processo civil* (CPC)). A garantia conferida no art. 789 do CPC é salvaguardada por outro conjunto de normas conformadoras da tutela em favor dos créditos preexistentes (arts. 158 a 165, 1.419 a 1.430 do CC; arts. 789 a 796, art. 851 do CPC; arts. 129 a 138 da Lei nº 11.101/2005 (Brasil, [2020a], [2023a], [2023b])).

O instituto do financiamento do grupo devedor durante a recuperação judicial é capaz de suplantar as salvaguardas concedidas em favor dos credores preexistentes e alterar a dinâmica da ordem legal de preferências e privilégios (Brasil, [2020a], art. 66-A, 84, I-B). Em última análise, ele pode definir qual credor receberá seu crédito e qual ficará sem nada caso o devedor venha a falir.

Em outros termos, bem ou mal o *DIP financing* é capaz de provocar a socialização dos riscos do financiamento com os credores preexistentes sem a anuência destes, o que se pode identificar como uma externalidade negativa (Klein, 2022, p. 208-209). Novamente, evidencia-se o desafio pendular de qualquer sistema de insolvência na tutela dos interesses do devedor, dos credores e demais partes interessadas.

Na óptica do legislador – a quem compete definir a política econômica do sistema de insolvência empresarial e balancear os interesses em disputa –, esse risco de rebaixamento dos créditos anteriores em troca de uma superpreferência pelo financiador pode ser compensado pelas chances de sucesso da reestruturação viabilizada pelos recursos injetados no caixa do devedor. O sucesso da operação pode significar uma situação de vantagem para todos os envolvidos (*win-win*), em típicos ganhos de Pareto (Domingues, 2022, p. 52): cumpre-se o plano de recuperação, quita-se o *DIP financing*, reorganiza-se o passivo não sujeito e mantêm-se os benefícios socioeconômicos decorrentes da atividade em marcha.

Contudo, é preciso ter em mente que, em maior ou menor grau, todos os agentes econômicos têm aversão a perdas, e nenhum credor preexistente aceitará facilmente ter sua posição na fila de acesso ao patrimônio do devedor piorada, ainda que seja por motivo legítimo. É natural, pois, que haja resistência e debate sobre a autorização do financiamento durante a recuperação judicial, o que reforça a importância de consistentes mecanismos de incentivos e de freios e contrapesos.

De todo modo, as pesquisas empíricas norte-americanas – algumas das quais retratadas por Altman, Hotchkiss e Wang (2019, p. 64-66) e por Dahiya, John, Puri e Ramírez (2003, p. 259-263) – demonstram que muitos casos de reestruturação de sucesso foram alicerçados pelo financiamento do devedor, o que reforça a importância da liquidez e do fluxo de caixa em equilíbrio para o desenvolvimento dos negócios. O justificável entusiasmo, contudo, não torna a realidade menos complexa. Se não existisse um número substancial de resultados desalentadores, não haveria necessidade de externar as preocupações que rondam essa modalidade de financiamento, especialmente porque ela tem o poder de manipular a redistribuição do patrimônio do devedor insolvente.

Primeiramente, é preciso lembrar que o *DIP financing* opera num cenário de extremo risco e incerteza, agravado pelo estresse financeiro do devedor e pela impaciência dos credores, sobrelevados pela notória incapacidade do Poder Judiciário de, não raras vezes, atender com dinamismo as intercorrências inerentes ao processo de recuperação judicial. Nesse contexto, o que importará para o credor preexistente é se o rebaixamento de sua posição em razão do privilégio concedido ao financiador é compensado pela perspectiva de melhoria do grau de satisfação de seu crédito – pela lógica da Economia dos Custos de Transação, se os ganhos almejados superarão os custos incorridos.

Além disso, a doutrina especializada aponta que o devedor insolvente, em razão da dinâmica da propriedade residual, tende a ter mais estímulos a assumir operações e projetos arriscados (inclusive pela via de previsão no plano de recuperação de *DIP financing*) do que acautelar os interesses de seus credores. Em outras palavras, qualquer aposta vale

a pena quando tudo já está perdido, o que significa que nessas condições o devedor está inclinado a tomar decisões que ele não tomaria caso fosse o seu patrimônio que estivesse prioritariamente em risco (Salama; Crocco, 2015, p. 397-402).

Portanto, não se deve ignorar que, assim como ocorre com outros institutos jurídicos, o *DIP financing* pode ser utilizado de forma abusiva¹¹, o que exige extrema cautela dos que fiscalizam e autorizam a operação, a fim de possibilitar que ela cumpra suas finalidades.

6 Utilizações problemáticas do *DIP financing*

A doutrina aponta três situações de utilização problemática do *DIP financing* nos processos de insolvência.

A primeira consiste na aplicação do financiamento para dar injustificada sobrevida a um negócio inviável, que drena ou desvia ativos em prejuízo dos credores. Daí a constatação de que o regime recuperacional normalmente será exitoso para situações de insolvência caracterizadas por ausência de liquidez (crise financeira ou patrimonial), e não predominantemente caracterizadas por problemas empresariais estruturais ou de conjuntura econômica impeditiva da superação (crise econômica). Prolongar o exercício de uma atividade econômica – com a consequente majoração do passivo (em razão do ingresso de novos credores mais privilegiados) e sem a possibilidade real de superação da crise – caracteriza uma opção mais danosa que adotar medidas para encerrar a empresa. Inclusive, a reforma promovida pela Lei nº 14.112/2020 reforçou o papel da falência como mecanismo de saneamento de mercado e de promoção do empreendedorismo, conforme se depreende da nova redação do art. 75 e da inserção do princípio do *fresh start*.

A segunda é a obtenção de extrema vantagem pelo financiador, o qual pode ser um credor preexistente que cobra juros extorsivos e retém parte do crédito concedido para quitação da dívida anterior. Segundo Tung (2020), 75% dos casos de *DIP financing* são realizados por credores preexistentes ao pedido. Logo, a forma como os recursos resultantes do *DIP financing* serão direcionados é de extrema relevância para que o tratamento diferenciado seja justificado, e não uma estratégia de autossatisfação de determinados credores, por via transversa.

A terceira caracteriza-se pelo financiamento oportunista do próprio grupo controlador, no intuito de livrar alguns ativos estratégicos dados em garantia do empréstimo (Kirschbaum, 2009, p. 139). Nessa hipótese estará caracterizada uma provável simulação, já que o financiamento é utilizado não com o propósito de fomentar a atividade da empresa

¹¹ Atienza e Ruiz Manero (2014, p. 50) explicam que “[a] figura do abuso de direito resulta, assim, em um mecanismo de autocorreção do Direito: isto é, de correção do alcance de regras jurídicas permissivas que têm como destinatário o titular de certo direito subjetivo, quando a aplicabilidade das regras se estende a casos nos quais sua aplicação resulta injustificada ao considerar os princípios jurídicos os quais determinam o alcance justificado das próprias regras”.

em dificuldade, mas como forma de ter acesso (em razão do futuro descumprimento da obrigação) aos bens atribuídos em garantia.

Essas circunstâncias apontam a relevância de algum tipo de controle nas operações de *DIP financing* e implicam que a análise para sua autorização não poderá ser meramente burocrática ou formal. O problema é que a Lei nº 14.112/2020 não enumera os critérios e requisitos necessários para a autorização da celebração dos contratos de financiamento com o devedor, o que torna muito mais complexa e sujeita a equívocos a tarefa do juízo universal, em razão dos limites de sua capacidade institucional.

Assim, alguns questionamentos podem ser suscitados: o mero preenchimento das formalidades legais seria suficiente para a autorização do financiamento? A posição do Comitê de Credores – ou do Administrador Judicial na sua falta – vincularia o juízo? Quais critérios devem ser analisados e sopesados para autorizar a operação?

A lei brasileira recepciona o financiamento como um crédito criado quando a recuperação está em tramitação. Apresentam-se diferentes situações a depender do plano de recuperação ter sido ou não apresentado. Se a proposta de *DIP financing* é incorporada ao plano, este passará necessariamente pelo crivo dos credores, que são os responsáveis por sua aprovação, e também é possível que o plano alternativo dos credores apresente essa opção de investimento. Desse modo, em tese, a adequação da proposta de financiamento será sopesada pelos credores, assim como a destinação que lhe será dada. Se o contrato de financiamento é posterior à aprovação, esta estará condicionada apenas à análise do Comitê, o que aumenta o risco de mau uso do negócio.

Diante da possibilidade de conflitos de interesse e das premissas da Lei nº 11.101/2005 – de manutenção da empresa e da preservação de sua função social –, abre-se espaço para o debate sobre a possibilidade de o juiz intervir na análise do mérito da proposta de empréstimo, com o fim de detectar e afastar o uso abusivo da prerrogativa legal.

Ao perceber problema análogo no § 364 do USC, Triantis (2020) sustenta que, para viabilizar a entrada de novos recursos, a superpreferência é necessária; no entanto, essa justificativa não fornece, por si só, o quadro teórico para o controle judicial da operação. Como já se observou, a mesma conclusão pode ser transportada para o Brasil, já que a Lei nº 14.112/2020, ao modificar a Lei nº 11.101/2005, não explicitou os fatores a serem levados em conta para definir, em cada caso, se o financiamento proposto é desejável ou não.

Ainda assim, Triantis (2020) aponta que os tribunais norte-americanos costumam respeitar a vontade do devedor (*business judgement rule*) como um ato de confiança de que a proposta de financiamento é adequada e legítima. Ademais, a disposição do financiador em aplicar recursos pode ser um consistente sinal de que vale a pena investir no negócio e, por extensão, mantê-lo no mercado, ante sua viabilidade.

Por conta desses fatores, os tribunais são reticentes em negar os financiamentos com receio de comprometer as disposições do mercado na aposta da reorganização (Tung, 2017, p. 3). Embora esses dilemas continuem a desafiar os especialistas sobre o tema, certamente a resposta está em algum lugar de equilíbrio entre extremos: atender às necessidades de

crédito do devedor (melhor interesse da empresa diante da imprescindível entrada de novos recursos), garantir os interesses dos credores preexistentes (melhor interesse dos credores) e favorecer a aposta da via da recuperação apenas para empreendimentos passíveis de serem preservados (manutenção no mercado dos empresários e empresas viáveis).

7 À procura de parâmetros

Diante da novidade do tema e da inexistência de um mercado espontâneo para investimento em empresas em recuperação judicial, a introdução da alternativa mediante reforma legislativa, como ocorreu em relação à Lei nº 11.101/2005, está ancorada no pressuposto de que o ambiente institucional¹² pode colaborar para a melhoria dos negócios, estimulando condutas necessárias ou desejáveis. Isto é: ao conferir adequados incentivos aos agentes econômicos por meio de regras formais e informais, esperam-se respostas/escolhas compatíveis com o objetivo estabelecido pelo definidor da política pública.

Sem qualquer pretensão de apresentar respostas definitivas sobre o tema¹³, mesmo porque elas ainda não foram encontradas, considera-se possível depreender da doutrina especializada e da jurisprudência comparada um direcionamento sobre as questões a serem sopesadas no momento da fiscalização e controle do *DIP financing*¹⁴: (a) observar as condições econômicas comutativas, competitivas e de acordo com as práticas de mercado; (b) resguardar as garantias e os interesses dos credores preexistentes; (c) proibir a má-fé e a fraude; (d) evitar o subinvestimento e o superinvestimento, muitas vezes caracterizados pela injustificável sobrevida de um negócio inviável ou pela irrazoável injeção de recursos em projetos arriscados; (e) pautar-se em dados econômicos e financeiros técnicos e objetivos acerca da eficiência da operação; (f) aquilatar o grau de comprometimento do patrimônio do devedor e do passivo não sujeito; e (g) redobrar a cautela quando o financiador advier de integrantes do grupo do devedor.

Mesmo que possam trazer uma dose de subjetividade e até mesmo de insegurança jurídica para a operação, esses parâmetros funcionam como vetores interpretativos para o juiz. Mais que isso: servem como indutores de uma conduta escorreita e responsável entre o devedor e o financiador, justamente porque há um cenário crítico com risco de externalidades negativas.

¹² Ambiente institucional na acepção de North (2018, p. 13-25), isto é, as regras do jogo, escritas e não escritas, que balizam as condutas e escolhas dos agentes econômicos.

¹³ Uma das respostas foi ensaiada por Triantis (2020, p. 179), mas os conceitos abertos utilizados tornam complexa sua aferição concreta pelo juiz da causa: “The court must ensure that funding is authorized when, and only when, it is efficient – in other words, when value is created or preserved so that no party is made worse off as a result of the DIP financing”.

¹⁴ Ao tratar da experiência do *DIP financing* na prática norte-americana, Skeel Junior (2021) aponta alguns desvios que foram identificados em trabalhos recentes.

Na prática, o juiz deparar-se-á com situações de fato que podem revelar: a) uma zona de segurança positiva (a operação deve ser autorizada porque cumpre os requisitos legais e não há prova de violação das condicionantes); b) uma zona de certeza negativa (a operação deve ser rejeitada porque é comprovadamente ilícita ou abusiva; e c) zonas de penumbra, em que há dúvidas quanto à presença das condições. Assim, numa leitura preliminar, entende-se que o Poder Judiciário só poderá indeferir o *DIP financing* quando o juízo sobre a operação estiver inserido na zona de certeza negativa, ou seja, quando estiver cabalmente demonstrado que o instituto não cumprirá suas finalidades legais e será injustamente lesivo para os credores¹⁵.

Para que existam elementos suficientes para uma decisão devidamente informada e amparada em elementos concretos, é indispensável que devedor e financiador ajam com máxima transparência a qual propicia abertura e confiabilidade das informações a serem trocadas entre as partes para a construção do arranjo contratual que melhor atenda a todos os interesses.

Além disso, a transparência impacta os custos a serem suportados para a materialização do financiamento DIP: quanto mais claras e precisas são as informações, menores serão os custos de busca e pesquisa. Segundo Dias (2022, p. 203), elementos como a abertura de informações e a confiabilidade constituem um dos maiores entraves para o financiamento de empresas em crise, em especial as de pequeno e médio porte. É preciso também que se faculte a todos os credores, ao Administrador Judicial e ao Ministério Público a possibilidade de se manifestarem sobre a operação, notadamente porque ela altera regras de prioridade e tangencia temas de ordem pública.

Tais medidas tendem a atenuar a assimetria informacional, mitigar o comportamento oportunista dos agentes e reduzir custos de transação, o que será decisivo para que se aloquem eficientemente os recursos. Em suma, oferecerão mais subsídios para aferir se, no caso concreto, a operação atendeu aos objetivos almejados pelo legislador¹⁶.

Continua a ser um tema a desafiar formadores de políticas públicas, mercado e especialistas a elaboração de uma arquitetura institucional e organizacional nos moldes da Nova Economia Institucional que seja capaz de reduzir os custos de transação do financiamento na recuperação judicial e que simultaneamente equilibre os mais diversos interesses legítimos em disputa. A necessidade de contemporizar os vetores da celeridade (pela necessidade de caixa e maior liquidez do devedor) e da competitividade (a fim de possibilitar uma

¹⁵ Eckbo, Li e Wang (2021) realizaram uma profunda pesquisa sobre financiamentos realizados no curso de processos de reestruturação e alcançaram algumas conclusões dignas de nota: a) apesar do risco muito baixo de inadimplência, o preço do financiamento é desproporcionalmente alto, alcançando a média de 5 vezes o *spread* de financiamentos com risco comparável; b) a assimetria de informação entre credores preexistentes e novos parceiros faz com que os primeiros dominem o cenário do *DIP financing*, tornando-o pouco competitivo e, com isso, os credores preexistentes exploram a vantagem informacional e a baixa competitividade para cobrar preços mais altos; e c) embora seja desafiador criar um procedimento competitivo entre credores interessados, os autores descobriram que o *spread* foi substancialmente mais baixo em casos em que houve evidência de concorrência.

¹⁶ Ayotte e Ellias (2022, p. 49) defendem que “[o]ne way to implement our proposal would be to amend 364(d) by creating a presumption that a primed secured creditor is adequately protected in the initial 60-90 day window, as long as the priming DIP is made on competitive terms”.

competição entre financiadores para a obtenção da menor taxa possível) é um dos exemplos dos desafios que se avizinham para a adequada formatação do financiamento DIP no Brasil.

A análise dos acertos e desacertos da regulação do financiamento DIP dependerá da visão de mundo do observador. De acordo com Sen (2009), a posição do agente (objetividade posicional) pode impactar sua observação e conseqüente tomada de decisão. Contudo, pelo contexto apresentado parece haver razões para uma posição otimista quanto à reforma implantada no sistema falimentar nesse pormenor.

8 Conclusões

Embora o desenho normativo da Lei nº 14.112/2020 não tenha sido poupado de críticas, é preciso reconhecer nele um importante avanço no sistema judicial de insolvência empresarial, pois abre caminho para o aporte de novos negócios e debates teóricos. Somente assim, entre erros e acertos, será possível avançar e alcançar o desenvolvimento de um sólido mercado de crédito para empresários em crise, a exemplo do que há muito se verifica no sistema de insolvência norte-americano.

Só o tempo dirá se as regras firmadas pela Lei nº 14.112/2020 conseguirão cumprir esse escopo. Passados alguns anos da reforma implantada por essa norma, são ainda escassas as informações sobre operações exitosas de financiamento DIP nos processos de recuperação judicial no Brasil.

Em virtude tanto do peso das lojas Americanas e da Oi no mercado brasileiro quanto dos contornos da crise que ensejaram o socorro judicial, serão verdadeiros testes para o modelo de financiamento estabelecido nos pedidos de recuperação judicial da primeira – a quarta maior recuperação judicial desde a promulgação da Lei nº 11.101/2005, com dívida declarada de 40 bilhões de reais – e o da segunda, cujo primeiro pedido figura como a segunda maior recuperação no País (o endividamento à época era de mais de 65 bilhões de reais).

Não parece haver dúvida, porém, de que o fomento ao crédito por meio do favorecimento legal de suas condições na recuperação judicial é um mecanismo fundamental para incrementar as oportunidades de o devedor superar a crise empresarial.

Referências

ALTMAN, Edward I.; HOTCHKISS, Edith; WANG, Wei. *Corporate, financial distress, restructuring, and bankruptcy: analyze leveraged finance, distressed debt, and bankruptcy*. 4th ed. Hoboken, NJ: Wiley, 2019. (Wiley Finance Series).

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder*. Tradução de Janaina Roland Matida. São Paulo: Marcial Pons, 2014. (Filosofia & Direito).

AYOTTE, Kenneth; ELLIAS, Jared A. Bankruptcy process for sale. *Yale Journal on Regulation*, New Haven, CT, v. 39, n. 1, p. 1-60, 2022. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/17927/03.%20Ayotte%20Ellias%20Article.%20Final.%201-60.pdf?sequence=5>. Acesso em: 7 fev. 2024.

BANCO MUNDIAL. *Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores*. [Washington, DC]: Banco Mundial, abr. 2001. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/123531468159317507/pdf/481650WPO2001110Box338887B01PUBLIC1.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2024.

BAROSSO-FILHO, Milton. As assembléias de credores e plano de recuperação de empresas: uma visão pela teoria dos jogos. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 44, n. 137, p. 233-238, jan./mar. 2005.

BRASIL. *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/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 7 fev. 2024.

_____. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, [2020a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm. Acesso em: 7 fev. 2024.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2023b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 7 fev. 2024.

_____. *Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020*. Altera as Leis nºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2020b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/14112.htm. Acesso em: 7 fev. 2024.

_____. Senado Federal. *Lei de recuperação de empresas*: Lei nº 11.101, de 2005. Brasília, DF: Senado Federal, 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580930>. Acesso em: 7 fev. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). *Recurso Especial nº 1.794.209/SP*. Recurso especial. Direito empresarial. Recuperação judicial. Plano de recuperação. Novação. Extensão. Coobrigados. Impossibilidade. Garantias. Supressão ou substituição. Consentimento. Credor titular. Necessidade [...]. Recorrentes: Tonon Bioenergia S.A.; Tonon Holding S.A.; Tonon Luxembourg S.A. Recorrido: China Construction Bank (Brasil) Banco Múltiplo S.A. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 12 de maio de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900226016&dt_publicacao=29/06/2021. Acesso em: 7 fev. 2024.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresas*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COTIAS, Adriana. Caso Americanas acende alerta sobre risco de crédito. *Valor Econômico*, São Paulo, 30 jan. 2023. Finanças. Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2023/01/30/caso-americanas-acende-alerta-sobre-risco-de-credito.ghtml>. Acesso em: 7 fev. 2024.

DAHIYA, Sandeep; JOHN, Kose; PURI, Manju; RAMÍREZ, Gabriel. Debtor-in-possession financing and bankruptcy resolution: empirical evidence. *Journal of Financial Economics*, [s. l.], v. 69, n. 1, p. 259-280, July 2003. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0304-405X\(03\)00113-2](https://doi.org/10.1016/S0304-405X(03)00113-2).

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. *Financiamento na recuperação judicial e na falência*. 2. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). *O que é análise econômica do direito*: uma introdução. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 51-58.

ECKBO, B. Espen; LI, Kai; WANG, Wei. Do lenders extract rents when financing bankrupt firms? *ECGI Working Paper Series in Finance*, [s. l.], n. 794, Oct. 2021.

- HASELMANN, Rainer; PISTOR, Katharina; VIG, Vikrant. How law affects lending. *The Review of Financial Studies*, [s. l.], v. 23, n. 2, p. 549-580, Feb. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1093/rfs/hhp073>.
- JUN, Qian; STRAHAN, Philip E. How laws and institutions shape financial contracts: the case of bank loans. *The Journal of Finance*, [s. l.], v. 62, n. 6, p. 2.803-2.834, Nov. 2007. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1540-6261.2007.01293.x>.
- KIRSCHBAUM, Deborah. *A recuperação judicial no Brasil: governança, financiamento extraconcursal e votação do plano*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-03062011-104905/pt-br.php>. Acesso em: 7 fev. 2024.
- KLEIN, Vinícius. Externalidades. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 207-215.
- LEAL, Hugo; FALCÃO, Guilherme. O movimento reformista: 2016/2020: uma missão legiferante bem cumprida pelo parlamento brasileiro. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio; COSTA, Daniel Carnio (coord.). *Recuperação de empresas e falência: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2021. p. 3-19.
- NACIONES UNIDAS. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia*. Nueva York: Naciones Unidas, 2006. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-80725_ebook.pdf. Acesso em: 7 fev. 2024.
- NORTH, Douglass C. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.
- OLIVEIRA, Adriana Maria Cruz Dias de. Faz sentido que haja credores não sujeitos à recuperação judicial? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 53, n. 166-167, p. 183-200, 2014. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.0102-8049.i166/167p%25p>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdm/article/view/133717>. Acesso em: 7 fev. 2024.
- PEREIRA, Fabiana Bruno Solano. Comentários aos artigos 69-A a 69-F. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 477-500.
- PESSALI, Huáscar Fialho. Custos de transação. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 95-106.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2005.
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia institucional e nova economia institucional. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 137-143.
- SADDI, Jairo. Análise econômica da falência. In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 355-370.
- SALAMA, Bruno Meyerhof; CROCCO, Fabio Weinberg. A racionalidade econômica do direito falimentar: reflexões sobre o caso brasileiro. In: ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETTI, Sidnei (coord.). *10 anos de vigência da Lei de recuperação e falência: (Lei n. 11.101/05)*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 379-418.
- SATIRO, Francisco; DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. O financiamento do devedor na Lei nº 14.112/2020: novas dúvidas. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 41, n. 150, p. 72-80, jun. 2021. Disponível em: <https://www.aasp.org.br/revista-do-advogado/>. Acesso em: 7 fev. 2024.
- SATIRO, Francisco. Recuperação judicial e a excepcionalidade dos créditos garantidos por cessão fiduciária de créditos futuros. In: GARCIA, Ricardo Lupion (org.). *10 anos da Lei de falências e recuperação judicial de empresas: inovações, desafios e perspectivas*. Porto Alegre: Ed. Fi, 2016. p. 159-181. (Série Ciências Jurídicas & Sociais, 5). Disponível em: <https://www.editorafi.org/10anosleidefalencias>. Acesso em: 7 fev. 2024.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2023.

SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luis Felipe. Objetivos e princípios da Lei de falências e recuperação de empresas. *Síntese*, [s. l.], 17 set. 2012. Disponível em: https://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1229. Acesso em: 7 fev. 2024.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. E-book.

SKEEL JUNIOR, David A. Taking stock of Chapter 11. *Syracuse Law Review*, [s. l.], v. 71, n. 2, p. 531-555, 2021. Disponível em: <https://lawreview.syr.edu/wp-content/uploads/2022/01/531-555-Skeel-.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2024.

TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *História do direito falimentar: da execução pessoal à preservação da empresa*. São Paulo: Almedina, 2018.

TRIANNTIS, George G. A theory of the regulation of debtor-in-possession financing. *Vanderbilt Law Review*, [s. l.], v. 46, n. 4, p. 901-935, May 1993. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol46/iss4/4/>. Acesso em: 7 fev. 2024.

_____. Debtor-in-possession financing in bankruptcy. In: ADLER, Barry E. (ed.). *Research handbook on corporate bankruptcy law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2020. p. 177-192.

TUNG, Frederick. Do economic conditions drive DIP lending?: evidence from the financial crisis. *Boston University School of Law: law and economics research paper*, Boston, n. 16-38, p. 1-39, Sept. 2017. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2828295>. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2828295. Acesso em: 7 fev. 2024.

_____. Financing failure: bankruptcy lending, credit market conditions, and the financial crisis. *Yale Journal on Regulation*, New Haven, CT, v. 37, n. 2, p. 651-707, 2020. Disponível em: <https://www.yalejreg.com/print/financing-failure/>. Acesso em: 7 fev. 2024.

UNITED STATES. *U.S. Code: Title 11*. [Ithaca, NY]: Cornell Law School, Legal Information Institute, [202-]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11>. Acesso em: 7 fev. 2024.

WAISBERG, Ivo; QUEIROZ, Bruna Pamplona de. O financiamento às empresas em recuperação judicial no Brasil: uma análise econômica comparativa com o modelo norte-americano de *DIP financing*. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 24, n. 94, p. 191-225, out./dez. 2021.

WESTBROOK, Jay Lawrence (ed.). *A global view of business insolvency systems*. Washington, DC: World Bank; Leiden: Martinus Nijhoff, 2010. (Law, Justice, and Development Series).

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a 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 proteção dos vulneráveis no programa Minha casa, minha vida: uma análise do artigo 35-A da Lei nº 11.977/2009

The protection of equals in the *My house, my life* program:
an analysis of article 35-A of Law 11.977/2009

Antonio Oliveira Lima Neto¹

Marcos Ehrhardt Júnior²

Resumo

Proteger e fomentar o direito à moradia é uma das estipulações da Constituição de 1988. Assim, cabe ao Estado facilitar o acesso e a manutenção da moradia às pessoas que não tenham condições de fazê-lo sem o auxílio estatal e, em maior medida, proteger o direito à moradia dos vulneráveis. Com o objetivo de proteger a mulher e os filhos menores em caso de dissolução da união conjugal foi criado o art. 35-A da Lei nº 11.977/2009. Todavia, essa norma é uma exceção a princípios jurídicos, o que a torna, em algumas situações, inoportuna e injusta para com um dos cônjuges. Este artigo trata de aspectos do direito à moradia, da proteção aos vulneráveis e da aplicabilidade da legislação comentada e analisa se ela seria, em alguma medida, inconstitucional. De caráter descritivo, a pesquisa desenvolve-se pelos métodos dedutivo e comparativo, em suas vertentes bibliográfica e documental. A análise dos possíveis problemas e soluções da aplicação do art. 35-A da Lei nº 11.977/2009 compreende a pesquisa doutrinária e desenvolve-se do geral para o específico.

Palavras-chave: direito à moradia; programa Minha casa, minha vida; divórcio; regime de comunhão de bens; família.

Abstract

Protecting and promoting the right to housing is one of the stipulations of the Brazilian Federal Constitution of 1988. Thus, the State must create ways to facilitate access and

¹ Antonio Oliveira Lima Neto é doutorando em Direito na Universidade do Minho, Braga, Portugal; mestre em Direito pelo Centro Universitário Cesmac, Maceió, AL, Brasil; advogado. E-mail: antoniooliveira2802@gmail.com

² Marcos Ehrhardt Júnior é doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professor dos programas de graduação e pós-graduação em Direito Civil da Universidade Federal de Alagoas e do Centro Universitário Cesmac, Maceió, AL, Brasil; advogado. E-mail: contato@marcosehrhardt.com.br

maintenance of housing by people who are unable to do so without state aid. It is also up to the state, to a greater extent, to promote and protect the right to housing for vulnerable people or people who are in an unequal situation. In this light, article 35-A of Law 11.977/2009 was created, which aims to protect women or minor children in the event of marital dissolution. However, the legislative form presents itself as an exception to some legal principles, making it, at times, inopportune and unfair to one of the spouses. Thus, in this article, we deal with some aspects of the right to housing, the protection of the vulnerable and the practical applicability of the commented legislation, in order to analyze whether this would be, to some degree, unconstitutional. The research is developed at a descriptive level, through the deductive and comparative method, in its bibliographical, virtual and documental aspects. Thus, it understands the doctrinal bibliographical research with the objective of verifying the hypothesis. The analysis proposed here is developed with the predominance of the deductive method, as it departs from the general study to the specific one, aiming to present possible problems and solutions for the application of article 35-A of Law 11.977/2009.

Keywords: right to housing; My house, my life program; divorce; common property regime; family.

Recebido em 19/9/23

Aprovado em 27/2/24

Como citar este artigo: ABNT³ e APA⁴

1 Considerações iniciais

No início do terceiro mandato do presidente Luiz Inácio Lula da Silva descontinuou-se o programa habitacional social criado pelo seu antecessor, o Casa verde e amarela. Com a Medida Provisória (MP) nº 1.162/2023, o governo retomou o programa de facilitação do acesso à habitação, o programa Minha casa, minha vida (PMCMV), cujo objetivo é ampliar a oferta de moradias, sobretudo para a população de baixa renda, estimular a modernização

³ LIMA NETO, Antonio Oliveira; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. A proteção dos vulneráveis no programa Minha casa, minha vida: uma análise do artigo 35-A da Lei nº 11.977/2009. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 242, p. 179-193, abr./jun. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p179

⁴ Lima, A. O., Neto, & Ehrhardt, M., Jr. (2024). A proteção dos vulneráveis no programa Minha casa, minha vida: uma análise do artigo 35-A da Lei nº 11.977/2009. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(242), 179-193. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p179

do setor habitacional, fomentar a melhoria das moradias existentes, aprimorar e fortalecer a atuação dos agentes públicos e privados na promoção do programa.

O programa habitacional permite que a população busque o auxílio do Estado para adquirir moradia própria por meio de financiamento bancário: o Estado concede subsídios a quem se amolda às regras do programa, e o agente financeiro administrador do programa, a Caixa Econômica Federal, fornece os financiamentos, que se baseiam em contratos de longo prazo, com a divisão do saldo devedor em parcelas a serem pagas ao longo dos anos (por períodos entre vinte e trinta e cinco anos), cabendo ao mutuário escolher o lapso temporal de sua vigência. Isso significa que os consumidores passam de um terço até metade da sua vida (Abdala, 2021) a pagar as parcelas do financiamento e, obviamente, situações inusitadas e impensáveis podem influenciar o cumprimento de suas obrigações para com o agente financeiro.

Segundo a MP nº 1.162/2023 (Brasil, 2023d), o PMCMV compreende três faixas: a faixa 1 atende a beneficiários que recebem até R\$ 2.640,00; a 2 alcança pessoas com renda familiar de R\$ 2.640,01 até R\$ 4.400,00; por fim, a faixa 3 beneficia famílias com renda de R\$ 4.400,01 até R\$ 8.000,00.

Neste trabalho analisa-se especificamente a proteção dos vulneráveis segundo determina o art. 35-A da Lei nº 11.977/2009, a *Lei do programa Minha casa, minha vida* (ou *Lei do PMCMV*). Ela estabelece que – nos casos de dissolução da união estável, separação ou divórcio – o imóvel adquirido no PMCMV que tenha obtido auxílio financeiro da União, Fundo de Arrendamento Residencial (FAR) ou Fundo de Desenvolvimento Social (FDS) será transferido exclusivamente para a mulher, independentemente do regime de comunhão aplicado ao caso (Brasil, [2023c]). No parágrafo único do art. 35-A, ressalva-se que, caso seja estipulada a guarda dos filhos em favor do marido, o título de propriedade do imóvel será registrado em nome dele (Brasil, [2023c]). Com efeito, é necessário considerar o objetivo protecionista da *Lei do PMCMV*, pois estipula uma exceção ao regime de partilha de bens escolhido pelos cônjuges, além de apresentar uma exceção a essa exceção, o que a torna controversa e requer uma análise aprofundada do tema.

Este estudo, de caráter descritivo, utiliza predominantemente o método dedutivo: parte de pesquisa bibliográfica documental (doutrinária, estatística e legislativa) e jurisprudencial, ou seja, do estudo geral do tema para a análise prática da matéria, com o objetivo de avaliar a necessidade de proteção dos vulneráveis no programa de facilitação do acesso à moradia, bem como a adequação da atual forma protetiva às necessidades sociais.

2 O direito à moradia como instrumento de proteção na Constituição

Antes de analisar o art. 35-A da *Lei do PMCMV*, é preciso discorrer sobre o direito à moradia como forma de proteção social.

A Emenda Constitucional (EC) nº 26, de 14/2/2000, estabeleceu o direito à moradia de maneira genérica, desacompanhado de qualquer adjetivo ou complementação textual. Sarlet (2021, p. 17) defende a forma como esse direito social foi estipulado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), pois, segundo o autor, qualquer adjetivação poderia ser utilizada tanto para reduzir esse direito por meio de interpretações restritivas quanto para vincular esse direito à necessidade de legislações infraconstitucionais.

Estabelecida no Título II da CRFB, a expressão *direitos fundamentais* abrange os direitos e deveres individuais (Capítulo I); os direitos sociais (Capítulo II); a nacionalidade (Capítulo III); os direitos políticos (Capítulo IV); e o regramento dos partidos políticos (Capítulo V) (Brasil, [2023a]; Scarpa, 2021, p. 26). Esses direitos são de titularidade do ser humano, uma vez que ele é o beneficiário. Em lado oposto está o Estado, que deve observar os direitos fundamentais sociais na criação de normas, para que elas tenham seus efeitos na sociedade de acordo com os preceitos estabelecidos na CRFB (Nolasco, 2008, p. 212). Ao conceituar os direitos fundamentais, Rosa (2018, p. 264) afirma:

Nesse contexto, os direitos fundamentais devem ser compreendidos como direitos a serem exercidos frente ao Estado, como limitadores da atuação estatal perante aos cidadãos (direitos de defesa), bem como direitos de prestação positiva por parte do estado frente ao cidadão, e ainda como direitos a serem tutelados nas relações entre particulares.

Os direitos de defesa têm a função de proteger a sociedade mediante a limitação dos poderes do Estado, ao passo que os direitos sociais, como direitos a prestação, reclamam uma posição ativa do Estado, que deve intervir nas esferas econômicas e sociais com o objetivo de fomentar a igualdade material (Sarlet, 2021, p. 291). Alexy (2017, p. 499) destaca que os direitos à prestação são “direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”.

Sobre o direito à moradia, considerado um dos direitos humanos, Neves (2005, p. 8) salienta que, “[d]o ponto de vista pragmático dos portadores ou destinatários, os direitos humanos têm a pretensão de validade universal”. Scarpa (2021, p. 25) diferencia os direitos humanos dos direitos fundamentais: estes são previstos na Constituição de certo Estado, ao passo que os direitos humanos se relacionam ao Direito Internacional e são reconhecidos como posições jurídicas inerentes ao ser humano.

Uma habitação adequada é um dos pilares da concretização da dignidade humana. No passado, concebia-se a dignidade como a liberdade de escolher o que se desejava ser (Pico, 2015, p. 65); hoje, a dignidade é considerada algo absoluto e inerente a todo ser humano (Pele, 2015, p. 8). O direito à moradia consiste em habitar um local indispensável à vida humana, onde uma família pode viver em condições básicas de salubridade, intimidade e

proteção (Scarpa, 2021, p. 254). Assegurado como norma jurídica estatal, cabe ao Estado a proteção, a promoção e a regulação (Menezes, 2017, p. 48) desse direito. Em relação a ele, Sarlet (2009-2010, p. 15) ressalta:

Com efeito, sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.

Trata-se de um direito composto, cuja violação afeta outros direitos fundamentais como o direito à saúde, à educação (Pisarello, 2016) e, até mesmo, à vida (Souza, 2013, p. 96). Ou seja, um de seus objetivos é a proteção dos direitos de primeira dimensão (Bucci, 2006, p. 3).

O art. 3º da CRFB estabelece que os objetivos fundamentais da República são: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”; “garantir o desenvolvimento nacional”; “erradicar a pobreza e a marginalização”; e “reduzir as desigualdades sociais e regionais” (Brasil, [2023a]). Percebe-se, assim, a necessidade de o Estado ser prestador de condições mínimas para a dignidade da população. Contudo, a efetivação desses direitos pelo Estado dificilmente será plena de maneira a satisfazer aos anseios e necessidades de todos. Scarpa (2021, p. 53) afirma que “seria utópico, inviável, e representaria, em princípio, violação da liberdade daqueles que seriam chamados para custear esse nível excelente de serviços. Afinal, o Estado só pode distribuir aquilo que arrecada por meio de tributos”. Todavia, cabe ao Estado tentar cumprir esses objetivos na maior escala possível e com a melhor qualidade disponível – uma residência adequada é indispensável para a proteção das garantias fundamentais, pois com ela é possível o descanso digno após o trabalho, a recuperação de enfermidades e o convívio familiar. Não pode ser apenas um teto ou abrigo; a moradia assegurada na CRFB há de ser adequada, na busca pela promoção do bem dos seus habitantes e pela redução das desigualdades sociais (Lima, 2020, p. 6).

Sobre a adequação do direito à moradia, o *Comentário geral nº 4* do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU estabelece alguns pontos como requisitos primordiais da moradia adequada: a) “Segurança jurídica da posse”; b) “Disponibilidade de serviços, materiais, benefícios e infraestrutura”; c) “Custo acessível”; d) “Habitabilidade”; e) “Acessibilidade”; f) “Localização”; e g) “Adequação cultural” (Comentários [...], 2018, p. 258-260). Dessa maneira, segundo o *Comentário*, para uma residência ser caracterizada como adequada necessita ter estabilidade da posse, ou seja, os residentes não podem sofrer com o risco de perder o imóvel de forma abrupta. Os imóveis não podem estar isolados da sociedade; devem ter acesso a bens e serviços essenciais, como transporte público, escolas, hospitais e infraestrutura social (Comentários [...], 2018, p. 258-259).

O custo do acesso à habitação tem que ser razoável, de forma a beneficiar a parcela mais carente da sociedade, mesmo que dependa de subsídios econômicos do Estado. Por sua vez, a habitabilidade está diretamente ligada à segurança e higiene do local. O imóvel não pode estar localizado num ambiente hostil, insalubre e com riscos à segurança dos habitantes (Comentários [...], 2018, p. 259). A acessibilidade visa proteger aquela parcela da população que se encontra em situação de desvantagem social, ou seja, pessoas que por alguma questão física ou psicológica estão com algum grau de vulnerabilidade em comparação ao ser humano médio. Assim, caberia ao Estado regular formas de agraciar em maior medida essa parcela da população (Comentários [...], 2018, p. 259). A localização do imóvel relaciona-se diretamente aos itens *b* e *d* do *Comentário* uma vez que, se o imóvel foi construído em local de difícil acesso, certamente não será dotado dos demais requisitos de adequação do bem (Comentários [...], 2018, p. 260).

Por fim, a adequação cultural objetiva evitar que determinada dimensão cultural da sociedade seja prejudicada em detrimento do direito à moradia. Não se pode assegurar um direito fundamental social quando este prejudica outro direito fundamental – ambos devem coexistir. De acordo com o *Comentário geral nº 4*, não se devem destruir bens culturais e sociais para construir habitações; elas devem situar-se em locais que não prejudiquem esses bens (Comentários [...], 2018, p. 260). Outro ponto de destaque para a análise do conteúdo da norma jurídica do direito à moradia é a distinção entre o direito à moradia e o direito de propriedade previsto no art. 5º, XXII, da CRFB (Brasil, [2023a]). Trata-se de direitos fundamentais autônomos. Embora a propriedade possa servir de moradia, seu conceito é mais amplo e abrange uma garantia individual. É uma combinação de direitos e deveres conferidos a determinada pessoa em relação a um bem material, podendo ser oponível a terceiros (Lôbo, 2020a). Contudo, não se trata de um direito absoluto, pois deve ao mesmo tempo atender ao interesse do proprietário e desempenhar uma função social (Chamoun, 2019, p. 227). Essa situação resulta na posição preferencial do direito à moradia em relação ao direito de propriedade (Sarlet, 2021, p. 18).

A garantia constitucional à moradia pode ser compreendida como um dos pilares da concretização da dignidade humana; cabe ao Estado sua proteção, promoção e regulação (Menezes, 2017, p. 48). Protegido pela Constituição, o direito à moradia mantém uma relação complexa com os direitos fundamentais sociais: pode ser visto tanto como um direito de defesa, já que a moradia não pode sofrer interferência do Estado e dos particulares, quanto como um direito à prestação, na medida em que compete ao Estado utilizar meios legais para fomentar a efetivação desse direito (Sarlet, 2021, p. 345).

Na CRFB, o direito à moradia é um direito aberto, que envolve situações diversas e não implica imposição ou sanção específica em caso de não observação. Por isso, com o objetivo de proteger e melhorar a qualidade de vida dos beneficiários, a norma do direito à moradia pode ser considerada um princípio jurídico a ser observado na máxima medida possível.

3 Os vulneráveis e o programa Minha casa, minha vida

Conforme o art. 8º da MP nº 1.162/2023 (Brasil, 2023d), que reativou e imprimiu modificações ao PMCMV, têm prioridade – “para fins de atendimento, com o emprego de dotação orçamentária da União e com recursos do FNHIS, do FAR ou do FDS, as famílias [...] que tenham a mulher como responsável pela unidade familiar”, famílias que incluam “pessoas com deficiência, idosas, crianças ou adolescentes”; famílias “em situação de risco e vulnerabilidade”; famílias “em situação de emergência ou calamidade”; famílias que foram deslocadas involuntariamente “em razão de obras públicas federais”; ou famílias “em situação de rua”. Há, portanto, um objetivo protecionista de facilitar o acesso à habitação pela parcela da população em situação de vulnerabilidade ou hipervulnerabilidade. Segundo Malagón Oviedo e Czeresnia (2015, p. 242),

[a] vulnerabilidade é uma marca fundamental que não pode ser superada; uma realidade manifesta e atualizada permanentemente em toda ordem biológica e simbólica da vida humana, que se exprime como uma inquietação permanente na existência, por vezes mais sutil, por vezes mais evidente e incontestável, que notifica nossa finitude.

Marques (2019, p. 352) afirma que hipervulnerável é quem está numa situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade, peculiar de menores, idosos e enfermos. Ao julgar o Recurso Especial nº 586.316/MG, em 2007 o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que “[a]o Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a ‘pasteurização’ das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna” (Brasil, 2007, p. 3). A hipervulnerabilidade ocorre quando a vulnerabilidade atinge um grau excepcional (Carvalho; Ávila, 2016, p. 119), ou seja, quando, por alguma razão específica, ela é aumentada a ponto de gerar evidente desproporção entre o ser humano médio e o vulnerável.

No Direito, a ideia de vulnerabilidade é diametralmente oposta ao princípio constitucional da igualdade em seu aspecto material, o qual visa proibir qualquer discriminação ao mesmo tempo que exige a adoção de medidas protetivas que objetivam a diminuição da diferença social em relação aos não vulneráveis (Carvalho; Ávila, 2016, p. 114). Segundo Marques e Miragem (2014, p. 164), a existência de vulneráveis impõe a necessidade de criar normas específicas para diminuir a disparidade entre os inseridos nesse grupo – que têm dificuldade de acesso a bens e serviços essenciais – e os que não estão em situações de vulnerabilidade. Cabe ao Estado proteger, de maneira cuidadosa e na maior medida possível, o acesso dessa parcela da sociedade a direitos fundamentais. Ao longo dos anos, foram desenvolvidas e inseridas no ordenamento jurídico leis protetivas dos que se encontram em desvantagem social, como a Lei nº 8.069/1990 (*Estatuto da criança e do adolescente*), a Lei nº 10.741/2003 (*Estatuto do idoso*) e a Lei nº 13.146/2015 (*Estatuto da pessoa com deficiência*).

Ao priorizar a concessão de financiamentos com subsídios governamentais para pessoas em situação de vulnerabilidade, a medida provisória que estabeleceu novas regras para o PMCMV objetivou proteger e beneficiar essa parcela da população. Essa prioridade relaciona-se diretamente ao protecionismo expresso no art. 35-A, o qual define que, nos casos de dissolução da união estável, separação ou divórcio, o imóvel adquirido no PMCMV que tenha obtido auxílio financeiro da União, do FAR ou do FDS será transferido exclusivamente para a mulher, independentemente do regime de comunhão aplicado ao caso (Brasil, [2023c]).

O primeiro ponto a ser observado diz respeito à delimitação dos casos. O art. 35-A da *Lei do PMCMV* determina que somente os imóveis cujos financiamentos tenham sido beneficiados com recursos do orçamento geral da União, do FAR ou do FDS serão partilhados de forma excepcional, ou seja, nos termos do art. 35-A. Deve-se, pois, observar a estreita relação do art. 35-A da *Lei do PMCMV* com o art. 8º da MP nº 1.162/2023, que estabelece a prioridade da concessão de subsídios da União, do FAR ou do FDS a famílias em que a mulher é responsável pela unidade familiar ou por pessoas em vulnerabilidade social ou biológica.

Assim, há relação direta entre as famílias priorizadas pelos subsídios governamentais e a sua proteção durante a execução e após o fim do contrato, uma vez que a *Lei do PMCMV* tem o propósito de protegê-las em casos de rompimento da relação familiar. Essa determinação é produtora, pois os financiamentos são contratos vigentes por longos períodos, o que justifica a proteção dos vulneráveis – e sobretudo dos hipervulneráveis – não só no momento da contratação do financiamento como também durante a execução do contrato ou até mesmo após o fim do pacto de vontades.

O art. 35-A apresenta duas exceções: a primeira estabelece que os imóveis adquiridos com a utilização de recursos do FGTS não ficam somente no nome da mulher: devem ser partilhados de acordo com o regime de comunhão vigente no casamento (Brasil, [2023c]). A segunda exceção relaciona-se à guarda dos filhos. O parágrafo único do art. 35-A determina que, caso a guarda dos filhos menores seja atribuída ao pai, a ele deverá ser transferido o bem financiado (Brasil, [2023c]). O modelo delimitado pela segunda exceção deixa de proteger a mulher, para proteger crianças e adolescentes. Trata-se de uma exceção significativa, já que filhos menores de idade, por sua condição natural, em regra estão em situação de vulnerabilidade superior à de uma mulher física e psicologicamente capaz.

Todavia, peca a lei ao não definir um tipo específico de partilha para as situações em que o núcleo familiar é composto por idosos ou deficientes. É contraproducente, nos casos de dissolução familiar, não estabelecer um modelo protetivo para as pessoas com deficiência ou em idade avançada. Assim, por exemplo, no caso de um núcleo familiar composto por um homem, seu pai deficiente físico e sua esposa, se houver a dissolução da relação do casal e o contrato tiver sido firmado sob os parâmetros estabelecidos pelo art. 35-A, o imóvel será transferido unicamente para a mulher ou registrado em nome dela.

Outro ponto a ser considerado é o fato de os núcleos familiares não serem todos compostos apenas por um homem e uma mulher. Caso haja a dissolução de um núcleo familiar

constituído por dois homens, em que um trabalhe e o outro permaneça na residência cuidando dos filhos e em dependência financeira, poderia o imóvel ser transferido somente para o que detém a guarda dos filhos, ou essa regra não seria aplicável em caso de união homoafetiva?

Esses exemplos evidenciam o descompasso da norma vigente com a melhor compreensão doutrinária e jurisprudencial sobre a evolução da proteção das pessoas que compõem as entidades familiares. Portanto, a *Lei do PMCMV* deve ser alterada para adaptar-se à nova realidade social e abarcar tanto a proteção da mulher ou das crianças e adolescentes em caso de dissolução da família quanto a de outros vulneráveis que componham núcleos familiares não enquadrados no modelo tradicional de família.

4 Aspectos controversos do art. 35-A da *Lei do PMCMV*

O regime de comunhão parcial de bens é o mais usual no País, e todo casamento não realizado com pacto antenupcial é regido por essa forma de comunhão (Lôbo, 2020b).

Segundo Lôbo (2020b), o que singulariza o regime é a coexistência de bens comunicáveis e não comunicáveis. A linha de separação está na data da celebração do casamento. Até ela, os bens adquiridos por um dos cônjuges permanecem particulares, inclusive os adquiridos posteriormente com valores derivados da alienação dos bens particulares; após a celebração, as aquisições de bens realizadas por ambos ou por apenas um dos cônjuges, mediante negócio jurídico oneroso, são consideradas comunicáveis, ou seja, o bem adquirido pertence a ambos os cônjuges (Lôbo, 2020b). Nos termos do art. 1.639 do *Código civil* (Brasil, [2023b]), aos cônjuges resta o direito de estipular regime de comunhão de bens distinto da comunhão parcial antes da celebração do matrimônio ou realizar a modificação durante o matrimônio, desde que haja autorização judicial com base em requerimento motivado por ambos os cônjuges e haja a apuração da procedência das razões, sendo protegidos os direitos de possíveis beneficiados ou prejudicados por terem interesses diretos nos efeitos da relação conjugal.

Com base na verificação do regime de casamento é determinada a forma de partilha de bens no momento da separação do casal. No entanto, o art. 35-A da *Lei do PMCMV* estabeleceu uma exceção que modifica a forma de divisão de bens em casos de separação. Com essa exceção, sob o argumento de promoção da igualdade material mediante a discriminação positiva das mulheres, a lei não observa a determinação do art. 226, § 5º, da CRFB (Diniz, 2018, p. 364): na sociedade conjugal, tanto os direitos quanto os deveres devem ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (Brasil, [2023a]). Além disso, o *caput* do art. 5º da CRFB estabelece que todos são iguais perante a lei e, de forma complementar, o inciso I firma que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

Numa primeira análise, percebe-se que, sem um forte fundamento para justificar a exceção à regra de comunhão de bens, a prescrição do art. 35-A da *Lei do PMCMV* fere a

CRFB. Ao realizarem o financiamento imobiliário sob as regras do PMCMV, os contratantes apresentam suas rendas e, com base na renda de cada um, determina-se um percentual de comprometimento no contrato. Assim, se a renda de um dos cônjuges é maior que a do outro, um percentual maior é estabelecido a quem auferir maior rendimento mensal. O percentual de renda serve não apenas para delimitar as obrigações dos contratantes mas também para determinar o percentual do seguro obrigatório por morte ou invalidez permanente de cada um deles e, conseqüentemente, o percentual de liquidação do contrato em caso de sinistro.

Outra utilidade dessa determinação em casos de separação é facilitar a estipulação da parcela do financiamento com a qual cada um terá de arcar, com base no entendimento de que não se deve comprometer um percentual considerável dos rendimentos mensais individuais. Contudo, essa divisão não obriga individualmente um dos cônjuges a pagar apenas o percentual exposto no contrato; ambos devem arcar com o pagamento integral das prestações.

Ao determinar que o imóvel, independentemente do regime de comunhão de bens, será transferido apenas para a mulher no momento do divórcio, separação ou fim da união estável, o art. 35-A da *Lei do MCMV* não contempla os direitos de propriedade do cônjuge que ficará sem o bem, pois não estabelece forma alguma de compensação, nem desobriga quem ficará sem o imóvel de pagar as parcelas do financiamento.

Dessa forma, a lei relativiza a força vinculante do contrato, pois exclui o direito de propriedade de um dos membros e, ao mesmo tempo, promove o enriquecimento sem causa do cônjuge beneficiário, que ficará com a totalidade do imóvel, mesmo tendo pago apenas parte do financiamento (Leardini, 2023, p. 1.691). Porém, esse não parece ser o melhor caminho interpretativo: não é possível aplicar o dispositivo sem considerar todo o ordenamento jurídico e a necessidade de coerência do sistema, que veda o enriquecimento sem causa. Não é razoável impor a um dos cônjuges a perda de seus direitos sobre o bem, mas manter a exigibilidade das parcelas do financiamento. Além disso, segundo as regras do programa, é vedado o financiamento de mais de um imóvel; assim, de acordo com o § 8º do art. 6º-A (Brasil, [2023c]), ele não poderá ser beneficiado com novas subvenções econômicas, uma vez que já foi beneficiário.

Todavia, como observa Mello (2000, p. 18), determinadas situações tornam possível a relativização do princípio da igualdade que visa evitar desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para realizar desequiparações, a lei necessita compatibilizar as exceções com os princípios do ordenamento jurídico, de forma a fundamentar a criação de uma alternativa ao modelo vigente. De acordo com a fundamentação da MP nº 561/2012 (Brasil, 2012), a opção pela medida legislativa seria um sinal de que o governo estaria priorizando as mulheres nos programas sociais. De fato, situações, como a disparidade salarial e a agressão doméstica, justificam a manutenção da exceção ao sistema regular de divisão de bens – fatores que pesam no momento da análise legislativa.

Segundo o IBGE, as mulheres recebem em média 76,5% do rendimento dos homens (Peret, 2019), o que as deixa em inferioridade financeira em relação a seus maridos. Quanto à violência doméstica, segundo dados divulgados pela Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos, no primeiro semestre de 2022 foram registradas 31.398 denúncias e 169.676 delitos envolvendo a violência doméstica contra mulheres (Brasil [...], 2022). Assim, a exceção à regra da partilha de bem é justificável, pois numa moradia adequada a mulher teria segurança para separar-se do agressor e desvincular-se da relação abusiva (Diniz, 2018, p. 371).

Contudo, apesar dos números expressivos, nem sempre a mulher se encontra em situação de vulnerabilidade ou de hipervulnerabilidade na relação conjugal, de modo que o elemento justificador da desequiparação de igualdade perde força: não é razoável a transferência de propriedade de forma exclusiva para a mulher, muito menos sem qualquer compensação financeira, sob pena de se caracterizar o seu enriquecimento sem causa. Ela ficará com o imóvel em detrimento dos direitos do homem, que terá que deixar o bem e continuar a pagar mensalmente o financiamento.

Por outro lado, há uma exceção à regra estipulada pelo art. 35-A da *Lei do MCMV*: caso o homem fique com a guarda dos filhos, em seu nome deverá ser transferida ou registrada a propriedade do imóvel objeto do financiamento habitacional em nome do casal (Brasil, [2023c]). Com essa estipulação, o legislador optou por proteger os filhos menores de 18 anos, pois em regra não têm capacidade civil completa e necessitam de proteção. Logo, a troca situacional protetiva é produtiva e justificável: quem fica com a guarda dos filhos deve ter facilitado o processo de criação, educação e estabilidade das crianças e adolescentes.

A *Lei do PMCMV* apenas estabelece que a propriedade deve ser transferida ao marido ou registrada em favor dele caso ele tenha a guarda dos filhos; o fato gerador dessa proteção é o interesse do menor. Entretanto, a menoridade é passageira: no decorrer do tempo ela será superada, de modo que o fato ensejador da transferência de propriedade perderá o sentido; resta apenas o prejuízo ao cônjuge que perdeu o direito sobre o imóvel, pois a lei não prevê a compensação, nem mesmo a partilha após a superação do fato gerador da divisão excepcional.

Outro ponto a considerar é que a guarda pode ser alterada. Nesse caso, deve-se alterar a titularidade da propriedade? Sobre o tema, Tartuce (2021) afirma que a propriedade ganharia uma natureza ambulatória, uma vez que seguiria a guarda dos filhos, e reconhece a dificuldade de efetivação da forma de propriedade, dado que não haveria a estabilização necessária e esperada do domínio.

Diante disso, em que pesem os pontos acertados da legislação, ainda há lacunas a serem superadas e espaço para o aperfeiçoamento da norma, de forma a adaptar às tendências sociais, legislativas e jurisprudenciais da contemporaneidade uma lei que, por seu forte aspecto protecionista, mostra-se produtora no cenário jurídico.

5 Considerações finais

Como um princípio constitucional, o direito à moradia necessita ser protegido e efetivado o melhor possível no ordenamento jurídico. Para isso, deve o Estado buscar formas para regular e fomentar esse direito. Uma das políticas mais usuais tem sido a aquisição de moradia por meio dos financiamentos imobiliários que utilizam subsídios ofertados pelo Estado. Como forma de proteger determinados setores da sociedade, no programa de facilitação do acesso à moradia o Estado intenta criar mecanismos de proteção para pessoas em situação de hipervulnerabilidade, vulnerabilidade ou desvantagem social. Em virtude disso, criou-se em 2009 a regra do art. 35-A da *Lei do PMCMV*, a qual estabeleceu outra forma de divisão de bens, com o fim de proteger a mulher ou os filhos menores.

Apesar de haver motivos razoáveis para a manutenção dessa exceção ao regime de comunhão de bens, não parece o melhor caminho utilizar a norma do art. 35-A da *Lei do MCMV* ou seu parágrafo único como regra geral, aplicável sem verificação do caso concreto e sem um diálogo coerente com outras fontes normativas. A lei precisa ser aperfeiçoada para adequar-se às situações cotidianas, como o atual modelo de guarda compartilhada entre os pais. Na busca pela proteção dos vulneráveis, o Poder Legislativo criou um mecanismo controverso, que merece atenção e maiores reflexões sobre sua aplicabilidade, pois a lei não prevê situações como casamentos entre pessoas do mesmo sexo nem a proteção a deficientes físicos, mentais ou idosos sob a guarda de um dos cônjuges. Nesses casos, ao desconsiderar aspectos práticos e situacionais mercedores de proteção, o legislador deixou de proteger pessoas vulneráveis por razões físicas, etárias ou mentais.

Referências

ABDALA, Vitor. Expectativa de vida no Brasil sobe para 76,8 anos. *Agência Brasil*, Rio de Janeiro, 25 nov. 2021. Geral. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2021-11/expectativa-de-vida-no-brasil-sobe-para-768-anos>. Acesso em: 29 fev. 2024.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. (Teoria & Direito Público).

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: 29 fev. 2024.

_____. *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: 29 fev. 2024.

_____. *Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009*. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2023c]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm. Acesso em: 29 fev. 2024.

_____. *Medida Provisória nº 561, de 8 de março de 2012*. Altera as Leis nº 12.409, de 25 de maio de 2011, nº 11.578, de 26 de novembro de 2007, nº 11.977, de 7 de julho de 2009, e nº 10.188, de 12 de fevereiro de 2001. Brasília, DF: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2012. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4456331&ts=1630422491668&disposition=inline>. Acesso em: 29 fev. 2024.

_____. *Medida Provisória nº 1.162, de 14 de fevereiro de 2023*. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2023d. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Mpv/mpv1162.htm. Acesso em: 29 fev. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial nº 586.316/MG*. Direito do consumidor. Administrativo. Normas de proteção e defesa do consumidor. Ordem pública e interesse social. Princípio da vulnerabilidade do consumidor. Princípio da transparência. Princípio da boa-fé objetiva. Princípio da confiança. Obrigação de segurança [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrida: Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação - Abia. Relator: Min. Herman Benjamin, 17 de abril de 2007. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=683195&tipo=0&nreg=200301612085&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090319&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 29 fev. 2024.

BRASIL tem mais de 31 mil denúncias de violência doméstica ou familiar contra as mulheres até julho de 2022. *MDHC Notícias*, [Brasília, DF], 31 ago. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2022/eleicoes-2022-periodo-eleitoral/brasil-tem-mais-de-31-mil-denuncias-violencia-contra-as-mulheres-no-contexto-de-violencia-domestica-ou-familiar>. Acesso em: 29 fev. 2024.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____ (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

CARVALHO, José Lucas Santos; ÁVILA, Flávia de. A hipervulnerabilidade social do sujeito de direito a partir do estudo de caso da Comunidade Carrilho, município de Itabaiana/SE. *Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 110-129, jul./dez. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-009X/2016.v2i2.1422>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/1422>. Acesso em: 29 fev. 2024.

CHAMOUN, Ebert. Exposição de motivos do esboço do Anteprojeto do Código Civil – direito das coisas. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 20, n. 2, p. 225-239, abr./jun. 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/420>. Acesso em: 29 fev. 2024.

COMENTÁRIOS gerais dos Comitês de Tratados de Direitos Humanos da ONU: Comitê de Direitos Humanos, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. [S. l.]: Núcleo de Estudos Internacionais: Defensoria Pública do Estado de São Paulo: Ministério Público Federal, 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/44631261/Coment%C3%A1rios_gerais_dos_Comit%C3%AAs_de_Tratados_de_Direitos_Humanos_da_ONU. Acesso em: 29 fev. 2024.

DINIZ, Priscila Aparecida Lamana. O novo regime de partilha de bens imóveis instituído pela Lei 11.977/2009 e seus aspectos polêmicos. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (coord.). *Temas contemporâneos de direito das famílias*. São Paulo: Pílares, 2018. v. 3, p. 353-377.

LEARDINI, Andréia Susi. O impacto do artigo 35-A da Lei 11.977/2009 e artigo 14 da Lei 14.118/2021 nos contratos de mútuo habitacional. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 1.681-1.698, jan. 2023. DOI: <https://doi.org/10.34117/bjdv9n1-116>. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/56104>. Acesso em: 29 fev. 2024.

LIMA, Mateus Fernandes Vilela. O direito à moradia e as políticas públicas habitacionais brasileiras da segunda década do século XXI. *Geo UERJ*, Rio de Janeiro, n. 36, p. 1-19, jan./jun. 2020. DOI: <https://doi.org/10.12957/geouerj.2020.48406>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/geouerj/article/view/48406>. Acesso em: 29 fev. 2024.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: coisas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020a. v. 4. *E-book*.

_____. *Direito civil: famílias*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020b. v. 5. *E-book*.

MALAGÓN OVIEDO, Rafael Antônio; CZERESNIA, Dina. O conceito de vulnerabilidade e seu caráter biossocial. *Interface – Comunicação, Saúde e Educação*, Botucatu, v. 19, n. 53, p. 237-249, abr./jun. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1590/1807-57622014.0436>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/icse/a/5BDdb5z4hWMNn58drsSzktF/?lang=pt>. Acesso em: 29 fev. 2024.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENEZES, Rafael Lessa V. de Sá. *Crítica do direito à moradia e das políticas habitacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado: REDE*, Salvador, n. 4, p. 1-35, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=63>. Acesso em: 29 fev. 2024.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito fundamental à moradia*. São Paulo: Pillares, 2008.

PELE, Antonio. La dignidad humana: modelo contemporáneo y modelos tradicionales. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 11, n. 2, p. 7-17, jul./dez. 2015. DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v11n2p7-17>. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/892>. Acesso em: 29 fev. 2024.

PERET, Eduardo. Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem. *Agência IBGE Notícias*, [s. l.], 28 mar. 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem>. Acesso em: 29 fev. 2024.

PICO, Giovanni. *Discurso pela dignidade do homem*. Tradução de Antonio A. Minghetti. Porto Alegre: Ed. Fi, 2015. (Série Filosofia & Interdisciplinaridade, 36). Disponível em: <https://www.editorafi.org/81antonio>. Acesso em: 29 fev. 2024.

PISARELLO, Gerardo. Vivienda para todos: derecho en construcción. In: SOTO FLORES, Armando (coord.). *Derecho procesal constitucional*. México, DF: Secretaría de Gobernación: Secretaría de Cultura: Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016. p. 259-282. (Biblioteca Constitucional. Serie Grandes Temas Constitucionales). Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4556/12.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2024.

ROSA, Tais Hemann da. Aspectos teóricos sobre a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 13, n. 2, p. 260-286, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/6006>. Acesso em: 29 fev. 2024.

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, 2021.

_____. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado: RERE*, Salvador, n. 20, p. 1-46, dez./fev. 2009-2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=413>. Acesso em: 29 fev. 2024.

SCARPA, Antonio Oswaldo. *Direitos fundamentais sociais: conteúdo essencial, judicialização e direitos sociais em espécie*. Salvador: JusPODIVM, 2021.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flávio. A Lei 14.118-21 e suas repercussões para o direito de família. Breves anotações. *IBDFAM*, Belo Horizonte, 28 jan. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1632/A+lei+14.118-21+e+suas+repercuss%C3%B5es+para+o+Direito+de+Fam%C3%ADlia.+Breves+anota%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 29 fev. 2024.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a 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 abuso de poder nas eleições: considerações para mudanças no novo *Código eleitoral*

The abuse of power in elections: considerations for changes in the new *Electoral Code*

Cláudio Drewes José de Siqueira¹

Resumo

Em andamento no Congresso Nacional, o projeto de lei complementar do *Código eleitoral* objetiva fazer modificações importantes no sistema eleitoral. Contudo, carece de uma abordagem mais clara acerca das diferentes formas de abuso de poder, fenômeno que prejudica a integridade do sistema e, conseqüentemente, afeta a lisura e o resultado das eleições. O artigo tem por escopo elaborar uma definição mínima de *abuso de poder*, com base em sua proximidade com o *abuso de direito*, expondo aspectos comuns a ambas as figuras jurídicas, bem como examinar as diversas modalidades de abuso de poder praticadas no âmbito do processo eleitoral com o propósito de contribuir para o aperfeiçoamento do texto em tramitação.

Palavras-chave: legislação; projeto de lei; *Código eleitoral*; abuso de poder; modalidades.

Abstract

Currently underway in the National Congress, the complementary bill to the Electoral Code aims to make important changes to the electoral system. However, there is a need for a clearer approach to abuse of power, in its various forms, as it is a phenomenon that damages the integrity of the system and, consequently, affects the fairness and results of elections. The purpose of the article is to outline a minimum definition of *abuse of power*, based on its proximity to *abuse of rights*, exposing common aspects to both legal figures, with the purpose of examining the different types of abuse of power practiced within the scope of electoral process, followed by criticism of the content of the text in progress.

Keywords: legislation; bill; Electoral Code; abuse of power; modalities.

¹ Cláudio Drewes José de Siqueira é mestre em Direito pela Universidade de Sevilha, Andaluzia, Espanha; doutorando em Direito na Universidade de Salamanca, Castela e Leão, Espanha; graduado em Direito pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; procurador-regional da República. E-mail: claudiodrewes@mpf.mp.br

1 Introdução

Após aprovação pela Câmara dos Deputados em setembro de 2021, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei Complementar (PLP)⁴ nº 112/2021 (Brasil, 2021b), cujo fim é dispor sobre normas do processo eleitoral. Ainda que esteja em adiantada fase de tramitação, percebe-se que o texto do PLP não estabelece contornos suficientemente claros para o abuso de poder nas eleições.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência demonstram que o fenômeno do abuso de poder no processo eleitoral ainda carece de abordagem normativa mais completa, com o fito de estabelecer os pressupostos conceituais e legais para sua melhor compreensão e aplicação de medidas mais adequadas a sua contenção e combate. De fato, o texto do PLP deixou escapar a oportunidade de estabelecer balizas normativas fundamentadas em conceitos precisos, que permitam identificar o fenômeno e estabelecer limites para o livre e adequado exercício do poder.

Neste artigo, após uma breve exposição do conteúdo normativo em tramitação, busca-se conceituar o *abuso de poder* e identificar suas diversas modalidades e manifestações no processo eleitoral, com o objetivo de contribuir a tempo para o debate em torno dessa *absentia* normativa e para possíveis correções no projeto de lei em tramitação.

2 O projeto de novo Código eleitoral

Com 898 dispositivos, o PLP nº 112/2021 visa condensar num único documento – o futuro *Código eleitoral* (CE) – toda a legislação eleitoral tratada dispersamente em leis e regulamentada em resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Fruto do esforço conjunto de um grupo de trabalho da Câmara dos Deputados, o projeto objetiva consolidar e sistematizar toda a normativa eleitoral – hoje desatualizada, esparsa e assistemática.

2 SIQUEIRA, Cláudio Drewes José de. O abuso de poder nas eleições: considerações para mudanças no novo Código eleitoral. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 242, p. 195-213, abr./jun. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p195

3 Siqueira, C. D. J. de. (2024). O abuso de poder nas eleições: considerações para mudanças no novo Código eleitoral. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(242), 195-213. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p195

4 Um PLP regula matéria em que a CRFB exige esse tipo de norma. Ele tem prioridade na tramitação e deve ser apreciado em plenário, com dois turnos de discussão e votação para ser aprovado pelo quórum de maioria absoluta e, por fim, sujeitar-se à sanção do presidente da República. Aprovado, o PLP transforma-se em lei complementar.

Encampando o espírito do tempo, o projeto de CE almeja sobretudo criar um sistema eleitoral em harmonia com os princípios e as disposições normativas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), em contraposição ao CE vigente, datado de 1965 e fundamentado na Constituição de 1946. Mais que anacrônicas, muitas de suas disposições normativas são antinômicas. Urge, pois, adequar toda a normativa eleitoral à CRFB, para não se incorrer numa inconstitucionalização progressiva. Tenciona o legislador abarcar as regras relativas a eleitores, candidatos, inelegibilidades, partidos, propaganda eleitoral, financiamento de partidos e de eleições, crimes eleitorais – e inova ao estabelecer os crimes de *fake news*, de caixa dois eleitoral e de violência política, entre outros.

Além disso, o PLP cogita de inovar em aspectos como: a) limitar o poder regulamentar do TSE atribuindo ao Congresso Nacional o poder de sustar os atos normativos que exorbitem a esfera regulamentar das leis eleitorais e da CRFB; b) garantir a autonomia partidária; c) estabelecer marcos normativos específicos em que poderá vigorar o princípio da anualidade eleitoral, conforme a matéria tratada; e d) regulamentar as candidaturas coletivas, o fundo partidário e a pesquisa eleitoral (Brasil, 2021b).

No entanto, dado o desafio de atender a diversos objetivos, constata-se que a proposta de codificação eleitoral é bastante tímida em relação ao *abuso de poder*⁵, especialmente quanto a sua clara definição. O legislador não considerou que, por ter um alcance conceitual bem amplo, o abuso de poder eleitoral apresenta especificidades como o abuso de poder político, de poder econômico, de poder de uso de informação e de comunicação social, além do abuso de poder de exposição midiática – quando a proeminência de um candidato é propiciada pela exposição pública frequente, em período eleitoral ou não. Por essas razões, merecia abordagem normativa mais cuidadosa.

3 O abuso de poder político

O poder político⁶ é objeto de disputa na arena eleitoral, em que se define o modo de ser e os destinos de uma nação. Seu titular e também destinatário é o povo, porque dele emana esse poder, diretamente exercido por seus titulares ou por meio de representantes eleitos. Parsons (1975 *apud* Stoppino, 1998, p. 941) define *poder*, no sentido específico de *poder político*, como a

capacidade geral de assegurar o cumprimento das obrigações pertinentes dentro de um sistema de organização coletiva em que as obrigações são legitimadas pela sua

⁵ O título IV do PLP nº 112/2021 trata dos principais ilícitos eleitorais: a fraude, a corrupção e o abuso de poder (Brasil, 2021b).

⁶ “Art. 1º. O Brasil é uma República. O poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade” (Brasil, [1946]).

co-essencialidade aos fins coletivos e, portanto, podem ser impostas com sanções negativas, qualquer que seja o agente social que as aplicar.

Numa compreensão clara de como o fenômeno do poder político atua, em contraposição ao jurídico, Jellinek (*apud* Hesse, 1991, p. 10) adverte que “o desenvolvimento das Constituições demonstra que regras jurídicas não se mostram aptas a controlar, efetivamente, a divisão de poderes políticos. As forças políticas movem-se consoante suas próprias leis, que atuam independentemente das formas jurídicas”.

Num regime democrático, o acesso ao poder político necessariamente se faz no transcurso do processo eleitoral, delimitado por regras próprias que o norteiam e garantem que ocorram eleições livres, independentes, periódicas, justas, íntegras, seguras, transparentes e inclusivas, destinadas a assegurar a vontade popular, conforme menciona o PLP⁷. Assim, para que as eleições reflitam com maior margem de certeza o anseio social por meio do voto, o processo eleitoral deve resguardar a vontade popular de influências perniciosas, de modo a equalizar as oportunidades entre os candidatos.

A preservação do Estado democrático de Direito e a harmonia social decorrem da legitimidade do resultado alcançado nas urnas, o que exige o equilíbrio entre as diversas forças em disputa na arena eleitoral e é o objetivo imediato a ser assegurado e tutelado, procedimental e ritualisticamente, em todo o trâmite eleitoral. Por isso, a Constituição de 1967 já destacava nos incisos do art. 148 que eram casos de inelegibilidade o influxo desmedido do poder econômico e o abuso do poder político:

Art. 148 – A lei complementar poderá estabelecer outros casos de inelegibilidade visando à preservação: I – do regime democrático; II – da probidade administrativa; III – da normalidade e legitimidade das eleições, contra o abuso do poder econômico e do exercício dos cargos ou funções públicas (Brasil, [1985]).

Esse dispositivo foi reproduzido na Constituição de 1969:

Art. 151. Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos dentro dos quais cessará esta, visando a preservar: I – o regime democrático; II – a probidade administrativa; III – a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e. IV – a moralidade para o exercício do mandato (Brasil, [1988]).

E mais tarde replicado na CRFB, o que comprova a importância do tema:

⁷ “Art. 3º. A escolha para os cargos de representação política realizar-se-á por meio de eleições periódicas, autênticas, íntegras, transparentes e inclusivas, destinadas a assegurar a prevalência da vontade popular” (Brasil, 2021b, p. 3).

Art. 14. [...] § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (Brasil, [2023a]).

O PLP nº 112/2021 contém um capítulo que concentra normas relacionadas a *abuso de poder*⁸; contudo, quanto às vertentes mais peculiares do processo eleitoral, ele é lacônico e vago em sua definição, de forma que continua a depender de legislação acessória e do esforço hermenêutico doutrinário. Como o legislador por si só não pode resolver todo o problema da correta aplicação do instituto, a referência a algum conteúdo normativo de caráter geral permitiria ao intérprete perscrutar sua essência e seus contornos para melhor caracterizar uma situação fática e viabilizar a adoção da medida mais adequada (Sá, 1973, p. 286-287). Isso revela a necessidade de se caracterizarem com mais precisão os temas tratados no Título IV, a fim de evitar que sua compreensão recaia no limbo da subjetividade de eventual jurisprudência.

Os ilícitos eleitorais – as práticas de manipulação, corrupção, fraude, abuso de poder, falhas na realização do pleito – violam a integridade e a legitimidade do processo eleitoral, especialmente seu resultado. Norris (2013, p. 564, tradução nossa) define integridade eleitoral como o conjunto de “princípios internacionais, valores e *standards* de eleições aplicados universalmente a todos os países [...] através do ciclo eleitoral”, que inclui “o período pré-eleitoral, a campanha, o dia da votação e o seu epílogo”. Para combater as más condutas, é imprescindível a clara definição de *abuso eleitoral*, a compreensão e a identificação jurisprudencial de suas modalidades de ocorrência, de forma que os órgãos de fiscalização do processo eleitoral possam adotar as medidas cabíveis.

Como expressão da soberania popular e veículo pelo qual a democracia se manifesta, o voto iguala todos os cidadãos, independentemente de origem, nível socioeconômico, raça, sexo, idade, credo religioso, posição política ou qualquer outra peculiaridade. Num mesmo momento cívico, cada cidadão, equiparado a qualquer outro, assume sua parcela de poder político decorrente da soberania popular. Todos, na mesma medida e peso, são conclamados a sufragar sua escolha, cujo valor não deve ser desconsiderado.

De outra parte, o mandato obtido por um candidato num pleito eleitoral assenta-se na soberania popular; de acordo com Canotilho (2016, p. 292-293), sua função é ordenar o plano de construção da democracia, cujo exercício pressupõe essa legitimidade para o pleno desempenho de seus deveres políticos com o propósito de atender aos fins e aos interesses

⁸ Art. 170, IV e XII (casos inelegibilidade); art. 392 (doação acima do permitido); art. 406 (gasto excessivo); art. 441 (com o resultado da desaprovação de contas); art. 443, § 4º (idem); art. 453, § 2º (propaganda eleitoral abusiva); art. 507, § 3º (violação em compartilhamento de dados pelo partido); art. 508, § 2º (envio de conteúdo propagandístico político); art. 510, parágrafo único (envio de mensagens eleitorais); art. 722 (envio do formulário de Requerimento de Registro de Candidatura) (Brasil, 2021b).

do povo. Por isso, quando se contesta e se recrimina a captação ilícita de sufrágio, a punição tem o fim de impedir a interferência indevida na livre expressão política assegurada pela CRFB a todo cidadão no exercício de sua parcela de poder de decisão; sua vontade não deve estar maculada por vícios de consentimento que afetem a livre manifestação e, em última análise, tisnem o resultado das urnas.

Em sentido amplo, a captação ilícita de sufrágio é uma das exteriorizações evidentes do abuso de poder, em quaisquer de suas modalidades, pois resulta em intromissão ilícita na esfera da livre manifestação da vontade política de um povo no exercício exclusivo da prerrogativa alcançada por sua adesão tácita ao contrato social. Em razão das várias nuances dos tipos de abuso de poder, partir de uma conceituação clara permite que o campo a ser investigado seja mais bem entendido. Neste estudo, não se pretende esgotar o tema, mas apresentar uma conceituação mínima para o novo CE.

Para sua elucidação, deve-se decompor a expressão *abuso de poder*. Nos dicionários, o verbete *abuso*⁹ tem as acepções distintas (*excesso, imoderação, incorreto, desarrazoado*), estabelecidas em contraposição a elementos de aceitação comum, padrões histórico-sociais e normas acreditadas por um número expressivo de cidadãos. Por outro lado, como salienta Han (2017, p. 9)¹⁰, o conceito de *poder* é complexo: envolve várias interpretações e abriga noções jurídicas, políticas e sociológicas.

Segundo Weber (1992, p. 191), define-se *poder* como toda probabilidade de impor a vontade a alguém numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade; o *poder* consistiria na capacidade ou na possibilidade de agir e produzir efeitos com base nessa imposição. Quando se transpõe essa definição para o campo das relações diretas na sociedade, *poder* implica a possibilidade de alguém determinar o comportamento de outrem; o agir deste é a causa e o resultado do agir daquele, sem que essa noção de *causa* envolva a perspectiva de um determinismo mecanicista, no dizer de Stoppino (1998, p. 933-934, 938); e também sem que essa determinação configure coerção ou neutralização da vontade do outro, como em geral se compreende. Ela pode ser indireta e sem ameaça de violência. De acordo com Luhmann (*apud* Han, 2017, p. 11),

[e]mbora ameaçar por meio do conflito direto ou da violência física possa ser um método muito eficaz de poder, uma vez que é independente do contexto, torna-se demasiado rudimentar para processos complexos. Um sistema que, como método de poder, conhece unicamente a violência torna-se pobre quando se trata de diversificar e não é capaz senão de uma produtividade escassa. Um sistema complexo requer

⁹ “(a.bu.so) sm. 1. Uso exagerado de algo [...]. 2. Uso errado ou indevido de algo [...]. 3. Aproveitamento exorbitante de atribuições, função, prerrogativas etc. (abuso de poder) 4. Violação das boas normas de comportamento, da boa educação, dos costumes estabelecidos [...]. 5. Atentado ao pudor, à honra. 6. [Estupro], defloração não consentida. 7. Bras. Superstição, abusão [...]. 8. N.E. Enjoo, fastio (esp. por ter comido muito) [F.: Do lat. *abusus*, *us*]” (Abuso, [20--]).

¹⁰ Han (2017, p. 20) elucida o entendimento de Luhmann acerca do método de poder baseado no conflito ou na violência e a sua ineficácia perante meios indiretos.

mecanismos de controle e de poder minuciosamente estruturados. A simples força muscular serve, então, de pouco. Num sistema complexo, surgem considerações nas quais meios de poder indiretos e menos patentes funcionam de forma muito mais eficaz do que a ameaça da violência.

Com base nisso, a doutrina reconhece que o poder se exerce de múltiplos modos: a influência, a coação, a indução, a sugestão canalizada, a instigação etc. Há também uma diversidade de acepções e modalidades que disso decorrem, como o poder político, o poder ideológico, o poder econômico, o poder religioso etc. – cada qual com sua capacidade de influência tanto no âmbito de sua atuação quanto fora dele. Definidas essas premissas e conjugando as definições mencionadas, o abuso de poder mantém uma relação de identidade essencial (*eadem ratio essendi*) com o abuso de direito – cuja origem como instituto jurídico aflorou na *æmulatio* romana. Foi mais bem desenvolvido nos tempos medievos e aprimorado no século XIX pelos pandectistas alemães para assumir o formato hoje adotado em vários países.

Muito antes, como resultado das transformações sociais que advieram da *Lei das doze tábuas* (século V a.C.), a plebe consagrara-se em Roma no período republicano; e os romanos passaram a entender que o exercício ilimitado de um direito subjetivo, considerado até então absoluto (*neminem laedit qui suo iure utitur*)¹¹, era inaceitável quando tivesse o fim prejudicar a outrem (*abusus non est usus, sed corruptela*) e, por isso, devia sofrer limitação e ser relativizado (Sá, 1973, p. 110; Martins, 1997, p. 17). Demonstrou-se a partir de então que o abuso se configuraria no uso ilícito de poderes, faculdades, situações, causas ou objetos, ínsitos num direito subjetivo, com um fim contrário à sua essência. No abuso de direito estaria contida a missão de equilibrar os interesses em conflito e de avaliar os motivos “que legitimam o exercício dos direitos, condenando, como antissociais, todos os atos que, apesar de praticados em aparente consonância com a lei, não se harmonizam, na essência, com o espírito e a finalidade desta mesma lei” (Martins, 1997, p. 7).

Tal como em sua gênese, na modernidade o instituto do abuso de direito passou a ser reconhecido quando um poder que se exerce de modo anormal em relação a um direito subjetivo e que atenta contra o espírito da lei ao se desviar de sua finalidade econômica e social, ou quando afronte valores imanentes ao direito exercido. Nesse universo, os valores decorreriam de exigências morais ou de dados socioculturais que incidiriam sobre tal direito, e os valores nele implicados se imporiam como limites (Martins, 1997, p. 19). Contudo, a expressão *limites* não se restringe aos aspectos negativos, pois também alcança os positivos. Ademais, os limites impostos relacionam-se não apenas a fins sociais e econômicos do Direito, sob uma perspectiva finalística, mas também coincidem com as exigências da função social, vista sob o ângulo funcional (Sá, 1973, p. 105). Waline (*apud* Rosas, 2011,

¹¹ CAIUS, Digesto. “50.17.55 [...] nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur” (“não é visto como ato censurável quem exerce seu direito”) (Domini [...], [20--], tradução nossa).

p. 64, tradução nossa)¹² reconhece que “há abuso de direito ou de direitos, quando alguém utiliza o seu direito para um fim antissocial, malicioso ou malévolo, que não o uso que o legislador havia previsto quando o consagrou”.

Com inspiração em legislação estrangeira, o abuso de direito tratado na Lei nº 10.406/2002 (*Código civil*) tem entre suas fontes principais a teoria do *Rechtsmissbrauch* da Alemanha, consubstanciada no § 226 do código civil alemão – o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). Nele se prevê a “proibição de chicana” (*Schikaneverbot*), definida como “o exercício de um direito é inadmissível, quando este tiver por finalidade apenas causar dano a outrem” (Deutschland, [2023], tradução nossa)¹³. Encontrou também parte de seu esteio normativo no código civil português, cujo art. 334 assim dispõe: “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito” (Portugal, [2024]). Mais genérico, o dispositivo sobre abuso de direito no código civil da Espanha estabelece no art. 7, item 2, que “a lei não ampara o abuso do direito ou o seu exercício antissocial” (Espanña, [2023], tradução nossa)¹⁴. Datado do início do século XX, o código civil suíço não o define, mas a ele se refere no art. 2.2: “o abuso manifesto de um direito não é protegido pela lei” (Suisse, [2024], tradução nossa)¹⁵. Mais recente e com elementos bastantes para definir *abuso de direito*, o código civil belga estabelece¹⁶:

Art. 1.10. Abuso de direito. Ninguém pode abusar de seu direito. Comete um abuso de direito quem o exerce de maneira que passe manifestamente os limites do exercício normal desse direito por uma pessoa prudente e razoável colocada nas mesmas circunstâncias (Belgique, [2023], tradução nossa).

No ordenamento jurídico brasileiro, o abuso de direito assenta-se no art. 187 do *Código civil*, segundo o qual também “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (Brasil, [2023b]). Na transposição da noção de *abuso de direito* para a de *abuso de poder*, com o fim de caracterizar o uso indevido do poder, constata-se que o abuso de poder acolhe seus fundamentos nos princípios civilistas do abuso de direito; o ponto de contato entre as duas figuras jurídicas é a ideia de que, quando um direito ou um poder

¹² No original: “Il y a abus de droit ou des droits, lorsque quelqu’un a usé de son droit dans un but anti-social, méchant ou malveillant, qui en peut donc être l’usage que législateur avait prévu que l’on ferait de ce droit lorsqu’il l’a consacré”.

¹³ No original: “§ 226 Schikaneverbot. Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen”.

¹⁴ No original: “Artículo 7. [...] 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo”.

¹⁵ No original: “2 L’abus manifeste d’un droit n’est pas protégé par la loi”.

¹⁶ No original: “Art. 1.10. Abus de droit. Nul ne peut abuser de son droit. Commet un abus de droit celui qui l’exerce d’une manière qui dépasse manifestement les limites de l’exercice normal de ce droit par une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances”.

não é exercido dentro dos limites, inclusive legais, a conduta ingressa na esfera da ilicitude (*Rechtswidrigkeit*), o que acarreta a colisão de interesses que afeta o equilíbrio da ordem jurídica. Em vista disso, a compreensão do abuso de poder consistirá, primordialmente, na verificação da usurpação da finalidade econômica e social intrínseca ao poder, quando este ultrapassa os limites impostos ou aceitos socialmente, ainda que com a aparência de licitude, ou quando alcance um fim estranho à lei e às normas morais. Decerto, a verificação de sua licitude e legitimidade, com base nas circunstâncias, deve levar em conta sobretudo a percepção da finalidade alcançada ou pretendida pelo agente – mesmo que em intenções não expressas, por não ser seu requisito, mas concretizadas no plano fático, apesar da falta de resultados concretos mais evidentes. Assim, para sua caracterização não é necessário o *animus nocendi*, a intenção de malfezer (Pereira, 2022, p. 578).

Num quadro de normalidade, dentro de uma disputa natural de forças sociais, o poder e a resultante de sua influência são plenamente aceitos como fenômenos integrantes do corpo social, como que consequentes de fatores conjunturais, além dos acarretados por sua própria natureza. Contudo, é necessário considerar a função social de que se deve revestir todo exercício de poder, para que não se lhe desvirtue a natureza de fenômeno social. Para isso, deve enquadrar-se em certos limites negativos ou não, finalísticos e funcionais, num contexto de razoabilidade e de proporcionalidade (Bobbio, 2009, p. 183). Portanto, para se analisar a extensão desses limites e se estabelecer se é lícito ou ilícito, é indispensável o recurso aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que, segundo Carvalho Filho (2006, p. 31, grifos nossos), se apoiam no tripé adotado pela doutrina alemã:

- a) *adequação*, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; b) *exigibilidade*, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; c) *proporcionalidade em sentido estrito*, quando as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens.

Gomes (2020, p. 394) define *abuso de poder* como “o ilícito eleitoral consubstanciado no mau uso ou o uso de má-fé ou com desvio de finalidade de direito, situação ou posição jurídicas, e pode ou não haver desnaturamento dos institutos jurídicos envolvidos”. Para os fins deste estudo, conceitua-se *abuso de poder* como o exercício de um poder que se desvia de seu fim social e econômico, com o propósito de obter, para seu titular ou outros beneficiários, uma vantagem ou desvantagem desproporcional ou desarrazoada, com o intuito de impor uma vontade ou um interesse numa relação social, ultrapassando os níveis de aceitabilidade social e econômica comumente permitidos em princípios, regras e costumes adotados por uma comunidade.

4 O abuso do poder no projeto de novo Código eleitoral

No contexto político-eleitoral, o abuso de poder manifesta-se como abuso de poder político, abuso de poder econômico, abuso de poder de uso de informação e de comunicação social e abuso de poder de exposição midiática.

O poder político é definido no *caput* do art. 616 do PLP nº 112/2021 como a exploração eleiçoeira da estrutura do Estado, “bem como o uso desvirtuado das competências e prerrogativas inerentes à condição de agente público que acarrete vantagem eleitoral indevida”; também constitui espécie desse gênero a fraude à cota de gênero (Brasil, 2021b, § 1º). Ou seja, o abuso de poder político é uma espécie de usurpação no exercício de função, cargo ou emprego na Administração direta ou indireta, quando o *agente público* dele se utiliza com desvio de finalidade para atender a interesses de um candidato ou aos dele próprio como candidato. Conforme o § 2º do art. 605 do PLP, *agente público* é quem

exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional (Brasil, 2021b, p. 289).

Nesse caso, o agente público aproveita-se de sua posição privilegiada na estrutura do Estado, inclusive como candidato com mais evidência em relação a outros, para direcionar a máquina administrativa a seu favor (marketing, inaugurações, reuniões, construção de obras, prestação de serviços públicos etc.) para obter vantagens com fins eleitorais.

No § 1º do art. 616 do PLP também se considera abuso de poder político, por equiparação, a fraude à cota de gênero. Contudo, tecnicamente, essa situação não condiz com o abuso de poder político, pois o candidato não se aproveita de sua posição privilegiada na organização estatal. Ele não detém poder de decisão que, de algum modo, influa no estabelecimento dos percentuais de participação de candidatos de seu partido em eleições proporcionais. Igualmente, não tem poder de direcionar as eleições para o preenchimento tendencioso dos cargos em disputa. O estabelecimento de cota de gênero partidário é um critério de ação afirmativa para equalizar a participação de um segmento social aliado do processo participativo na sociedade. Ele é, pois, elemento de conteúdo democratizante que atua para concretizar o princípio da igualdade no exercício de direitos. Por ser um índice percentual de participação no processo democrático, ele deve ser observado pelos partidos políticos ao estabelecerem o quantitativo de candidatos que disputarão vagas em eleições proporcionais. Por isso, o cumprimento desse dever legal compete muito mais aos partidos políticos, que têm pleno domínio nessa distribuição de participantes, que ao próprio candidato.

Assim, com base no entendimento de que o preenchimento de cota de participação é *conditio sine qua non* para que qualquer partido político dispute as eleições, é indispensável que a fiscalização tanto da Justiça Eleitoral quanto do Ministério Público Eleitoral imponha

sua observância como condição para a participação na disputa eleitoral. Se ficar evidente que o candidato se valeu de sua posição privilegiada ou de destaque no partido para fraudar, manipular ou impedir o preenchimento da cota de gênero, configurar-se-á a situação prevista na lei *in fieri*, respondendo solidariamente o candidato e o partido político.

Com esteio nessa definição, consideram-se abuso de poder político as condutas vedadas no art. 605, como espécies daquele gênero. O rol é taxativo¹⁷, prevendo condutas específicas tanto na fase pré-eleitoral (a partir de 1º de janeiro do ano da eleição) quanto na eleitoral (a partir de 1º de abril do ano da eleição) (Brasil, 2021b). Por sua gravidade, as condutas ali enumeradas caracterizam também atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, I, da Lei nº 8.429/1992 (*Lei de improbidade administrativa (LIA)*) (Brasil, [2021a]); elas se sujeitam às disposições dessa, em especial às do art. 12, III, segundo dispõe o § 7º do art. 605 do PLP nº 112/2021 (Brasil, 2021b). Contudo, a Lei nº 14.230/2021 revogou o inciso I do art. 11, tornando atípica a violação contida nesse dispositivo e totalmente sem efeito qualquer punição dela decorrente. Isso se deve à lei modificadora, que estabeleceu um rol taxativo de condutas ímprobas, diferentemente do texto revogado, que de modo genérico possibilitava a punição por violação de princípios constitucionais da Administração Pública. Em 2023, ao acolher o Recurso Especial nº 2.003.049/MG, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu essa posição, extinguindo por atipicidade as condutas ali apontadas e, por conseguinte, as penas impostas:

Outrossim, na redação anterior *era possível a subsunção de ato à hipótese legal de improbidade administrativa tão somente se houvesse a conclusão fática de violação de princípio*, independente de caracterização de algum ato específico previsto em rol legal.

Contudo, com o advento da Lei n. 14.320/2021, que realizou profundas modificações na lei de improbidade administrativa, alterou de forma robusta o desenho subjetivo dos atos de improbidade administrativa com a impossibilidade de responsabilização objetiva por ato de improbidade administrativa, passando a ser exigida a caracterização do dolo para sua tipificação, consoante pode ser observado nas novas redações inseridas nos artigos 1º, §§ 1º e 2º; 9º, 10, 11; bem como na revogação do artigo 5º da legislação em epígrafe. Bem assim, *não mais há a hipótese legal de condenação em ato considerado improbo tão somente com a consideração de violação principiológica*, em decorrência da revogação expressa da viabilidade em casos concretos de extensão do rol exemplificativo que era previsto legalmente no antigo art. 11 da lei em foco.

[...] Portanto, irrefutável que, consoante análise fática já realizada pelas instâncias originárias, os atos praticados considerados ímprobos assim o foram em razão de alegada violação principiológica tão somente, o que descaracteriza a improbidade administrativa após a modificação legislativa, justificando a aplicação imediata ao

¹⁷ Conforme o art. 616, § 5º, do PLP nº 112/2021: “As hipóteses de abuso de poder previstas nesta Lei são taxativas, devendo ser interpretadas de modo restritivo” (Brasil, 2021b, p. 296).

presente caso da nova legislação, conforme hermenêutica jurídica explicitada na tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, vê-se que está caracterizada a *atipicidade da conduta do recorrente em razão da revogação da possibilidade legal de condenação tão somente com base em violação de princípio e considerando a hermenêutica jurídica estabelecida na fixação da tese pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de retroatividade da nova legislação em casos não transitados em julgado*, como se vê na hipótese de atos culposos, conclusão justificada no axioma jurídico “onde há o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito” (*ubi eadem ratio ibi idem jus*) (Brasil, 2023c, grifos nossos).

Com base na lei modificadora e nesse entendimento jurisprudencial, o ideal é que o legislador altere o dispositivo que remete ao artigo da LIA revogado (Brasil, [2021a], art. 11, I), de modo a considerar abuso de poder atos de improbidade por violação de princípios da Administração Pública com remissão à LIA apenas para seguir o seu rito procedimental.

No parágrafo único do art. 608 do PLP classifica-se também como espécie de abuso de poder político o tratamento discriminatório a candidatos, partidos políticos e coligações feito por emissoras públicas de rádio e de televisão (Brasil, 2021b). Aqui, além da quebra de independência e de neutralidade do órgão de imprensa oficial, a prova da violação deverá demonstrar de forma cabal o mau uso da imprensa oficial para beneficiar-se e prejudicar a outros candidatos. Tanto no § 7º do art. 605 quanto no § 2º do art. 616 do PLP, exige-se o reconhecimento judicial da gravidade da prática do ilícito descrito no *caput* para que leve à cassação do registro, diploma ou mandato do candidato beneficiado, à inelegibilidade do responsável e a outras sanções.

Todavia, o legislador equivooca-se ao exigir para o reconhecimento judicial do abuso de poder político a demonstração da gravidade da prática desse ilícito, pois *gravidade* é um conceito indeterminado, cujo “conteúdo e extensão são em larga medida incertos” (Engisch, 1996, p. 208). Assim, por apresentar uma zona de penumbra que não permite aplicar prontamente o conteúdo de seu significado ao caso concreto, ele exigirá a atuação do crivo do aplicador do Direito na ponderação para considerar se o que ocorreu – o abuso de poder político – é grave ou não. Por seu elevado grau de indeterminação, o emprego da palavra *gravidade*, que se ajusta à definição de conceito *normativo*, causa insegurança jurídica e receio de desvirtuamento da aplicação da lei, como explica Engisch (1996, p. 210). Por conter “referências a valores”, sua aplicação ao caso concreto demandará uma cuidadosa valoração para não se cometerem injustiças. Para isso, o aplicador do Direito deve socorrer-se dos subprincípios jurídicos do princípio da legalidade – o da razoabilidade e da proporcionalidade – para avaliar o *grau* da gravidade da conduta, sobretudo quanto ao requisito da *adequação* do meio empregado e sua compatibilidade com o fim pretendido legalmente.

Entretanto, a mera constatação do abuso de poder político já é em si uma violação normativa clara, pois o agente público intencionalmente ultrapassa os limites de sua competência e de sua atribuição; portanto, por menor que seja sua gravidade, é um ato ilegal.

Desse modo, antes de mesmo de qualquer enquadramento num tipo legal específico – para alcançar um fim de interesse particular, em *nítido abuso de poder* –, o agente público já malfere os princípios constitucionais da Administração Pública, como os da legalidade, impessoalidade e moralidade, em detrimento de outros candidatos e com a afetação da integridade do processo eleitoral. Não à toa, considera-se a espécie de conduta vedada a agentes públicos como ato de improbidade e que, por ter a mesma natureza e também semelhante *ratio essendi*, se aplica *in totum* ao gênero abuso de poder político.

Outra espécie do gênero *abuso de poder* é o de natureza econômica. O legislador estabeleceu no art. 625 do PLP uma definição geral sobre esse tipo próprio: “Constitui abuso de poder econômico a utilização desmedida de aporte patrimonial que acarrete vantagem eleitoral indevida, punível com multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais)” (Brasil, 2021b, p. 295). O PLP não estabeleceu os limites de aporte patrimonial a serem levados em consideração para se concluir que houve ou não abuso de poder econômico. Assim, impôs ao intérprete como possibilidades: a) o uso da analogia com a regra das doações que excedem as balizas da regularidade que caracterizam abuso de poder econômico para sua determinação e punição; ou b) a necessidade de construir repetidamente sua convicção com fundamento em elementos fáticos de cada caso concreto para verificar se se extrapolaram os limites estabelecidos.

De fato, não se pode utilizar a analogia para delimitar o abuso de poder econômico, dado que o ordenamento jurídico não admite a analogia *in malam partem*, em especial quando tiver por finalidade proibir e punir certo comportamento – com arrimo inclusive no adágio *nulla poena sine lege* que se aplica em casos similares –, como decorrência natural do princípio da reserva legal para o exercício de qualquer *jus puniendi*. Desse modo, resta apenas a segunda alternativa, que também não resolveria a questão e imporia uma solução meramente casuística, de modo que se enveredaria no plano da subjetividade do intérprete. Ao empregar a palavra *desmedida*, o legislador vale-se de um conceito jurídico que precisa ser modulado pelo intérprete com fundamento em determinada valoração, a fim de dissipar o halo em volta de seu núcleo, que torna incertos seu conteúdo e extensão (Engisch, 1996, p. 208). De acordo com Engisch (1996, p. 212), por não serem perceptíveis pelos sentidos, a representação e a compreensão desses conceitos só são obtidas por meio de uma conexão com o mundo das normas – “o seu teor de sentido [radica-se] em quaisquer normas, quer estas normas provenham do direito, da moral ou de qualquer outro domínio da cultura”.

Quanto ao primeiro ponto dessa discussão – a partir de quanto se consideraria desmedido um aporte patrimonial –, numa percepção geral do fenômeno, a efetiva constatação de uma extrapolação deve antes de tudo conectar-se à ideia de infração de normas de comportamento socialmente válidas em várias ordens justapostas – tais como usos, moral e o Direito – e entrelaçadas por um elemento estrutural comum. Num sentido geral, esse elemento comum é o que se designa *ethos*, que corresponde ao impulso para o comportamento correto que atua no ser humano e produz uma primitiva desaprovação sentimental

que desencadeia reações, mais ou menos instintivas, não orientadas ainda racionalmente contra o infrator (Henkel, 2019, p. 194-196, 202).

Sob a influência de preceitos residuais da moral no Direito, a aferição do abuso de poder econômico deve ocorrer quando se comprova a violação de um dever moral – o de agir de acordo com preceitos socialmente aceitos, que se consubstanciam em normas, costumes e formas de viver que alicerçam as obrigações orientadoras da prática, numa perspectiva kantiana (Macedo, 2012, p. 114). De fato, um aporte patrimonial desmedido no processo eleitoral é considerado primeiro sob o aspecto de sua imoralidade não aferível apenas em termos monetários, pois se trata de abuso de poder econômico em qualquer caso a utilização de recursos, próprios ou não, para se alcançar um fim legítimo, mas por um meio torpe e prejudicial aos demais candidatos. Como o abuso do poder econômico não prescinde do estabelecimento de limites para avaliar sua ocorrência, deve-se compreender que as limitações não se circunscrevem à escala de valores no âmbito patrimonial, mas devem ser considerados à vista dos limites morais estabelecidos socialmente.

Desse modo, o uso de recursos econômicos, mesmo que com valores irrisórios – para a compra de votos e de apoio eleitoral, por exemplo –, é um limite moral violado que se baseia em valores éticos de uma sociedade. Quando se vale de uma conduta reprovável para obter vantagem eleitoral indevida e monetiza o voto em nítido desprezo ao processo eleitoral, um candidato demonstra não respeitar esses valores; ele despreza a consideração e o apreço social por regras de condutas firmadas democraticamente. Além disso, se na antessala do processo eleitoral ele menospreza o plexo normativo para a obtenção de um mandato, pode-se presumir que seu mandato será marcado pela prática de ilícitos de toda sorte.

De outra parte, o legislador apenas considerou como limite à configuração do abuso de poder econômico (Brasil, 2021b, art. 392) que doações acima dos valores fixados nos arts. 390 e 391 do PLP nº 112/2021 sujeitarão o autor ao pagamento de multas e possibilitarão que o candidato venha a responder por esse tipo de abuso. No entanto, depreende-se da leitura desses dispositivos que o legislador se restringiu ao campo das doações eleitorais e deixou margem a dúvidas sobre limites não relativos a elas. No § 1º do art. 615, por sua vez, repetiu-se um erro histórico: estabeleceu-se que somente o reconhecimento judicial da gravidade da prática do ilícito descrito no *caput* “acarretará a cassação do registro, diploma ou mandato do candidato beneficiado e a inelegibilidade do respectivo responsável” (Brasil, 2021b, p. 295). Como visto, o legislador acrescentou à *celeuma* outro conceito indeterminado que necessita da intervenção do intérprete: afinal, quando é grave o abuso de poder econômico na prática de um ilícito? Ora, a gravidade da prática do ilícito configura-se no desprezo a todo um sistema jurídico. Por malferir princípios elementares de uma sociedade, em diversas ordens, a prática não deve ser considerada apenas pelo prisma material: no desrespeito às regras constituídas e aprovadas pelos representantes do povo reside toda a imoralidade da conduta.

De qualquer maneira, é inaceitável a linha da jurisprudência adotada ao longo de anos nos tribunais eleitorais, especialmente no TSE; mesmo diante de elementos probatórios

suficientes, eles têm exigido a ocorrência de *efetivo* dano à normalidade e à legitimidade das eleições. Se de um lado essa normalidade só é atingida quando há respeito a normas estabelecidas e a princípios fundamentais mínimos, de outro a legitimidade só alcança quem atua conforme as regras do jogo. A gravidade dos fatos é verificável quando um candidato a cargo público se presta ao “vale-tudo” para alcançar o que almeja, o que leva à presunção de que fará quando assumi-lo em caso de vitória no pleito eleitoral. A gravidade de um ato é por vezes impossível de se mensurar de forma objetiva, de modo que sua compreensão recai no poço da subjetividade. Por outro lado, exigir também que sejam expressivos os valores envolvidos na configuração de abuso de poder econômico é criar um *discrímen* para a necessária observância das leis regentes do processo eleitoral. Disso decorre a oportunidade para os que, mesmo não respeitando as normas legais e morais, tenham o direito de representar cidadãos.

Conforme o art. 617 do projeto de *Código eleitoral*, não configura abuso de poder “a emissão, por autoridade religiosa, de sua preferência eleitoral, nem a sua participação em atos regulares de campanha”, observadas as restrições nele previstas (Brasil, 2021b, p. 296). Contudo, esse dispositivo deve ser aceito *cum grano salis*, porquanto não se pode descartar o uso da autoridade religiosa para obter a arrecadação de recursos mediante doações para ajudar candidatos apoiados por líderes de igrejas. Isso desvirtua não só a finalidade original desse tipo de doação (como atender a projetos de uma igreja) mas também burla o sistema eleitoral com doações não contabilizadas no caixa principal do candidato ou do partido político; além disso, viola a vedação contida no art. 395, VI, do projeto e configura evidente abuso de poder econômico, conforme o § 6º desse artigo (Brasil, 2021b).

Em relação ao abuso de poder de uso de informação, o legislador não o define expressamente; porém, é possível depreendê-lo do art. 609 do PLP. Trata-se da quebra da igualdade de oportunidades e da pluralidade de perspectivas de veiculação de publicidade, ferindo o tratamento isonômico a candidatos, partidos políticos e coligações; sua configuração e gravidade, porém, devem ser apuradas em procedimento judicial eleitoral comum (Brasil, 2021b). Segundo o art. 610 do PLP, ele pode manifestar-se com: a) a veiculação de “publicidade de candidato, partido ou coligação fora do espaço reservado à propaganda eleitoral gratuita”; b) o descumprimento sem justa causa, ainda que parcialmente, do “dever de transmitir a propaganda eleitoral gratuita”; c) a edição ou adulteração de “peças de publicidade encaminhadas por candidatos e partidos políticos, exceto para o atendimento de ordem judicial”; e d) o descumprimento total ou parcial de “determinações judiciais relacionadas com a perda ou reposição de tempo de propaganda, assim como com o exercício de direito de retificação ou de resposta” (Brasil, 2021b, p. 292).

No art. 611 do projeto de CE também se considera abuso do poder de informação, em especial depois de encerrado o prazo para a realização das campanhas, uma emissora de rádio ou de televisão: a) transmitir, na programação normal e no noticiário, “ainda que sob a forma de entrevista jornalística, imagens de realização de pesquisa ou qualquer outro tipo de consulta popular de natureza eleitoral em que seja possível identificar o entrevistado”;

b) veicular propaganda política; c) tratar de modo privilegiado “um candidato, partido ou coligação”; d) veicular ou divulgar “filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa com alusão ou crítica a candidato ou a partido político, mesmo que dissimuladamente, exceto programas jornalísticos ou debates políticos” autorizados pela justiça eleitoral; e e) divulgar ou transmitir “programa cujo nome faça alusão a candidato escolhido em convenção ou a seu nome, ainda quando preexistente, inclusive se coincidente com o nome do candidato ou com a variação nominal por ele adotada, sob a pena de cancelamento do respectivo registro” (Brasil, 2021b, p. 292). Por fim, no § 2º do mesmo artigo, considera-se abuso a transmissão por emissoras de programa apresentado ou comentado por candidato escolhido em convenção partidária, a partir de 2 de abril do ano da eleição (Brasil, 2021b).

Outra modalidade de abuso de poder é o uso indevido dos meios de comunicação social quando, com o fim de promover ou descredenciar candidaturas, um candidato se utiliza desproporcionalmente, mediante terceiros ou não, dos meios de comunicação social para desequilibrar a disputa eleitoral (Brasil, 2021b, art. 612). Quanto a esse ilícito eleitoral, o PLP nº 112/2021 exige a comprovação da gravidade, que pode ser considerada *qualitativamente*, por meio do alto grau de reprovabilidade da conduta, ou *quantitativamente* pela intensidade da repercussão midiática, que deve, pois, ser apurada caso a caso.

Como outra espécie do gênero de abuso de poder com emprego indevido dos meios de comunicação social, o legislador define a disseminação de notícias falsas (*fake news*) em redes sociais e aplicativos de conversação instantânea, nos três meses anteriores às eleições (Brasil, 2021b). Conceitua-se essa desinformação no parágrafo único do art. 611 do PLP como a difusão massiva, por meios artificiais ou automatizados, de conteúdo manifestamente dotado de elementos inexatos, seja pela falta de correspondência fática, seja pela inadequação do contexto, com o potencial de induzir os destinatários a uma equivocada concepção da realidade, a fim de: a) promover ou prejudicar candidato, partido político ou coligação; b) impedir, causar embaraços ou desestimular o exercício do voto; ou c) deslegitimar o processo eleitoral (Brasil, 2021b). Todavia, como exige o dolo específico, o tipo requer, além da demonstração de uma das finalidades mencionadas, que a mensagem de conteúdo inverídico proliferada seja capaz de criar um estado mental que induza os destinatários a uma percepção equivocada da realidade. Nesse sentido, é indispensável o reconhecimento judicial da gravidade da prática do ilícito, para se aplicarem, além da multa ali cominada, as penalidades contidas no § 1º do art. 612 do projeto de CE, que é a “cassação do registro, diploma ou mandato dos candidatos beneficiados e a inelegibilidade do respectivo responsável” (Brasil, 2021b, p. 293).

Por último, embora não previsto explicitamente, aqui se entende como outra espécie de abuso de poder a proeminência do candidato em relação a outros por se utilizar da exposição pública frequente e rotineira, mesmo em período não eleitoral. Conforme o art. 476 do projeto, independentemente do momento de sua realização ou verificação e sem prejuízo das sanções pecuniárias específicas, os atos de propaganda eleitoral irregular, de

propaganda eleitoral extemporânea e os desvios na propaganda institucional e partidária poderão importar em abuso de poder ou em uso indevido dos meios de comunicação social.

5 Conclusão

O tema do abuso de poder é complexo e deve ser mais bem abordado tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Judiciário, por conta das sérias implicações para o destino do País, em virtude do resultado desastroso que uma eleição desequilibrada pode causar na captação da vontade real do eleitor.

Com efeito, o abuso de poder é fenômeno funesto, capaz de exercer influência na opinião pública ao manipular uma eleição em prol de um ou mais candidatos. Em suas diferentes espécies, manifesta-se na prática sob formas inusitadas, inclusive de modo sub-reptício. Com a extrapolação dos níveis e dos limites de aceitabilidade da presença ou da influência de um poder específico, sua existência no contexto social é perniciososa, pois compromete a normalidade no Estado, acarreta uma realidade falseada e, portanto, ilícita.

Quanto às consequências, o limite do razoavelmente aceito e violado por uma manifestação ilícita de poder implica também a ruptura do princípio da isonomia inerente ao Estado democrático de Direito – a igualdade formal que, conquistada desde a Revolução Francesa, parte do pressuposto de que todos, no âmbito dos direitos e deveres, são iguais perante a lei e de que não existem privilégios – um princípio cujo correlato é a lei como norma de caráter geral.

Assim, o poder deve ser limitado e para isso o meio mais profícuo é uma abordagem normativa precisa do abuso de poder.

Referências

ABUSO. In: AULETE digital. [S. l.]: Lexikon Editora Digital, [20--]. Disponível em: <https://www.aulete.com.br/abuso>. Acesso em: 25 mar. 2024.

BELGIQUE. *Code Civil*. [Bruxelles]: Droit Belge, [2023]. Disponível em: <http://www.droitbelge.be/codes.asp>. Acesso em: 25 mar. 2024.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general de la política*. Edición de Michelangelo Bovero; traducción de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. 3. ed. Madrid: Trotta, 2009. (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho).

BRASIL. [Constituição (1937)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1946]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 25 mar. 2024.

_____. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 25 mar. 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: 25 mar. 2024.

_____. *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: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 25 mar. 2024.

_____. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilada.htm. Acesso em: 25 mar. 2024.

_____. *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 mar. 2024.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei Complementar nº 112, de 2021*. Dispõe sobre as normas eleitorais e as normas processuais eleitorais brasileiras. Brasília, DF: Senado Federal, 2021b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/149849>. Acesso em: 25 mar. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 2.003.049/MG*. Recorrente: Carlos Lucio de Oliveira Silva. Relator: Min. Humberto Martins, 24 de maio de 2023c. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=2.003.049&b=DTXT&p=true&tp=T>. Acesso em: 25 mar. 2024.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 16. ed. rev., ampl. e atual. até 30.06.2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DEUTSCHLAND. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*. [Berlin]: Bundesministerium der Justiz, Bundesamt für Justiz, [2023]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>. Acesso em: 25 mar. 2024.

DOMINI nostri sacratissimi principis, Iustiniani, Iuris enucleati ex omni vetere iure collecti, Digestorum seu pandectarum: liber quinquagesimus. [S. l.]: The Roman Law Library, [20--]. Disponível em: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/d-50.htm>. Acesso em: 25 mar. 2024.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ESPAÑA. *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil*. [Madrid]: Boletín Oficial del Estado, [2023]. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>. Acesso em: 25 mar. 2024.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2020.

HAN, Byung-Chul. *Sobre o poder*. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio d'Água, 2017. (Antropos).

HENKEL, Heinrich. *Introducción a la filosofía del derecho: fundamentos del derecho*. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. 2. ed. Montevideo: B de F, 2019.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

MACEDO, Amílcar Fagundes Freitas. Reflexões sobre a moralidade e a eticidade em Kant e Hegel. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 71, p. 113-125, jan./abr. 2012. Disponível em: https://www.amprs.com.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1342124595.pdf. Acesso em: 25 mar. 2024.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. histórica, com considerações preliminares à guisa de atualização por José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NORRIS, Pippa. The new research agenda studying electoral integrity. *Electoral Studies*, [s. l.], v. 32, n. 4, p. 563-575, Dec. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.electstud.2013.07.015>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 34. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 1.

PORTUGAL. *Decreto-lei nº 47.344/1966, de 25 de novembro*. Código Civil. [Lisboa]: Diário da República, [2024]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>. Acesso em: 25 mar. 2024.

ROSAS, Roberto. *Do abuso de direito ao abuso de poder*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Lisboa: Livraria Petrony, 1973. (Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n. 107).

STOPPINO, Mario. Poder. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 1998. v. 1, p. 933-943.

SUISSE. *Code Civil Suisse, du 10 décembre 1907*. [Berne]: Fedlex, [2024]. Disponível em: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/fr. Acesso em: 25 mar. 2024.

WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Traducción de José Medina Echavarría et al. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1992.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a 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 Direito sem respeito às regras

Law without deference for rules

Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida¹

Fábio Carvalho Leite²

Rodolfo Assis³

Resumo

Neste artigo, apresentam-se os resultados de duas pesquisas quantitativas observacionais realizadas no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Com elas, investigaram-se processos envolvendo casos regulados pelo art. 20 do *Código civil* e pelo art. 19 do *Marco civil da internet*. Os resultados revelam que os juízes quase não mencionam esses dispositivos, mesmo em situações nas quais eles claramente se aplicam. Argumenta-se que esses resultados sinalizam uma atitude generalizada de desrespeito às regras primárias, o que torna o Direito brasileiro atípico do ponto de vista conceitual. Por fim, defende-se que, sob a perspectiva normativa, essa atipicidade é indesejável.

Palavras-chave: Direito Constitucional; liberdade de expressão; regras; interpretação jurídica; pesquisa empírica.

Abstract

In this article, the results of two quantitative observational studies carried out at the Court of Justice of Rio de Janeiro are presented. With them, the research focused on processes involving cases regulated by art. 20 of the Civil Code and art. 19 of the Internet Civil Framework. The results reveal that judges hardly mention these provisions, even in situations in which they clearly apply. It is argued that these results signal a widespread attitude of disrespect for primary rules, which makes Brazilian Law atypical from a

¹ Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida é doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor assistente do Insper, São Paulo, SP, Brasil. E-mail: guilhermefcfa@insper.edu.br

² Fábio Carvalho Leite é doutor em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor dos programas de pós-graduação em Direito (doutorado e mestrado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil. E-mail: fabiojur@puc-rio.br

³ Rodolfo Assis é mestre em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor da Rede Doctum, Caratinga, MG, Brasil. E-mail: rodolfoassisferreira@gmail.com

conceptual point of view. Finally, it is argued that, from a normative perspective, this atypicality is undesirable.

Keywords: Constitutional Law; freedom of expression; rules; legal interpretation; empirical research.

Recebido em 23/10/23

Aprovado em 9/2/24

Como citar este artigo: ABNT⁴ e APA⁵

1 Introdução

Um processo distribuído em agosto de 2014 a uma das varas cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) pôs em debate uma publicação no Facebook ocorrida no mês anterior⁶. O autor da ação sentiu-se ofendido pela postagem realizada por outro usuário da plataforma e moveu ação contra a empresa. O caso foi julgado, em primeira instância, à luz da Lei nº 8.078/1990 (*Código de defesa do consumidor*) e resultou na condenação do Facebook ao pagamento de indenização no valor de 5 mil reais (Rio de Janeiro, 2015).

Contudo, a decisão ignorou o conteúdo do art. 19 da Lei nº 12.965/2014 (*Marco civil da internet* (MCI)):

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário (Brasil, [2018]).

No caso em discussão, o provedor de aplicações de internet (o Facebook) não havia desrespeitado qualquer ordem judicial específica anterior à ação. Dessa forma, fica claro – ao

4 ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; LEITE, Fábio Carvalho; ASSIS, Rodolfo. O Direito sem respeito às regras. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 242, p. 215-234, abr./jun. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p215

5 Almeida, G. da F. C. F. de, Leite, F. C., & Assis, R. (2024). O Direito sem respeito às regras. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(242), 215-234. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p215

6 Processo nº 0266795-11.2014.8.19.0001.

menos em virtude de algumas presunções mínimas sobre o processo de identificação e interpretação de regras jurídicas – que a decisão desrespeita a regra estabelecida no art. 19⁷.

O Facebook opôs embargos de declaração, já que a sentença desconsiderou a incidência desse dispositivo, mas os embargos foram rejeitados, sem explicação sobre o fato de o art. 19 não ter sido mencionado. Na apelação, a condenação foi mantida (Rio de Janeiro, 2015)⁸. Quanto ao MCI, o relator citou o artigo apenas como argumento de defesa apresentado pelo Facebook. O acórdão manteve a sentença condenatória, mencionando como fundamento uma série de dispositivos constitucionais e de documentos internacionais (*Declaração universal dos direitos do homem, Pacto internacional de direitos civis e políticos, Convenção americana sobre direitos humanos*) que protegem a honra, e quatro decisões pregressas do Tribunal sobre o tema – todos anteriores à publicação do MCI.

O fato de a norma estabelecida no MCI não ter sido seguida não é necessariamente um problema. O ordenamento jurídico contém regras que exigem dos juízes o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade, ou seja, que verifiquem a compatibilidade de normas infraconstitucionais com as normas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e com tratados internacionais. Quando juízes deixam de seguir uma regra tendo em vista a sua incompatibilidade com uma norma de hierarquia superior, isso revela seu respeito à hierarquia das normas da ordem jurídica. Entretanto, é notável nesse caso que a regra derivada do art. 19 do MCI tenha sido ignorada; nem sequer foi objeto de consideração no raciocínio judicial da solução do caso, apesar de ter sido invocada pelas partes envolvidas.

Esse caso não é único. A maioria das decisões nos Juizados Especiais Cíveis no Rio de Janeiro que deveriam mencionar o art. 19 do MCI ignora-o, conforme se verá na seção 2. Ademais, essa postura judicial não ocorre apenas em relação ao MCI: o TJRJ frequentemente também ignora o art. 20 da Lei nº 10.406/2002 (*Código civil (CC)*). O fato de os dois exemplos examinados nas seções 2 e 3 deste estudo provirem do TJRJ pode sugerir que essa característica seja peculiar da magistratura fluminense. Essa seria uma conclusão apressada: também há evidência dessa atitude em outros estados da federação, como se verá na seção 4. Uma pesquisa nacional (Vianna; Carvalho; Burgos, 2018) indica que uma proporção substancial dos juízes não se vê restringida por regras infraconstitucionais. De modo semelhante, pesquisas baseadas em questionários indicam que eles estão dispostos a decidir casos hipotéticos em contrariedade a regras claras (Struchiner; Almeida; Hannikainen, 2020), e que acadêmicos consideram o judiciário nacional menos formalista do que suas contrapartes estrangeiras (Bystranowski; Janik; Próchnicki; Hannikainen; Almeida; Struchiner, 2022).

⁷ Também não havia dúvida quanto à incidência do MCI, que deveria ser aplicado a fatos posteriores a 23/6/2014 (data do início da vigência da lei).

⁸ O relator também observou que o valor da indenização teria sido majorado se o autor tivesse recorrido.

Esse conjunto de evidências sugere que regras fazem pouca diferença no processo decisório, como se argumenta na seção 5. Dado que essa hipótese é minimamente plausível, pode-se indagar sobre o que se seguiria caso ela seja verdadeira: quais são as implicações conceituais e normativas de um Direito sem respeito às regras?

Em primeiro lugar, serão abordadas as implicações conceituais. Com frequência, definições do que é o Direito fazem referência à ideia de regra (Hart, 1994; Fuller, 1969). Isso significa que um sistema jurídico no qual os oficiais do sistema não respeitam as regras não conta como Direito? Na seção 6, argumentar-se-á que essa conclusão é forte demais. Contudo, embora o desrespeito às regras não seja suficiente para descaracterizar algo como Direito, ele faz com que um sistema se afaste dos *casos centrais* de Direito.

Ao se afastar dos casos centrais, o Direito sem respeito às regras poderia representar uma inovação positiva ou negativa, a depender de algumas circunstâncias fáticas. Se os juízes são honestos, têm o tempo necessário para alcançar a melhor decisão possível e é alta a convergência moral na sociedade, relativizar as recomendações de regras claras pode ser uma boa ideia. Em contraste, onde há razões para acreditar que juízes são desonestos, não têm o tempo necessário para tomar suas decisões, ou onde há muito desacordo moral, o respeito às regras parece ser desejável. Nesse contexto, questiona-se: qual é a atitude que as circunstâncias do Direito brasileiro recomendam? Na seção 7, argumenta-se que seria o respeito às regras.

2 O art. 19 do *Marco civil da internet*

Antes do advento do MCI não havia uma regra clara e específica a respeito da responsabilidade civil dos provedores de internet por conteúdo gerado por terceiro. Nesse cenário, se uma pessoa se sentisse ofendida em sua honra em razão de uma publicação feita por um usuário do Facebook, por exemplo, e notificasse a plataforma requerendo a remoção do conteúdo, estaria o Facebook obrigado a removê-lo? E se o Facebook o removesse, não estaria violando a liberdade de expressão do usuário em razão de uma crítica ofensiva protegida pela liberdade de expressão? Caberia à plataforma realizar uma ponderação entre os direitos em conflito?

Neste contexto, qualquer que fosse a decisão tomada, aquele que teve seu direito restringido pela ponderação realizada pelo Facebook poderia ajuizar uma ação de indenização por danos morais. Os magistrados, novamente com base num juízo de ponderação, poderiam concordar ou discordar da decisão tomada pela plataforma digital. O art. 19 do MCI resolveu esse imbróglio: os provedores de internet só podem ser responsabilizados por conteúdo gerado por terceiro em caso de descumprimento de ordem judicial. Ou seja, cabe aos magistrados, e não às plataformas digitais como o Facebook, decidir se o conteúdo está ou não protegido pela liberdade de expressão. Isso não impede que a própria plataforma

remova determinado conteúdo, mas não poderá ser responsabilizada se, com base num juízo de ponderação próprio, não o fizer.

Com a entrada em vigor do MCI em 23/6/2014, eventuais pedidos de indenização, ao menos em relação a fatos posteriores a essa data, deveriam ser julgados improcedentes, salvo se o julgador entendesse que o art. 19 é inconstitucional.

Para investigar a recepção do artigo pelo Judiciário fluminense, pesquisaram-se no site do tribunal os processos distribuídos contra o Facebook nos Juizados Especiais Cíveis entre 2017 e 2018. Dos 183 processos julgados com sentença de mérito naquele período (excluídos, portanto, aqueles que foram extintos sem resolução do mérito), em 68 houve pedido autoral de indenização por conteúdo gerado por terceiro.

Nos termos do que dispõe o art. 19 do MCI, o pedido de indenização deveria ter sido julgado *improcedente* em todos os 68 processos, pois o Facebook não havia desrespeitado decisão judicial em qualquer deles. Todavia, foram proferidas 14 sentenças de procedência, das quais apenas duas citaram o dispositivo legal. Em todos esses casos, os magistrados contrariaram diretamente uma regra clara, e em duas ocasiões o MCI foi citado – sem menção ao art. 19 –, mas afastado com base na transcrição de um julgado que a rigor não se aplicaria ao caso, pois envolvia fato anterior à entrada em vigor do MCI.

Quanto às 54 sentenças de improcedência, esperava-se que os magistrados citassem o art. 19 do MCI como fundamento, pois uma regra jurídica clara favorecia a conclusão que eles mesmos consideravam a melhor. Curiosamente, nem sob essas circunstâncias o artigo foi utilizado: o dispositivo foi citado em apenas 24 processos.

Esses dados indicam uma atitude sistemática de desrespeito ao art. 19 do MCI no TJRJ, cujos juízes não se sentem compelidos a aplicar o dispositivo. Em consequência, as sentenças de um conjunto elevado de casos são incompatíveis com o teor normativo do artigo. Porém, o fato de o artigo não ser mencionado nem mesmo nos casos em que ele justifica o resultado proferido pelos magistrados indica o grau de desprestígio da norma.

O desrespeito a um dispositivo específico não indica necessariamente uma atitude *geral* de desrespeito às regras; essa atitude poderia restringir-se ao art. 19 do MCI. Por exemplo: pode ser que os magistrados tenham preferido ignorar apenas essa regra por uma convicção de que ela é incompatível com a CRFB, ou simplesmente tenham demorado a se atualizar e tomaram suas decisões sem conhecer o teor do dispositivo. Por outro lado, a existência de outros exemplos lança dúvidas sobre essa explicação local.

3 O art. 20 do Código civil

Embora seja lugar-comum na doutrina e na jurisprudência que nenhum direito fundamental é absoluto, o enunciado normativo do art. 20 do CC, ao tutelar o direito à imagem (e outros direitos da personalidade), parece fazer poucas concessões a outros direitos potencialmente em conflito:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais (Brasil, [2023b]).

São apenas duas, portanto, as exceções admitidas pela lei à publicação, à exposição ou à utilização não autorizadas da imagem de alguém: se forem necessárias (i) à administração da justiça ou (ii) à manutenção da ordem pública, dois conceitos bastante vagos. Não há qualquer consideração a direitos relacionados à liberdade de expressão, como a liberdade de imprensa, a liberdade artística ou a liberdade acadêmica.

Esse problema não passou despercebido pela doutrina. Carvalho (2002, p. 15), por exemplo, ao tratar desse dispositivo legal, sustenta que “[a] opção do legislador, tomada de modo apriorístico e desconsiderando o bem constitucional da liberdade de informação, pode e deve ser afastada pela interpretação constitucional”. Na mesma linha, Barroso (2004, p. 31) afirma que “[n]a sua leitura mais óbvia, a norma [art. 20 do CC] não resiste a um sopro do bom direito”. Contudo, as críticas doutrinárias, ao menos as mais contundentes, parecem ser feitas apenas por autores de Direito Constitucional. Aparentemente, não há um olhar crítico da doutrina civilista em relação ao dispositivo. Ao contrário, alguns defendem a aplicabilidade do artigo mesmo quanto a biografias não autorizadas, caso em que o Supremo Tribunal Federal (STF), por decisão unânime, considerou o dispositivo inconstitucional (Moraes, 2013).

Assim, se o art. 20 do CC protege, entre outros, o direito à imagem de forma ampla (mas sem maiores questionamentos doutrinários, é possível imaginar que ele seja aplicado pelos magistrados em processos judiciais movidos contra jornais em razão de publicação não autorizada de foto do(a) autor(a) da ação, sobretudo se o pedido da ação for julgado procedente.

Entretanto, é outro o resultado encontrado por Leite, Hannikainen, Mello e Lins (2020) na análise de 221 apelações cíveis julgadas (no mérito) entre 2010 e 2016 em ações de indenização por violação aos direitos da personalidade movidas contra as empresas de jornalismo que são demandadas com maior frequência em ações (Infoglobo e Editora O Dia). Os dados levantados pela pesquisa (Leite; Hannikainen; Mello; Lins, 2020, p. 105) revelaram que, na maioria dos casos, o art. 20 do CC é ignorado pelos magistrados⁹. Daquele total de apelações

⁹ O art. 20 menciona diretamente a possibilidade de que alguém proíba o uso não autorizado de sua imagem e que o exercício dessa faculdade não prejudica o eventual direito da pessoa à indenização. Uma interpretação restritiva desse artigo poderia, portanto, levar o intérprete a considerar a referência a ele como algo indispensável apenas nos casos em que a parte autora pediu a condenação do réu a uma obrigação de fazer, como a remoção da sua imagem de determinada matéria. Mesmo que se aceite esse argumento, ainda haveria de se admitir que o art. 20 do CC é relevante para os casos de indenização, dado que seu conteúdo normativo ajudaria a estabelecer a antijuridicidade de certas condutas das empresas de jornalismo. Assim, a eventual ausência de menções ao dispositivo deveria ser interpretada como sinal do desprestígio de uma regra clara mesmo por quem adota essa visão restritiva. De modo ainda mais contundente, cabe notar que, quando a análise se restringe aos casos em que há algum pedido dessa natureza, a regra continua a ser ignorada numa proporção relevante dos casos; por exemplo, de 16 processos relativos a pedidos envolvendo uma obrigação de fazer prevista no artigo movidos contra a Infoglobo no recorte analisado, apenas 4 fizeram referência a ele.

cíveis, 83 usaram imagem não autorizada; e, nesse universo de 83 casos em que o dispositivo legal incidiria, ele foi citado pelos desembargadores relatores em apenas 22, o que equivale a pouco mais de um quarto dos casos (26,5%). E na maioria deles os relatores limitaram-se a transcrever o texto do enunciado normativo ou a citar apenas seu número. Em apenas 5 casos – todos relatados pela mesma desembargadora –, a transcrição do enunciado foi seguida de comentário doutrinário sobre o artigo, e somente em 2 os relatores fizeram alguma consideração adicional em voz própria (Leite; Hannikainen; Mello; Lins, 2020, p. 108).

A despeito de todas as dúvidas quanto à constitucionalidade do art. 20 do CC, é mais simples mencionar ou considerar sua regra quando a decisão é pela procedência do pedido de indenização. Nos casos em que a decisão é pela improcedência do pedido, haveria ônus argumentativo maior sobre o julgador, que deveria expor as razões por que o dispositivo legal não incide ou, se incide, por que não deveria ser aplicado. Os dados levantados pela pesquisa, como já se esperava, revelam que, no pequeno universo de casos em que o dispositivo é citado (22 casos), as decisões são majoritariamente de procedência do pedido indenizatório (18 casos – 81,8%). Por outro lado, no conjunto de 61 acórdãos em que o dispositivo não foi citado, 28 foram pela procedência do pedido (45,9%), o que revela que há pouca relação entre procedência e menção ao artigo (Leite; Hannikainen; Mello; Lins, 2020).

A análise desses acórdãos – sobretudo, mas não apenas daqueles em que o artigo não foi referido – evidencia que os magistrados julgam os casos com base numa ponderação própria dos dispositivos constitucionais e deixam de lado a ponderação dos mesmos dispositivos feita pelo legislador e que resultou no art. 20 do CC. Seria possível contra-argumentar que, ao menos nos casos de uso não autorizado de imagem pela imprensa, o enunciado normativo não é exatamente resultado de uma ponderação e, na verdade, deixa ao julgador o direito de avaliar se o uso não autorizado da imagem atinge “a honra, a boa fama ou a respeitabilidade” do(a) autor(a) da ação. Ainda que isso seja discutível já que o jornal tem fins comerciais, não parece justificar que se deixe completa ou parcialmente de lado o dispositivo legal que incide no caso.

4 Generalizando a evidência

Os dois exemplos anteriores mostram que o TJRJ ignora sistematicamente pelo menos dois dispositivos legais claros. Mas será que essa atitude de desrespeito às regras ocorre em âmbito nacional? Alternativamente, os exemplos podem ser evidências de um fenômeno restrito ao Estado do Rio de Janeiro. Da mesma forma: será que essa atitude tem escopo geral? Alternativamente, ela pode atingir apenas casos envolvendo liberdade de expressão.

Para responder a essas questões de modo conclusivo, seriam necessários levantamentos sistemáticos sobre diversas questões jurídicas em tribunais do território nacional – uma tarefa que ultrapassa em muito o escopo deste artigo. De todo modo, serão apresentados

alguns dados que, embora não sejam decisivos, parecem indicar que o fenômeno identificado tenha âmbito nacional e propósito amplo.

Já se identificou o antiformalismo como a atitude prevalente no Direito brasileiro. Segundo Leal (2015, p. 124), a corrente acadêmica que defende o recurso a princípios constitucionais abstratos no julgamento de casos concretos em Direito Civil – o Direito Civil Constitucional – “é inegavelmente um movimento bem sucedido no país”, produzindo reflexos “na doutrina e jurisprudência pátrias”. Também em outros ramos do Direito é possível observar a prevalência da argumentação moral. Por exemplo, em decisão unânime, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu em 2008 um acórdão sobre Direito Administrativo, cuja ementa contém o seguinte trecho:

Cumprir a lei nem que o mundo pereça é uma atitude que não tem mais o abono da Ciência Jurídica, neste tempo em que o espírito da justiça se apoia nos direitos fundamentais da pessoa humana, apontando que a razoabilidade é a medida sempre preferível para se mensurar o acerto ou desacerto de uma solução jurídica (Brasil, 2008, p. 2).

Evidências recentes corroboram a perspectiva de decisões como essa. Uma pesquisa censitária nacional com ampla adesão da magistratura indicou que apenas 42,1% dos juízes de primeiro grau e 55,3% dos desembargadores concordaram com a afirmação de que “o(a) magistrado(a) deve priorizar o texto infraconstitucional à adoção de princípios constitucionais” (Vianna; Carvalho; Burgos, 2018, p. 117-118). Outra pesquisa revelou que acadêmicos de Direito no Brasil consideram os juízes brasileiros bem menos formalistas que juízes de outros países e discordam de afirmações como “[s]empre que possível, juízes brasileiros decidem casos com base no significado literal da regra aplicável, mesmo quando eles pessoalmente não concordam com o resultado indicado pela regra” (Bystranowski; Janik; Próchnicki; Hannikainen; Almeida; Struchiner, 2022, p. 1.916, tradução nossa). Por fim, pesquisas baseadas em questionários mostram que juízes dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e 2ª Regiões abrem exceções a regras em casos hipotéticos mesmo quando eles não são particularmente exigentes (Struchiner; Almeida; Hannikainen, 2020). Por exemplo, a grande maioria dos juízes que participou da pesquisa respondeu afirmativamente à seguinte pergunta: “O Sistema Único de Saúde (SUS), por lei, só cobre os custos de medicamentos que estão previstos na sua lista. Devem juízes obrigar o governo a pagar por remédios que não estão nesta lista, mas são necessários ao tratamento de determinadas pessoas?” (Struchiner; Almeida; Hannikainen, 2020, tradução nossa). No mesmo sentido, uma pesquisa empírica recente desenvolveu um instrumento psicométrico para quantificar o grau de formalismo e particularismo de profissionais do Direito, incluindo uma proporção relevante de juízes. Os resultados apontam novamente um baixo nível de respeito às regras (Brando, 2023).

Assim, mesmo que não seja possível afirmar que os exemplos mencionados sejam representativos do que acontece em todos os estados da federação em relação a todos os

ramos do Direito, também não é razoável inferir que os dois exemplos apresentados neste estudo sejam incomuns. Ao contrário: várias fontes de dados parecem apontar para a conclusão de que os juízes brasileiros não têm uma atitude de deferência às regras do Direito.

5 Conformidade ou respeito às regras?

Os dados anteriormente descritos poderiam ser explicados de várias formas que não envolvem o desrespeito às regras. A mais simples, que já se considerou brevemente com relação ao MCI, postula o desconhecimento das regras pelos magistrados. Se eles não conhecem certas regras, a ausência de qualquer menção a elas nas decisões não decorreria de uma atitude de desrespeito, mas de ignorância. Essa explicação, porém, é implausível, pois é razoável presumir que os juízes conhecem as regras do sistema jurídico, já que são selecionados mediante concursos públicos altamente competitivos que testam o conhecimento dos candidatos sobre o Direito. Além disso, as partes envolvidas nos litígios com frequência mencionam os dispositivos legais e opõem embargos de declaração para lidar com a omissão judicial. Desse modo, não há dúvida de que os juízes sabem da existência daqueles dispositivos.

Uma explicação alternativa faz referência à hierarquia do sistema jurídico. Por exemplo, pode ser que as regras já tenham sido declaradas inconstitucionais por um órgão hierarquicamente superior, ou pode ser que os próprios juízes as entendam incompatíveis com normas superiores, pelo menos em parte. Contudo, essa explicação também não é adequada, pois nem o art. 20 do CC, nem o art. 19 do MCI foram declarados inconstitucionais pelo STF¹⁰. Tampouco qualquer dos julgados aqui examinados invocou de modo explícito a sua inconstitucionalidade.

É também possível supor que os juízes tenham considerado a regra inconstitucional, mas não tenham explicitado seu raciocínio na decisão. Todavia, essa hipótese não é a mais provável, pois os juízes têm a obrigação de motivar suas decisões, conforme o art. 489 da Lei nº 13.105/2015 (*Código de processo civil*). Mais que isso: a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais exige “voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial” (Brasil, [2023a], art. 97), algo que não ocorreu em nenhum dos casos analisados. Assim, não é provável que o fenômeno observado tenha sido causado por um especial apego à CRFB.

Dado esse panorama, torna-se mais plausível a explicação segundo a qual os juízes simplesmente ignoram uma regra que eles conhecem e consideram constitucional. O que isso revela sobre o Direito brasileiro?

¹⁰ Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.815, julgada em junho de 2015, foi dada interpretação conforme aos arts. 20 e 21 do CC apenas aos casos envolvendo biografias não autorizadas. Logo, a decisão não alcança os casos discutidos na seção 2.

Antes de mais nada, é importante ressaltar que não queremos dizer que os juízes brasileiros nunca fazem referência a regras, nem que eles não se comportam de acordo com as regras em um grande número de casos. Concedemos que, para cada exemplo que documentamos, é possível encontrar múltiplas ocasiões em que juízes parecem aplicar regras claras. Vamos chamar os exemplos das subseções anteriores de “casos de desrespeito às regras”¹¹ e o conjunto (quase certamente maior) de casos nos quais os juízes brasileiros seguem as regras do nosso Direito de “casos de conformidade às regras”.

Os casos de desrespeito às regras demonstram que juízes brasileiros frequentemente ignoram as regras de modo explícito. Essa conclusão lança dúvidas sobre como interpretar os casos de conformidade às regras. Por padrão, assume-se que o Direito fez a diferença nesses casos, ou seja, considera-se que o comportamento dos juízes se conforma às regras porque os juízes respeitam as regras. Contudo, não é necessário que seja assim: imagine-se um sistema jurídico no qual o conteúdo das regras se conforma, de maneira geral, às convicções políticas, morais e econômicas dos juízes. Dentro desse sistema, o comportamento externo de um juiz que não respeita as regras frequentemente será muito semelhante ao de um juiz que respeita as regras: ambos se conformarão à regra. As razões para a conformidade, porém, são totalmente distintas. O juiz que respeita as regras terá tomado a sua decisão *por causa* da regra, e o que não a respeita terá tomado a sua decisão *por causa* das suas convicções pessoais¹².

Outro fator que pode ajudar-nos a estabelecer qual é a melhor interpretação dos casos de conformidade é a reação que casos de desrespeito às regras inspiram. Uma reação negativa enfática a casos de desrespeito às regras é um sinal de que há respeito às regras de modo mais geral. A ausência de reações negativas a esses casos, ou até a presença de reações positivas, pode, em contraste, indicar a ausência da expectativa de respeito às regras.

Qual a reação da comunidade jurídica brasileira aos casos de desrespeito? A reação geral parece receptiva a esses casos. Juristas conhecidos por sua resistência ao formalismo – como os ministros do STF Luís Roberto Barroso e Luiz Fux – são celebrados e promovidos com muito mais frequência do que criticados e censurados. Ademais, quando eles e outros juristas são criticados, em geral as críticas não se baseiam em critérios formalistas, e sim em considerações de natureza política, econômica ou moral.

Ao mencionar os casos de desrespeito, o objetivo não é discutir o número de casos de conformidade; admite-se que a segunda categoria seja muito mais numerosa. A questão levantada pela existência de casos de desrespeito refere-se a qual é a melhor interpretação para os casos de conformidade. Na ausência de casos de desrespeito – ou quando eles ensejam reação enfática da comunidade jurídica –, costuma-se assumir que os casos de

¹¹ Aqui se emprega desrespeito de modo bem amplo. Como se viu, a classe de casos referidos com a expressão inclui não só casos em que os juízes deram soluções incompatíveis com a recomendação indicada pela regra, mas também casos nos quais eles ignoraram em suas decisões regras claras que deveriam incidir sobre o caso, mesmo que suas decisões se tenham conformado ao resultado que a regra recomenda.

¹² Para uma reflexão mais extensa sobre o que significa seguir o Direito, ver Schauer (2015).

conformidade ocorrem por respeito às regras. Dados os casos de desrespeito e dada a reação branda da comunidade jurídica a eles, é mais crível a hipótese de que a conformidade seja apenas conveniente. Em outras palavras, a existência de muitos casos de desrespeito que não causam revolta em juristas torna plausível a ideia de que não há respeito às regras no Direito brasileiro. Isso não quer dizer que a hipótese de que não há respeito às regras seja mais provável que a de desrespeito; a primeira hipótese é, simplesmente, uma interpretação viável do que ocorre no Direito brasileiro.

6 O Direito sem respeito às regras conta como Direito?

A ideia de que não há respeito às regras no *Direito* brasileiro causa certa estranheza. Afinal, definições do que é o Direito frequentemente incluem a ideia de regra. Por exemplo: Fuller (1969, p. 106, tradução nossa) definiu o Direito como “a empreitada da sujeição da conduta humana à governança de regras”. Hart (1994, p. 80, tradução nossa) – um rival acadêmico de Fuller – acreditava não ser possível “elucidar até mesmo a forma mais elementar do direito” sem o conceito de regra. Será que isso quer dizer que sistemas em que juízes ignoram regras não contam como sistemas jurídicos propriamente ditos?

A classificação das situações discutidas como casos de desrespeito às regras depende de algumas pressuposições sobre os conceitos de regra e interpretação. Por exemplo: caso se aceitasse que quase qualquer norma imaginável conta como uma regra jurídica, ou que é possível atribuir quase qualquer significado às regras que fazem parte de um sistema jurídico, seria forçoso concluir que há amplo respeito às regras. Com essas concepções suficientemente amplas, até mesmo os exemplos aqui citados poderiam ser descritos como casos de respeito às regras. Do mesmo modo, critérios muito rígidos sobre o que conta como regra e sobre o que conta como interpretação poderiam fazer com que a hipótese central fosse trivialmente verdadeira¹³. Assim, a despeito de o objetivo do estudo não ser examinar os conceitos de regra e interpretação jurídica¹⁴, faz sentido apresentar explicações mínimas sobre ambos.

Para fins dessas discussões, regras são prescrições¹⁵ específicas cujo significado – prototipicamente comunicado por meio de um texto – descreve uma situação fática cuja verificação recomenda determinada consequência¹⁶. Além disso, para que seja *jurídica*, é

¹³ Sobre o assunto, ver Struchiner (2011).

¹⁴ São várias as possibilidades; para um levantamento inicial, ver Assis (2019).

¹⁵ A definição de prescrição utilizada como pressuposto pode ser encontrada em Nino (2010, p. 76).

¹⁶ Não se trata aqui de uma análise completa do conceito de regra, mas apenas da descrição do que se tem em mente ao se falar de regras. Não se ignora a existência de regras que não se enquadram na descrição. Para uma discussão filosófica profunda acerca do conceito, ver Struchiner (2005).

necessário que uma regra seja reconhecida como tal pela comunidade jurídica¹⁷. Também se considera – conquanto isso também seja polêmico – que a interpretação é a atividade pela qual o intérprete extrai o significado da regra, em geral com base no significado ordinário de seu texto¹⁸.

Além dessas duas pressuposições, para avaliar as consequências conceituais do Direito sem respeito às regras, ressalte-se que a inclusão de regras em definições de Direito exige mais que sua *mera existência*. Afinal, os exemplos citados remetem expressamente ao art. 19 do MCI e ao art. 20 do CC. Contudo, quando afirmou que o Direito é a empreitada de sujeitar a conduta humana à governança de regras, Fuller (1969) não tinha em mente um sistema jurídico em que as regras, embora existentes, fossem sistematicamente ignoradas¹⁹. Se o art. 19 do MCI nunca é aplicado nos casos relevantes, não parece natural dizer que ele governa qualquer conduta humana, embora seja difícil argumentar que ele não exista.

Articulando de modo mais detalhado essa relação entre regras e a atitude que elas inspiram, Schauer (2002) defende que o modelo de decisões baseadas em regras tem como característica distintiva a deferência mesmo quando *discordamos* do resultado indicado por elas. Imagine-se que as autoridades legislativas competentes – considerando os objetivos conflitantes de reduzir a probabilidade de acidentes e permitir um trânsito eficiente – estabelecem como regra jurídica o limite de velocidade numa estrada em 80 km/h. Se os guardas de trânsito e os juízes responsáveis por aplicar essa regra *nunca* levam em consideração o limite estabelecido e multam frequentemente motoristas que dirigem abaixo desse limite e desculpam motoristas que dirijam acima dele, não faz sentido dizer que se está diante de decisões constrangidas por regras. Em outras palavras, a despeito da existência de um pedaço de papel e de algumas placas anunciando aquele limite de velocidade, as decisões

¹⁷ Esse aspecto interage de modo interessante com a pergunta de pesquisa do presente artigo. Ao longo de todo o argumento, pressupõe-se que o art. 20 do CC e o art. 19 do MCI sejam regras jurídicas, isto é, reconhecidas como tais pelo ordenamento jurídico brasileiro. Essa pressuposição faz sentido: a CRFB é respeitada por todos como o critério de validade, e ela estipula regras formais para a introdução de novas leis, as quais foram respeitadas nos casos do CC e do MCI. Contudo, ela também pode ser desafiada; afinal, o argumento aqui é que juízes não respeitam de modo sistemático regras que já se submeteram a esse crivo. Uma explicação para esse fenômeno envolveria uma mudança no próprio padrão de reconhecimento empregado pelas autoridades jurídicas; em vez de observar as leis criadas com base nos procedimentos formais indicados na CRFB, juízes podem estar internalizando outros critérios que estabelecem o que conta como uma regra jurídica. Na medida que juízes sejam as autoridades relevantes – ver Adler (2006) –, isso pode indicar que regras como as dos arts. 20 do CC e 19 do MCI nem sequer contam como jurídicas. Embora seja interessante, essa hipótese é complexa demais para ser discutida neste artigo e exige um aprofundamento muito maior do conceito de regra de reconhecimento.

¹⁸ Existem muitas versões sobre como derivar significado dos documentos legislativos normativos com o intuito de identificar prescrições. Em geral, elas se dividem em dois grandes grupos: as que enfatizam o significado literal desses documentos e as que dão prioridade a outros elementos, independentemente do significado literal, como os propósitos do legislador e as finalidades da justiça. As teorias que compõem esses grupos não são completamente opostas e podem ter vários elementos iguais combinados de modos diferentes.

¹⁹ Ver a importância dada por Fuller (1969) à ideia de fidelidade ao Direito. Alguns poderiam opor-se à menção a Fuller nesse contexto com base nas suas ideias a respeito do conceito de regras. Fuller (1969) defende que as regras devem ser aplicadas de acordo com os seus propósitos. Assim, poderia existir alguma incompatibilidade entre o projeto fullariano e aquele que se persegue neste artigo. Não se considera que essa objeção seja bem-sucedida; afinal, ele também defendia que as regras deveriam ser aplicadas de acordo com o seu significado público. Dessa forma, conquanto existam incompatibilidades entre as ideias de regra e interpretação jurídica empregadas neste artigo e aquelas que animam de modo geral a obra de Fuller, os pontos centrais do argumento deveriam permanecer verdadeiros sob as concepções fullarianas.

observadas revelam que os oficiais do sistema não aceitam essa generalização como uma regra. Isso é verdade mesmo que em algumas circunstâncias o comportamento dos guardas coincida com a recomendação das regras. Como se viu na seção anterior, se a conformidade é o resultado do raciocínio prático do guarda em vez do resultado da deferência à autoridade da regra, está-se diante de um sistema em que não há respeito às regras.

No caso acima, os guardas de trânsito não aplicam a regra a casos em que discordam do resultado por ela recomendado. Isso perfaz um cenário de desrespeito absoluto às regras. Se os guardas aplicassem a regra a todos os casos, independentemente da sua avaliação prática sobre a coisa certa a se fazer, estar-se-ia diante de um cenário de respeito absoluto às regras. Contudo, essas não são as únicas alternativas possíveis. O respeito às regras forma um espectro: em alguns sistemas, os oficiais irão mostrar maior deferência às regras – desviando-se do resultado recomendado por elas em raras ocasiões; em outros, os oficiais irão mostrar uma deferência menor – desviando-se da regra em um número maior de ocasiões. Quando se discutem sistemas jurídicos reais, como o brasileiro, não se espera encontrar nenhum caso absolutamente extremo. Mas isso não quer dizer que não se possam fazer comparações entre diferentes sistemas, notando como alguns deles se encontram mais próximos de um dos dois polos²⁰. Assim, o exercício de pensar sobre casos hipotéticos extremos pode iluminar aspectos importantes de alguns sistemas jurídicos reais.

Com essas clarificações, pode-se voltar à questão inicial: o que acontece com o Direito quando não há nenhum respeito às regras?

Uma primeira sugestão seria que um sistema normativo sem nenhum respeito às regras nem sequer conta como Direito. Embora essa seja uma sugestão tentadora, ela deve ser rejeitada, ao menos nessa formulação mais ampla.

Schauer (2002, cap. 1, sec. 1.5) propõe imaginar um sistema no qual os juízes têm discricionariedade plena para decidir sobre os casos concretos sem que qualquer regra controle a sua atuação. Suponha-se que alguém seja levado a julgamento nesse sistema por ter subtraído o celular de outrem. Como não há regra alguma sobre a solução correta nem um código penal que estabeleça a pena a ser cominada para quem subtrai coisa móvel alheia, o juiz do caso deve avaliar a coisa certa a fazer e decidir a punição a que o agente deve ser submetido ou decidir que ele não merece punição.

O exemplo de Schauer (2002) conta como um sistema jurídico? O autor aposta em que a maioria das pessoas responderia afirmativamente à pergunta. Porém, esse não é um exemplo de total ausência de respeito às regras – afinal, o exemplo envolve juízes, e não podem existir juízes sem uma regra que defina sua competência. De fato, sem respeito a qualquer regra, incluindo as que definem a competência dos oficiais, é difícil imaginar um

²⁰ Além disso, num mesmo sistema é possível que certas áreas e instituições sejam mais deferentes às regras e que outras o sejam menos. Em determinados sistemas há campos em que a decisão e o comportamento dos destinatários são mais ou menos restringidos por regras – no Direito Penal, por exemplo, a condenação de alguém depende de uma série de limitações impostas por regras penais e processuais; e numa disputa de guarda no Direito de Família prevalece a busca do melhor interesse da criança, definido nas circunstâncias do caso concreto.

sistema jurídico. Dessa forma, fica claro que existe um sentido no qual sistemas jurídicos sem qualquer respeito às regras contam como Direito. Esse não é, contudo, o sentido que interessa.

Segundo uma tipologia proposta por Hart (1994, cap. 5), as regras dividem-se em regras primárias, que criam obrigações para os cidadãos (ex.: art. 155 do *Código penal*), e regras secundárias, que estabelecem maneiras de criar, interpretar e modificar obrigações. Um caso de regra secundária é a que regula a celebração de contratos: ela estipula as condições para o exercício de um poder para criar novas obrigações. Outro caso de regra secundária é a que firma a competência dos juízes: ela define quem tem o poder para interpretar e modificar obrigações jurídicas.

Nenhum dos casos discutidos na primeira seção do artigo envolve regras secundárias. Os arts. 19 do MCI e 20 do CC estabelecem regras primárias. Dessa forma, a conclusão de que o Direito envolve necessariamente o respeito a pelo menos uma regra secundária interessa pouco à discussão sobre esses artigos; o que importa são as implicações conceituais de um Direito no qual não há respeito às regras primárias. E o exemplo schaueriano é suficiente para mostrar que o Direito sem respeito às regras primárias é uma possibilidade conceitual. É falso, portanto, afirmar que um sistema jurídico sem respeito às regras nem sequer conta como Direito.

Nem o exemplo Schaueriano, nem a hipótese de um Direito sem respeito às regras primárias, porém, são casos *prototípicos* de Direito. Quando se pensa nos exemplos paradigmáticos de sistema jurídico, têm-se em mente casos com uma série relativamente longa de características que, embora não sejam necessárias nem suficientes para que algo conte como um sistema jurídico, estão mais ou menos associadas à ideia de Direito. O que as definições de Direito discutidas no início desta seção indicam é que uma das características mais importantes dessa série é o respeito às regras primárias. Quando se imagina um sistema jurídico, em geral se pressupõe a ideia de separação de poderes que exige que juízes tenham certa deferência às regras. Isso significa que, entre o desrespeito absoluto e o respeito absoluto às regras, os casos paradigmáticos de Direito estão mais próximos do segundo polo.

Conceitualmente, portanto, o Direito brasileiro conta como um sistema jurídico, ainda que a hipótese aqui levantada esteja correta. Contudo, ele não é um sistema jurídico típico: o desrespeito sistemático às regras primárias faz dele um caso atípico.

Quais são as consequências dessa atipicidade? Responder a essa pergunta envolve compreender a função das regras nos sistemas jurídicos. Schauer (2002, p. 173, tradução nossa) observa que regras (mesmo as primárias) funcionam antes de tudo “como veículos para a alocação de poder” entre diversas autoridades, como legisladores, juízes e demais agentes públicos:

Regras, incluindo regras jurídicas, alocam a autoridade para tomar decisões dentre vários indivíduos e instituições, refletindo as decisões da sociedade sobre quem vai

decidir o que, quem merece confiança e quem não merece, quem deve ser empoderado e quem não deve, as decisões de quem devem ser revisadas e de quem devem ser finais, e quem dá ordens e quem recebe.

Nos casos paradigmáticos de Direito há uma atitude de deferência às regras. Isso revela que, prototipicamente, as sociedades encampam uma atitude de respeito às regras que aloca relativamente mais poder aos legisladores. No caso atípico ocorre o contrário: uma atitude de menor respeito às regras significa que juízes têm muito mais poder que os legisladores do que suas contrapartes em sistemas jurídicos paradigmáticos.

7 Considerações normativas

Quem deveria ter mais poder? Juízes ou legisladores? Se é melhor conferir mais poder aos legisladores, a atipicidade do Direito sem respeito às regras é indesejável. Por outro lado, se alocar mais poder aos juízes que aos legisladores é algo bom, a atipicidade gerada pelo desrespeito às regras é uma característica positiva.

Responder a essas perguntas não é uma tarefa simples. Sunstein e Vermeule (2003) observam que elas só podem ser respondidas em concreto, analisando as capacidades das instituições. No mesmo sentido, Schauer (2002) argumenta que fatores contextuais determinam a desejabilidade de maior ou menor apego às regras.

Neste artigo, avaliam-se brevemente três fatores contextuais que parecem relevantes para responder à questão: a honestidade dos juízes; o tempo que têm à disposição para resolver casos jurídicos; e o grau de convergência moral na sociedade. Esses fatores não são exaustivos, mas oferecem um bom ponto de partida para raciocinar sobre as circunstâncias que afetam o uso de regras no Direito brasileiro.

Quando os juízes são honestos, dispõem de muito tempo para decidir sobre os casos, e é alto o grau de convergência moral na sociedade, uma atitude mais liberal com relação às regras é desejável. Talvez seja possível defender até mesmo um Direito sem respeito algum às regras em sistemas em que as circunstâncias sejam ideais. Em contraste, quando se desconfia da honestidade dos juízes, quando eles não têm tempo ou recursos suficientes para considerar com cuidado as particularidades dos casos concretos ou onde há muito desacordo moral, deve-se aderir estritamente às regras primárias.

Defensores de um baixo grau de respeito às regras precisam mostrar que cada uma das três características é favorável à sua tese. Afinal, mesmo que os juízes sejam honestos e exista convergência moral, a falta de tempo ainda pode recomendar maior deferência às regras; por outro lado, todo o tempo do mundo não será justificativa suficiente para depositar poder nas mãos de um juiz desonesto, e assim por diante.

Começando pela honestidade: se acreditarmos que os juízes são sistematicamente desonestos, teremos uma razão forte para minimizar o poder que eles têm. Na medida que

o respeito às regras é um mecanismo de alocação de poder, isso significaria que temos uma razão para defender o maior respeito às regras. Isso é especialmente verdadeiro porque as decisões judiciais em geral dizem respeito apenas às partes envolvidas no litígio. Um legislador desonesto tipicamente tem de criar uma regra geral que favoreça de modo sistemático um grupo em detrimento dos demais, o que pode ser politicamente difícil – um juiz desonesto pode simplesmente interpretar o Direito de modo idiossincrático em favor dos litigantes que deseja favorecer.

Os juízes brasileiros são honestos? Muito embora existam casos bem documentados de desonestidade²¹, não há evidência de que essa desonestidade seja generalizada²². Dado que esse é o caso, deve-se assumir que, em geral, eles agem de forma honesta, buscando solucionar os casos de acordo com o Direito. Dessa forma, esse cenário não parece ser decisivo num argumento contra o Direito sem respeito às regras.

O fator seguinte é o tempo. Por que é necessário mais tempo para decidir sobre questões jurídicas onde não há respeito às regras? Autores como Schauer (2002) argumentam que aplicar regras de acordo com o seu significado ordinário é uma atividade pouco custosa, que pode ser feita de modo quase automático. Em contrapartida, raciocinar sobre qual é a coisa certa a fazer levando em consideração diferentes valores morais é algo difícil, que exige tempo e esforço²³. Dessa maneira, sistemas jurídicos em que os tomadores de decisão têm pouco tempo disponível devem preferir o respeito às regras. Por outro lado, sistemas em que os juízes têm amplo tempo para deliberar sobre cada caso específico, um baixo grau de respeito às regras pode ser menos problemático.

Segundo o *Justiça em números* de 2021, publicação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que quantifica a atuação do Poder Judiciário, cada magistrado da Justiça estadual foi responsável pela baixa, em média, de 1.672 processos no ano de 2020. No TJRJ, esse número é ainda maior: 3.724 processos (Conselho Nacional de Justiça, 2021, p. 121). Apesar de esses valores incluírem decisões sem resolução do mérito e outras soluções jurídicas que não exigem muito tempo dos magistrados, não há dúvida de que sua carga de trabalho é elevada. Outro número que ilustra bem essa conclusão diz respeito ao acervo. O relatório *Justiça em números 2021* indica que, em 2020, o Judiciário estadual contava com 12.282 magistrados distribuídos pelo País. No mesmo ano, 58.347.512 casos pendentes tramitavam nesse âmbito, o que significa um acervo médio de 4.751 casos pendentes por magistrado²⁴. Essa

21 Nesse contexto, o requisito da honestidade é razoavelmente complexo. Ele envolve um compromisso com as ideias de imparcialidade, neutralidade e fidelidade ao Direito de modo mais geral, além do respeito às regras que vedam a corrupção em sentido estrito. Assim, mostrar que juízes não vendem sentenças não é suficiente para demonstrar que juízes são honestos – embora a venda de sentenças seja suficiente para fazer com que um juiz seja desonesto. Juízes também são desonestos quando favorecem certas partes por motivos inidôneos, ou quando atuam de forma sistematicamente racista, corporativista ou de outra forma enviesada.

22 Em que pesem as já mencionadas críticas à classe dos magistrados.

23 Para um argumento semelhante no campo da moral, ver Zamzow (2015).

24 Os números foram obtidos com base nas colunas de magistrados e nos casos pendentes da Tabela 1 do relatório *Justiça em números 2021* (Conselho Nacional de Justiça, 2021, p. 46).

tendência também se reflete nos tribunais superiores, com cargas de trabalho altíssimas, inclusive no STF. Isso indica que os juízes não têm o tempo necessário para encontrar a melhor solução possível para cada caso. Logo, a circunstância *tempo* também recomenda o respeito às regras.

Por fim, considere-se o grau de convergência moral. Presumivelmente, se houvesse um grau suficiente de convergência a respeito do que a moralidade exige, até mesmo juízes com pouco tempo poderiam resolver problemas jurídicos melhor do que regras; e nesse contexto provavelmente a maioria do público concordaria com os resultados atingidos pelos juízes.

Todavia, esse não é o caso. É uma platitude dizer que o País se encontra profundamente cindido em relação a questões morais. Pesquisas do Instituto Datafolha revelam uma profunda divisão quanto a temas moralmente relevantes, como a legalização do aborto (Amâncio, 2019) e o porte de armas (66% [...], 2019). Até mesmo questões que poderiam parecer óbvias não o são: quase um quarto da população rejeita a ideia de que a democracia é a melhor forma de governo (Apoio [...], 2020). Essa divergência moral também se reflete nos resultados analisados nas seções 1 e 2: não há ampla convergência entre os juízes do TJRJ sobre a solução jurídica adequada a casos de uma mesma classe.

Em conjunto, essas três circunstâncias parecem desaconselhar o Direito sem respeito às regras. Ainda que em geral sejam honestos, os juízes brasileiros não têm o tempo necessário para decidir sobre as questões morais com pouca deferência às regras. Além disso, dado o alto grau de desacordo moral no País, decisões amparadas na moral não seriam incontroversas.

8 Conclusão

Neste artigo, procurou-se argumentar que o Direito brasileiro parece destoar dos casos paradigmáticos de Direito com relação ao respeito às regras. Os juízes de sistemas jurídicos prototípicos respeitam as regras jurídicas, ao passo que os juízes brasileiros se sentem, ao menos em algumas ocasiões, autorizados a desviar-se do resultado recomendado por elas. Verificou-se que essa atitude não se restringe a um tribunal específico ou a uma única questão jurídica. Tampouco essa tendência é malvista pela comunidade jurídica. Esses fatos permitem concluir – de modo especulativo – que no Direito nacional é baixíssimo o nível de respeito às regras.

O que se segue dessa conclusão? Em termos conceituais, mesmo um sistema normativo sem respeito algum às regras primárias pode contar como Direito. Desse modo, seria exagero questionar as credenciais jurídicas do Direito brasileiro. Contudo, a prevalência de menção a regras em definições do que é o Direito aponta para a importância do respeito às regras nos casos centrais de Direito, o que torna atípicos sistemas sem respeito a elas.

Essa atipicidade pode ser boa ou ruim, a depender de uma série de circunstâncias relevantes para o desenho das instituições jurídicas. Examinaram-se em particular três dessas circunstâncias: a honestidade dos juízes, o tempo de que dispõem para avaliar casos

jurídicos e o grau de convergência moral na sociedade. Na avaliação da incidência dessas circunstâncias no Brasil, constatou-se que apenas a primeira delas recomenda o desapego às regras; as demais sugerem que juízes deveriam ser mais deferentes com relação a elas.

É possível que outras evidências demonstrem que o presente diagnóstico descritivo esteja errado. Todavia, na ausência dessas evidências e à luz dos argumentos aqui apresentados, reitera-se a recomendação de que os juízes brasileiros levem as regras muito mais a sério.

Referências

ADLER, Matthew D. Popular constitutionalism and the rule of recognition: whose practices ground U.S. law? *Northwestern University Law Review*, [s. l.], v. 100, n. 2, p. 719-805, 2006. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/52/. Acesso em: 16 fev. 2024.

AMÂNCIO, Thiago. Contrários a qualquer tipo de aborto no Brasil atingem 41%. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 10 jan. 2019. Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/01/ainda-minoria-contrarios-a-qualquer-tipo-de-aborto-no-brasil-atingem-41.shtml>. Acesso em: 16 fev. 2024.

APOIO à democracia atinge 75%. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 29 jun. 2020. Opinião Pública. Disponível em: <https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2020/06/1988776-apoio-a-democracia-atinge-75.shtml>. Acesso em: 16 fev. 2024.

ASSIS, Rodolfo. *Interpretação conforme a Constituição e decisões manipulativas*. Rio de Janeiro: Gramma, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v235.2004.45123>. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45123>. Acesso em: 16 fev. 2024.

BRANDO, Marcelo Santini. *Mensurando modelos decisórios: construção e apresentação de evidências de validade de uma escala de atitudes em relação às regras (EARR)*. 2023. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

BRASIL. [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/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 16 fev. 2024.

_____. *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/l10406compilada.htm. Acesso em: 16 fev. 2024.

_____. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 16 fev. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança nº 24.339/TO*. Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Enquadramento de professora do Estado de Tocantins, com base em ascensão funcional. Lei estadual de Tocantins 351/92, posteriormente revogada [...]. Recorrente: Maria Áurea Ribeiro Brito. Recorrido: Estado do Tocantins. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 30 de outubro de 2008. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordo?num_registro=200701304927&dt_publicacao=17/11/2008. Acesso em: 16 fev. 2024.

BYSTRANOWSKI, Piotr; JANIK, Bartosz; PRÓCHNICKI, Maciej; HANNIKAINEN, Ivar Allan Rodriguez; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; STRUCHINER, Noel. Do formalist judges abide by their abstract principles?: a two-country study in adjudication. *International Journal for the Semiotics of Law*, [s. l.], v. 35, n. 5, p. 1.903-1.935, Oct. 2022. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11196-021-09846-6>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11196-021-09846-6>. Acesso em: 16 fev. 2024.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito à informação x direito à privacidade: o conflito de direitos fundamentais. *Fórum: debates sobre justiça e cidadania*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 14-15, out./nov. 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Justiça em números 2021*. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2024.

FULLER, Lon L. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1969. (Storrs Lectures on Jurisprudence, 1963).

HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2nd ed. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1994.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 9, n. 33, p. 123-165, out./dez. 2015. DOI: <https://doi.org/10.30899/dfj.v9i33.155>. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/155>. Acesso em: 16 fev. 2024.

LEITE, Fábio Carvalho; HANNIKAINEN, Ivar Allan Rodriguez; MELLO, Rodrigo Gaspar de; LINS, Silvia Follain de Figueiredo. *A liberdade de imprensa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Centro para Estudos Empíricos-Jurídicos, 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Biografias não autorizadas: conflito entre a liberdade de expressão e a privacidade das pessoas humanas? *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 2, p. 1-4, abr./jun. 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/95>. Acesso em: 16 fev. 2024.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca Jurídica WMF).

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça (6. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 0266795-11.2014.8.19.0001*. Apelante: Facebook Serviços on-line do Brasil Ltda. Apelado: Fernando Candido da Costa. Relator: Des. Nagib Slaibi, 15 de setembro de 2015. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FB16106B5B76E4710615A18FE312CF9AC504253FOC57&USER=>. Acesso em: 16 fev. 2024.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 2002. (Clarendon Law Series).

_____. *The force of law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015.

66% são contra posse de armas, e 70% rejeitam flexibilizar porte. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 12 jul. 2019. Opinião Pública. Disponível em: <https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2019/07/1988232-66-sao-contra-posse-de-armas.shtml>. Acesso em: 16 fev. 2024.

STRUCHINER, Noel; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; HANNIKAINEN, Ivar Allan Rodriguez. Legal decision-making and the abstract/concrete paradox. *Cognition*, [s. l.], v. 205, n. 4, Dec. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.cognition.2020.104421>.

STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade: quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva: Ed. FGV, 2011. p. 119-152. (Série Direito em Debate. Direito, Desenvolvimento, Justiça).

_____. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. 2005. Tese (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, [s. l.], v. 101, n. 4, p. 885-951, Feb. 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2/>. Acesso em: 16 fev. 2024.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. *Quem somos: a magistratura que queremos*. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2018. Disponível em: <https://amaerj.org.br/magistratura-que-queremos/>. Acesso em: 16 fev. 2024.

ZAMZOW, Jennifer L. Rules and principles in moral decision making: an empirical objection to moral particularism. *Ethical Theory and Moral Practice*, [s. l.], v. 18, n. 1, p. 123-134, Feb. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10677-014-9514-z>.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a 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

