

Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 216

Brasília | outubro – dezembro/2017

Ano 54

SENADO FEDERAL





Revista de Informação Legislativa

SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2017 – 2018

Senador Eunício Oliveira

PRESIDENTE

Senador Cássio Cunha Lima

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador João Alberto Souza

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador José Pimentel

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Gladson Cameli

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Antonio Carlos Valadares

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador Zeze Perrella

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTE DE SECRETÁRIO

Senador Eduardo Amorim

Senador Sérgio Petecão

Senador Davi Alcolumbre

Senador Cidinho Santos



Brasília | ano 54 | nº 216
outubro/dezembro – 2017



MISSÃO

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

FUNDADORES

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

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

Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

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

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Fabrício Ferrão Araújo

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADOR: Aloysio de Brito Vieira

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

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

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

ISSN 0034-835x

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

CDD 340.05
CDU 34(05)

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

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

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

CONSELHO

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

PARECERISTAS

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

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

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

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

AUTORES

André Guilherme Lemos Jorge é doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, SP, Brasil; mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, SP, Brasil; diretor do Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho (Uninove), São Paulo, SP, Brasil; curso o pós-doutorado na Universidade de Salamanca, Salamanca, Espanha; advogado. / Ciro Antonio das Mercês Carvalho é bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), Ilhéus, BA, Brasil; pesquisador de Iniciação Científica no Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional, Hermenêutica e Democracia (JCHD), Ilhéus, BA, Brasil, com bolsa FAPESB para o período 2015-2016; estagiário no Ministério Público do Trabalho, Itabuna, BA, Brasil. / Daniela Böck Bandeira é graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), Porto Alegre, RS, Brasil; com mobilidade acadêmica na Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; especializando em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul (ESMAFE-RS), Porto Alegre, RS, Brasil; advogada. / Filipe Rocha Martins Soares é bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI), Teresina, PI, Brasil; mestrando em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília (UnICEUB), Brasília, DF, Brasil. / George Felício Gomes de Oliveira é mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Fortaleza, CE, Brasil; advogado do Banco do Nordeste do Brasil S/A (BNB) em Fortaleza, CE, Brasil. / George Marmelstein é doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Fortaleza, CE, Brasil; professor de Direito Constitucional no Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Fortaleza, CE, Brasil; juiz federal no Ceará, Brasil. / Gustavo Ferreira Ribeiro é doutor em Direito pela Maurer School of Law, Indiana University Bloomington, Bloomington, IN, Estados Unidos da América, com bolsa do programa Capes/Fulbright; professor do Centro de Ensino Unificado de Brasília (UnICEUB), Brasília, DF, Brasil. / Jorge O. Bercholz é doutor em Direito Político pela Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina; doutor internacional em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad de Castilla-La Mancha, Espanha; Professor Catedrático de Teoria do Estado e de pós-graduação e doutorado da Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina; e Professor Catedrático de Sociologia Jurídica e de Metodologia da Investigação da Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires, Argentina. / Juan Esteban Barile é mestrando em História Econômica e das Políticas Econômicas na Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina; Professor de "Teoria do Estado" da Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina; Professor Adjunto de Metodologia da Investigação Jurídica e Sociologia Jurídica da Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires, Argentina; e advogado. / Leonardo Oliveira Soares é mestre em Direito Processual pela PUC-MG, Belo Horizonte, MG, Brasil; membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil e do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; Procurador do Estado de Minas Gerais, atualmente na condição de Advogado Regional em Ipatinga, MG, Brasil; professor de Teoria Geral do Processo e Processo Civil na Faculdade de Direito de Ipatinga, Ipatinga, MG, Brasil. / Luana Paixão Dantas do Rosário é doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, BA, Brasil; professora assistente de Direito Constitucional da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), Ilhéus, BA, Brasil; editora da Revista *Diké*; líder do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional, Hermenêutica e Democracia (JCHD), Ilhéus, BA, Brasil. / Lucas Mateus Canabarro Rodrigues é graduado em Direito pela Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES), Santa Maria, RS, Brasil; pesquisador cadastrado no CNPq no Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet (CEPEDI), da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria, RS, Brasil; advogado. / Márcia Dieguez Leuzinger é doutora em Desenvolvimento Sustentável e mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; pós-doutora pela University of New England, Armidale, Austrália; professora de Direito Ambiental do mestrado e do doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), Brasília, DF, Brasil; procuradora do Estado do Paraná em Brasília. / Michel Bertoni Soares é graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho, PR, Brasil; mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil; analista judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE-SP), São Paulo, SP, Brasil. / Nina Trícia Disconzi Rodrigues é doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professora adjunta no Departamento de Direito na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria, RS, Brasil; professora no programa de pós-graduação em

Direito (Mestrado) na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria, RS, Brasil; coordenadora do Grupo de Pesquisa, cadastrado no CNPQ, Grupo de Pesquisa em Direito dos Animais, denominado GPDA, da Universidade Federal de Santa Maria(UFSM), Santa Maria, RS, Brasil; vice-líder do Grupo de Pesquisa cadastrado no CNPq, denominado Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet (CEPEDI) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria, RS, Brasil. / Paulo Campanha Santana é mestre e doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília, DF. / Plínio Melgaré é mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; coordenador do Núcleo de Direito Privado da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), Porto Alegre, RS, Brasil; professor da Graduação e da Pós-Graduação da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), Porto Alegre, RS, Brasil; professor da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS), Porto Alegre, RS, Brasil; palestrante da Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul (ESMAFE-RS), Porto Alegre, RS, Brasil. / Rafael Siqueira de Guimarães é doutor em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista (UNESP), São Paulo, SP, Brasil; professor adjunto do Instituto de Humanidades, Artes e Ciências da Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB), Itabuna, BA, Brasil.

Sumário

Autores convidados em língua estrangeira

- 13 *La designación de los magistrados de Tribunales y Cortes Constitucionales por su procedencia regional*
Los casos de España, Canadá y Argentina
Jorge O. Bercholz
- 33 *El Brasil de 1889-1930*
El regionalismo en el federalismo republicano
Juan Esteban Barile

Artigos

- 45 **Conflitos entre ordens públicas no espaço cibernético**
Uma abordagem cosmopolita em resposta à sobreposição regulatória da internet
Filipe Rocha Martins Soares
Gustavo Ferreira Ribeiro
- 67 **Imunidade e garantias parlamentares**
Perda do mandato parlamentar diante da condenação criminal
Daniela Böck Bandeira
Plínio Melgaré
- 87 **Financiamento eleitoral por pessoas jurídicas**
A influência do poder econômico sobre a democracia
André Guilherme Lemos Jorge
Michel Bertoni Soares
- 105 **You can't always get what you want**
Repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos
George Marmelstein Lima
- 131 **A sucumbência recursal no CPC/2015**
Leonardo Oliveira Soares

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

- 143 A cumulação de pedidos na ação civil pública ambiental**
Márcia Dieguez Leuzinger
Paulo Campanha Santana
- 161 Direito e desenvolvimento no Brasil e a inserção histórica da política pública do microempreendedor individual**
George Felício Gomes de Oliveira
- 181 Novos rumos para a democracia representativa no Brasil e a PEC 61/2007 do Senado Federal**
Nina Trícia Disconzi Rodrigues
Lucas Mateus Canabarro Rodrigues
- 207 Julgamento da ADPF nº 132**
Análise à luz da hermenêutica fenomenológica e do ativismo judicial
Luana Paixão Dantas do Rosário
Rafael Siqueira de Guimarães
Ciro Antonio das Mercês Carvalho

La designación de los magistrados de Tribunales y Cortes Constitucionales por su procedencia regional

Los casos de España, Canadá y Argentina

JORGE O. BERCHOLC

Resumen: Resulta una variable de sumo interés, observar el proceso de designación de los magistrados de Tribunales y Cortes constitucionales y la composición del mismo en relación al origen geográfico y territorial de los jueces, tanto por su lugar de nacimiento como por las universidades en las que se han formado, considerando la evidente influencia que las mismas pueden ejercer, como *alma mater*, en las perspectivas y características profesionales de los magistrados. ¿Qué efectos se producirían si los magistrados representaran a las comunidades autónomas (CCAA)?, más aún, habría que cuestionarse previamente, si efectivamente se espera que se produzca algún efecto diferenciador. Y en ese caso, ¿cuáles serían las ventajas o los objetivos de tal reforma en el proceso de designación de los magistrados? Existen antecedentes respecto a tal cuestión, a los que luego me referiré, en Canadá y Argentina.

Palabras-clave: Cortes y tribunales constitucionales. Designación de jueces. Procedencia regional. Estudio comparado.

1. La designación de los magistrados de Tribunales y Cortes Constitucionales por su procedencia regional. Los casos de España, Canadá y Argentina

Resulta una variable de sumo interés, observar el proceso de designación de los magistrados de Tribunales y Cortes constitucionales y la composición del mismo en relación al origen geográfico y territorial de los jueces, tanto por su lugar de nacimiento como por

Autor convidado

las universidades en las que se han formado, considerando la evidente influencia que las mismas pueden ejercer, como *alma mater*, en las perspectivas y características profesionales de los magistrados.

2. Especificaciones y aclaraciones sobre los datos estadísticos que sustentan la investigación

Se aclara que todos los datos estadísticos que dan sustento a las hipótesis y conclusiones vertidas en el presente artículo, son producto de la construcción de una variada y extensa base de datos que se fue perfeccionando durante varios años de trabajo mediante el apoyo de distintos programas y premios que dieron soporte al proyecto de investigación marco denominado “Un estudio comparado de la performance de los Tribunales Constitucionales de la Argentina, Alemania, Canadá, España y Brasil en el ejercicio del Control de Constitucionalidad”. Los premios y aportes financieros fueron recibidos de: Gobierno de Canadá – Departamento de Relaciones Exteriores y el International Council of Canadian Studies (ICCS); Unión Europea, Programa Alban; Fritz Thyssen Stiftung de Alemania; Universidad de Buenos Aires, Programa Thalmann y programa Facultad de Derecho; Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD).

Las sedes de trabajo visitadas y donde se desarrolló la investigación básica fueron, en Canadá: Institute of Canadian Studies de la Universidad de Ottawa; Facultad de Derecho de la Universidad de Ottawa; Suprema Corte Federal de Canadá.

En España: Instituto Universitario Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Castilla-La

Mancha; Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona; Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Castilla-La Mancha; Tribunal Constitucional de España.

En la Argentina la sede de trabajo es el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Gioja de la Universidad de Buenos Aires del cual el autor es investigador.

El modelo de investigación fue compatible y adecuado, a efectos de estudios comparados, con el desarrollado por el autor en, Bercholz Jorge O., “La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)”, Ediar, 2004, Buenos Aires. También es el esquema y modelo de trabajo del estudio mayor referido, que contempla la performance de tribunales de similar relevancia en otros países. Institucionalmente, se trata del proyecto de investigación UBACyT, acreditado por la Universidad de Buenos Aires, Secretaría de Ciencia y Técnica, convocatoria 2010/2012 y 2013/2016, no Proyecto 20020120100031, Resolución N° 6932/13, Director del proyecto Jorge O. Bercholz, “Un estudio comparado de la performance de los Tribunales Constitucionales de la Argentina, Alemania, Canadá, España y Brasil en el ejercicio del Control de Constitucionalidad”. A lo largo del trabajo se utilizan datos comparados de los tribunales referidos. El criterio de dichos parámetros comparables responde a la relevancia de los tribunales comparados y a los recursos que instituciones de dichos países han aportado para el financiamiento del proyecto. La base de datos sobre la Corte Suprema de Justicia argentina está compuesta por alrededor de 2.200 sentencias sobre control de constitucionalidad emitidas por el Tribunal en el período 1936-1998. Actualmente la base de datos argentina se está actualizando. La base de datos de la Suprema Corte canadiense está

compuesta por alrededor de 400 sentencias, todo lo que produjo sobre control de constitucionalidad dicho tribunal en el período 1982-2012, esto es desde la famosa declaración de la Charter of Rights and Freedoms. El caso del Tribunal constitucional español abarca desde su creación en 1980 hasta 2012, y la base contempla todas las sentencias y autos emitidos sobre control de constitucionalidad, y las características de todos los jueces que se han desempeñado en dicho período. El investigador o interesado en mayores especificaciones técnicas y metodológicas puede consultar los trabajos referidos y los descriptos en la lista bibliográfica. Las bases de datos descriptas poseen gran cantidad de información y muy diversa en la complejidad de las variables utilizadas para realizar las mediciones y comparaciones. Algunas de ellas se observan en este artículo, en particular las referidas a la procedencia de los jueces y a su performance en relación a la jurisdicción de las normas cuestionadas y sometidas al proceso de control de constitucionalidad. Las características de artículo del presente impiden explayarse en detalle sobre los aspectos metodológicos que, insisto, los interesados pueden consultarlos en el material referido.

3. España: las comunidades autónomas (CCAA) y el proceso de designación de los magistrados del Tribunal Constitucional de España (TC)

Esta cuestión reviste vital importancia si consideramos que el TC ha tenido y tiene, un rol fundamental en el diseño e ingeniería del sistema político e institucional del Estado español a través del control de constitucionalidad, vía los tres recursos e instrumentos jurídicos que necesariamente canalizan e involucran

intereses contrapuestos entre el Estado central y las CCAA, y que implican la judicialización de cuestiones netamente políticas como son la organización territorial del Estado y el desarrollo autonómico. Nos referimos al recurso de inconstitucionalidad, la cuestión de inconstitucionalidad y los conflictos de competencias. Claramente la performance del TC, en el ejercicio del control de constitucionalidad vía la resolución de los casos que lleguen a su jurisdicción por esas tres vías, implicará consecuencias evidentes sobre el diseño institucional del Estado y del desarrollo autonómico, atribuibles a sus responsabilidades políticas y técnico-jurisdiccionales.

Es que existen factores muy visibles, en el proceso constitucional español, que le otorgan un rol fundamental al TC en el proceso de organización y distribución territorial del poder estatal.

Así, la Constitución española (CE) de 1978 ha dejado un campo amplio de ambigüedades e incógnitas a ser develados por el devenir del proceso político en relación al desarrollo autonómico. En el devenir de ese diseño inconcluso, Estado constitucional de derecho mediante, el TC tiene un rol y responsabilidades innegables por afrontar. Tal vez demasiadas para una instancia judicial con limitaciones en su legitimidad política indudables ya largamente discutidas por la doctrina desde una perspectiva democratista, justamente, por el modo de reclutamiento de los magistrados que desempeñan los roles en el TC.

Por ello, las CCAA entienden la CE, y actúan en pos de la construcción del desarrollo autonómico, como un proceso inacabado y, en muchos aspectos, sin límites demasiado precisos. En especial se hace referencia y se reclama en torno a las competencias exclusivas, de administración de justicia y de legislación básica (arts. 149.1.1º; 149.2 y 149.1.13 CE),

y a las demoras que al proceso autonómico genera la disposición de suspensión del art. 161.2 CE.

Las CCAA suelen destinar sus críticas y reclamos también al TC, además de a los órganos ejecutivos y legislativos como instrumento de centralización y filtro del desarrollo autonómico.

Es que el TC resulta un órgano clave en el diseño institucional para la determinación de la distribución del poder político entre el Estado central y las CCAA. La jurisprudencia del TC, su performance a través de sus sentencias definen, en la práctica, el contenido y alcance de las competencias autonómicas (AJA; PÉREZ TREMP, 2000, p. 147-148).

Y en torno a la discusión sobre el proceso de designación de los magistrados, también resulta pertinente tener en consideración que la producción del TC debe procurar la funcionalidad y gobernabilidad del diseño estatal autonómico en articulación con el sistema institucional centralizado, aunque inacabado y en cierto modo ambiguo, que propone la CE. Se trata de una facultad altamente compleja y con un inevitable y alto nivel de naturaleza política. Ello hace menester que, como siempre se reclama de un tribunal constitucional o corte suprema que posea la última palabra en la interpretación constitucional, posea una perspectiva estatalista y de previsibilidad sobre las consecuencias que sus sentencias acarrearán para el sistema político e institucional, considerando siempre evitar construcciones dogmáticas, poco realistas o en exceso prescriptivistas y legalistas (AJA; PÉREZ TREMP, 2000, p. 155).

Más aún cuando la participación de los jueces y tribunales ordinarios en materia competencial vía cuestión de inconstitucionalidad, lo que ha sido aceptado desde ya hace varios años por el TC, puede generar un proceso de judicialización de la puja por el reparto territorial del poder, lo que resulta un claro paso hacia la judicialización de cuestiones eminentemente políticas y al achicamiento del campo de las cuestiones políticas no justiciables. Si bien involucrar a la justicia ordinaria en el desarrollo de los Estados autonómicos puede implicar un alivio de esa carga para el TC, en especial ante el déficit del Senado español como agencia de representación territorial, la contrapartida es que se limite en exceso el ejercicio del consenso y la negociación adecuados para la resolución de conflictos políticos y se abuse de un abordaje en términos estrictos de legalidad (AJA; PÉREZ TREMP, 2000, p. 171).

El sistema político español presenta rasgos de interés comparado, con Canadá y Argentina, en relación a los intereses de los Estados miembros en el proceso de designación de los jueces de los más altos niveles jurisdiccionales centrales o federales.

Respecto de Canadá, resulta comparable el conflicto interno en relación a las pretensiones secesionistas o independentistas de Quebec

en Canadá y, principalmente, de Cataluña y el País Vasco en España. Ello, a pesar de que Canadá es presentado, generalmente, como modelo de país federal y España tiene, al menos formalmente, una organización unitaria y centralizada, aunque en plena ebullición de su diseño autonómico.

Sabido es que los independentistas catalanes, vascos y québécois (nativos de Quebec) observan con interés mutuo a sus procesos políticos, dadas sus similitudes con bases históricas, culturales, tradicionales y lingüísticas, aunque no exentas de insoslayables diferencias geopolíticas. Por ello resulta de interés en España, en especial para las CCAA, apreciar las características de la garantía legal para la designación de magistrados de Quebec en la Suprema Corte Federal canadiense.

Aquellas similitudes no acontecen con la Argentina. Pero sí existen entre las organizaciones político-territoriales federales de Canadá y Argentina.

Y justamente esa es otra sensible diferencia para el análisis de la variable que aquí nos ocupa. El diferente peso institucional y político que tiene el Senado en los diseños de Canadá y Argentina, como estructuras federales, y España. Ello reviste singular importancia siendo que la función primordial del Senado, es la representación territorial de los Estados miembros en términos inclusivos e igualitarios entre todos ellos.

La gran responsabilidad que implica la compleja tarea de limitación de competencias que recae en España básicamente en el TC, carece de un contrapeso institucional parlamentario con quien compartirla, por lo que el TC español corre el riesgo de extralimitación y de convertirse en un legislador positivo, vía un activismo judicial, que encuentra diversos modos de reproducción, entre ellas las denominadas sentencias interpretativas.

Por ello se ha marcado la incapacidad del TC, a través de su jurisprudencia, de resolver cuestiones que requieren vías e instituciones políticas de resolución y canalización pues, “las insuficiencias del Estado autonómico, y en particular la ausencia de un Senado que represente a las Comunidades Autónomas, no pueden ser sustituidas por el Tribunal Constitucional” (AJA; PÉREZ TREMPES, 2000, p. 164).

Es extendida la opinión en la doctrina española, sobre lo deficitario y estéril de la performance del Senado y de la necesidad de su reforma, a fin de dotarlo de un status institucional eficaz y funcional con lo que se espera de una agencia de representación territorial. Así se ha dicho que el Senado no aporta al proceso legislativo, que tampoco es eficiente para representar a las CCAA, y que se requiere una indispensable reforma constitucional a fin de su reencauzamiento (SÁNCHEZ AMOR, 1994, p. 81).

3.1. Procedencia regional y Universidades de graduación de los magistrados del TC

Resulta entonces una variable de sumo interés en España, y ello en relación a la reivindicación desde las CCAA (en especial Cataluña, País Vasco y Galicia) para que integrantes de esas regiones ocupen mediante garantía legal o constitucional cargos como magistrados en el TC. Deben analizarse los efectos e implicancias posibles de conectar el proceso de designación de los magistrados del TC a los partidos políticos (como ha ocurrido hasta ahora) o a las instituciones particularmente afectadas por sus decisiones (CCAA). Se abriría así el debate entre la opción por la designación en orden a la representación territorial (CCAA) o la representación política electoral (partidos).

¿Qué efectos se producirían si los magistrados representaran a las CCAA?, más aún, habría que cuestionarse previamente, si efectivamente se espera que se produzca algún efecto diferenciador. Y en ese caso, ¿cuáles serían las ventajas o los objetivos de tal reforma en el proceso de designación de los magistrados? Existen antecedentes respecto a tal cuestión, a los que luego me referiré, en Canadá y Argentina.

En los cuadros que siguen podemos observar la procedencia regional de los magistrados del TC y sus Universidades de graduación.

Lugar de nacimiento de los Magistrados del TC español (1980-2015)

Total nº de magistrados contabilizados: 47	Cantidad	%
Castilla y León	8	17
Andalucía	7	15
Valencia	5	11
Cataluña	4	8,5
Madrid	4	8,5
Cantabria	3	6
Asturias	2	4
Extremadura	2	4
Galicia	2	4
País Vasco	2	4
Aragón	1	2
Castilla La Mancha	1	2
Murcia	1	2
Navarra	1	2
La Rioja	1	2

Tres magistrados nacieron en el extranjero. Fernández Viagas en Tanger, Marruecos; Truyol Serra en Saarbrücken, Alemania y Rodríguez Zapata en Montevideo, Uruguay.

Fuente: base de datos propia y web-page del TC.

Universidades de graduación de los Magistrados del TC español (1980-2015)

Total nº de magistrados contabilizados: 36	Cantidad	%
Complutense de Madrid	12	33
Barcelona	5	14
Granada	4	11
Sevilla	4	11
Valencia	3	8
Valladolid	3	8
Deusto	1	3
Extremadura	1	3
Oviedo	1	3
Santiago de Compostela	1	3
Zaragoza	1	3

Fuente: base de datos propia y web-page del TC.

Considerando los datos que han podido ser colectados sobre todos los magistrados que pasaron por el TC hasta la actualidad, se observa, respecto al lugar de nacimiento, que todas las CCAA han tenido algún representante en el TC, salvo las CCAA insulares, Canarias y Baleares. Resulta llamativo, dentro de la diversidad, que Castilla-León y Andalucía lideren el ranking contando, entre ambas, con un tercio de los magistrados del TC considerando su procedencia.

El eje de CCAA más activas en políticas de desarrollo autonómico y, en particular, en la reivindicación para las CCAA del derecho de participar en el proceso de designación y de asegurar magistrados de esas regiones en el TC, Cataluña, País Vasco y Galicia, han tenido 8 designaciones, 16,5% del total.

Respecto a las Universidades de graduación, como podía suponerse la Complutense de Madrid es la que más magistrados ha formado y proveído al TC, el 33% del total, doce magistrados. Es un dato que debe ser analizado análogamente a lo que se observa con la Universidad de Buenos Aires y que se expone más adelante. Un juez que, por ejemplo, haya cursado sus estudios universitarios en sede distinta a la de su lugar de nacimiento y/o que, además, haga largo tiempo que no reside en él, lo deja sin vínculo delegativo ni legitimante con la región de la que procede. Así, la influencia técnico-profesional y cultural que genera el *alma mater*, como ya referí antes, resulta indudable, y por ello la relevancia de Madrid, a través de la Complutense, en este rubro de procedencia de los magistrados. Para mayor consistencia en la presencia madrileña se observa que, los nacidos en Madrid han estudiado en la Complutense y la mayoría de los nacidos en Castilla-León también.

Otros dos datos resultan llamativos; solo provienen de universidades vascas (Deusto) y gallegas (Santiago de Compostela) dos magistrados, uno de cada una de ellas.

En sentido contrario, las universidades andaluzas (Granada y Sevilla) han formado y proveído para el TC, 8 magistrados. Es consistente la presencia andaluza en el TC, pues se registran 7 magistrados nacidos en la CCAA y 8 graduados en sus universidades.

También Cataluña muestra consistencia en su presencia, aunque pueda tildársela de insuficiente, dada su importancia económica y cultural y su influencia para el resto de las CCAA. Hubo 4 catalanes en el TC, y 5 graduados en sus universidades.

Dicho de otro modo, los magistrados andaluces y catalanes que llegaron al TC se graduaron en universidades de su CCAA de nacimiento. Lo mismo acontece con los 3 valencianos que se graduaron en su universidad.

4. Canadá: el caso de la garantía legal para la designación de magistrados de Quebec en la Suprema Corte Federal de Canadá

El proceso que devenga la obligación legal de que la Corte canadiense cuente con jueces de Quebec, es el resultado de un derrotero histórico que comienza ya desde la *Constitution Act de 1867*, y la posterior *Supreme and Exchequer Court Act*, S.C. 1875, Allí se disponía, desde el origen de la federación canadiense, que 2 de los 6 jueces que entonces integraban la Corte debían proceder de la Provincia de Quebec.

A partir de 1949, a través de *Act to amend the Supreme Court Act*, S.C. 1949 (2nd Sess.), c. 37, s. 1., los jueces de la Corte han pasado a ser 9, nombrados por el gobierno federal pero, al menos 3 de ellos, deben proceder de la Corte Superior, de la Corte de Apelación o del Colegio de Abogados de la provincia de Quebec.

En 1985, la *Supreme Court Act*, RSC (ley reformada), 1985, c S-26, confirma la composición de la Corte canadiense, estableciendo que: “*Three judges from Quebec [- C.6]: At least three of the judges shall be appointed from among the judges of the Court of Appeal or of the Superior Court of the Province of Quebec or from among the advocates of that Province*” (CANADA, 2017, p. 3).

Esta norma suple la falta de culminación del proceso constitucional en Canadá a través de su capítulo 6, puesto que, aun hoy, la Corte Suprema no está incluida en las cláusulas constitucionales como un poder del Estado, a pesar de los intentos por resolver tal cuestión en el marco de

los fracasados acuerdos del Lago Meech del 30 de abril de 1987, y de Charlottetown de 28 de Agosto de 1992.

Sin embargo, la Corte ha reconocido en sentencia reciente, *Reference re Supreme Court Act*, ss. 5 and 6, del 21 de marzo de 2014, que la parte V de la *Constitution Act, 1982*, es suficiente ancla para reconocer que la institución forma parte de la estructura fundamental constitucional e institucional de Canadá. Justamente, la sentencia, se originó en un debate sobre la propuesta del primer ministro Harper de un magistrado proveniente de Quebec para la Corte Federal que no cumplía con los requisitos de continuidad en la matrícula de la provincia.

La ley dispone que al menos tres magistrados provengan de Quebec. Tradicionalmente la corte se completa con 3 jueces que provienen de Ontario, 2 de las provincias del Oeste y 1 de las provincias del Atlántico. Son recurrentes también, las quejas del resto de las provincias anglófonas por este privilegio de Quebec.

Se esgrimen, al menos, dos hipótesis explicativas sobre la prerrogativa *Québécois* de representación diferencial en la Corte Suprema Federal. Una de ellas es la “juridicista”, y se sustenta en el carácter bilingüe, binacional o plurinacional del país que cuenta, además, contemporáneamente, con dos sistemas diferentes de poder judicial. El sistema del código civil y derecho continental vigente en la provincia de Quebec y el sistema del common law en el resto del país, predominantemente anglosajón.

La otra hipótesis explicativa, de matriz “politológica”, justifica la política persuasiva de la federación al otorgar tres plazas en la Corte Suprema garantizadas por ley a juristas provenientes de instituciones judiciales de Quebec, a fin de evitar que crezcan el sentimiento y la decisión política

secesionista en la provincia, concediendo esos privilegios institucionales en consideración a las particularidades y especificidades de la población franco canadiense de Quebec.

5. Argentina: La “representación de un país federal” en el proceso de designación de los ministros de la Corte Suprema argentina

Mediante el decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 222 del 20 de junio de 2003, se estableció un nuevo “Procedimiento para el ejercicio de la facultad que el inciso 4 del artículo 99 de la Constitución de la Nación Argentina le confiere al Presidente de la Nación para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Marco normativo para la preselección de candidatos para la cobertura de vacantes” (ARGENTINA, 2003), tal el título de la norma en cuestión.

El decreto, recogiendo inquietudes de Organizaciones No Gubernamentales y juristas, impuso tener en consideración, al momento de proponer un candidato para ocupar la Corte Suprema, las diversidades de género, de especialidad y la procedencia regional en pos de una eficaz representación federal.

El artículo 3° del referido decreto dice:

“Dispónese que, al momento de la consideración de cada propuesta, se tenga presente, en la medida de lo posible, la composición general de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para posibilitar que la inclusión de nuevos miembros permita reflejar las diversidades de género, especialidad y procedencia regional en el marco del ideal de representación de un país federal” (ARGENTINA, 2003).

Según la lógica del decreto, el reflejo de la diversidad regional del país en la procedencia de los jueces de la Corte Suprema coadyuvaría, entonces, a la consecución de una eficaz representación federal en el tribunal.

Sin embargo, a efectos de la pretensión “del ideal de representación de un país federal”, según reza el decreto, ¿resulta plausible la designación de jueces por su procedencia regional o lugar de nacimiento?

¿Qué se procura al intentar responder a la categoría “del ideal de representación de un país federal”? Acaso, ¿no es el Senado la institución que representa los intereses regionales de los Estados miembros?

No analizaré aquí aspectos complejos sobre la actualidad del federalismo, en donde la nota de los procesos de integración regional y supranacionalidad política requerirían una redefinición de la categoría teórico-conceptual.

Sí, parece estar fuera de toda duda, que el federalismo y las ideas que pretenden su impulso y desarrollo, deberán siempre tender a una óptima y eficaz integración política, social y económica de los Estados miembros, sin perder de vista sus particularidades y competencias indelegables, pero a la vez, coadyuvando a una sistémica organización suficientemente centralizada a efectos de la eficacia del poder federal.

Las diferentes fórmulas o definiciones que se intenten, más o menos válidas, siempre están sujetas al test duro de la realidad y a las tensiones políticas y económicas que se susciten entre los Estados miembros y el poder federal.

Una característica estructural saliente del federalismo remite a la idea de una

“pluralidad de centros de poder soberanos coordinados entre sí, de tal manera que al gobierno federal, competente respecto

de todo el territorio de la federación, se le confiere una cantidad mínima de poderes indispensables para garantizar la unidad política y económica, y a los estados federales, competentes cada uno en su propio territorio, se les asigna los poderes restantes” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1985, p. 687).

Claro que la definición así expuesta está sujeta a la “buena voluntad de las partes” que, sabido es, no resulta categoría admisible en los análisis politológicos y sociológicos que pretendan responder a los cánones actuales exigibles de cientificidad.

Por ello, la regulación de la “cantidad mínima de poderes indispensables”, resulta un término en extremo ambiguo y subjetivo.

Las tensiones y pujas entre el poder federal y los estados miembros, en la limitación y extensión de sus competencias, son un dato histórico insoslayable en el federalismo y que se reavivan, con nuevos matices en la actualidad, ante los procesos de supranacionalidad e integración política.

Por ello el jurista argentino Spota (1998, p. 25), refiriéndose al rol institucional y político que le compete a un Tribunal Constitucional sostuvo que “lo judicial no sólo es capacidad para administrar justicia, sino fundamentalmente poder político para compeler el cumplimiento de la distribución de competencias entre el Estado federal y los Estados miembros”.

El propio jurista, en otro trabajo sostuvo que el origen de la revisión judicial se relaciona con la necesidad política de establecer la unión entre los 13 estados confederados, refiriéndose al proceso de conformación y constitucionalización de los Estados Unidos (SPOTA, 1999, p. 176).

En Europa, según Aja (1998, p. xiv-xv), el control de las leyes se introduce como fórmula para resolver los conflictos que enfrentaban a

la Federación y los Estados miembros allí donde se estableció un sistema federal.

Spota y Aja coinciden en atribuir los orígenes del Control de Constitucionalidad federal tanto concentrado como difuso a la dura cuestión de la relación entre el Estado federal y los Estados miembros.

Por lo visto parece plausible entender que el “ideal de representación federal” tiende a que las provincias sean debidamente respetadas, en y por el poder federal. A la vez, se deben equilibrar las potestades no delegadas por las provincias con las necesidades del poder central federal a efectos de la unión y de la eficacia sistémica de la administración estatal.

Sin embargo, dicha ingeniería, resulta siempre muy compleja. En el caso argentino, los datos estadísticos, nos entregan el “hard fact” de la alta conflictividad en materia de control de constitucionalidad de normas a nivel provincial y, en especial, en materia tributaria.

Lo que nos demuestran los datos cuantitativos es que, la *Corte Suprema en la Argentina, declara en mucha mayor proporción inconstitucionalidades sobre normas provinciales que nacionales, a pesar de que los planteos de inconstitucionalidad cuestionan en mucha mayor proporción y cantidad a normas nacionales*. Esta es una tendencia similar a la verificada en el caso del TC español.

También se corrobora que, *los casos sobre normas tributarias provinciales son los más numerosos y respecto de los cuales se han decretado mayor cantidad de fallos por la inconstitucionalidad*. En especial, esto ha ocurrido, entre los años 1936 a 1958 en los que la conflictividad tributaria provincial fue mayor.

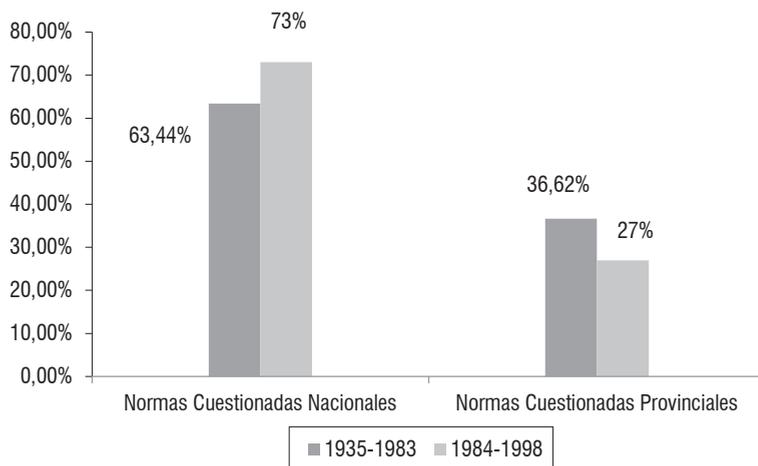
Corte Suprema Argentina 1935-1998

Cuadro comparativo por porcentuales de decisiones que declaran inconstitucionalidad de normas nacionales y provinciales desagregado por materia.

	% Decisiones Inconst. s/ Total p/ Normas Nacionales	% Decisiones Inconst. s/ Total p/ Normas Provinciales
Tributario	28,67	50,16
Administrativo	22	25,71
Civil	20,81	59
Laboral	25,33	22,60
Penal	21,24	36
Previsional	31,73	28,57

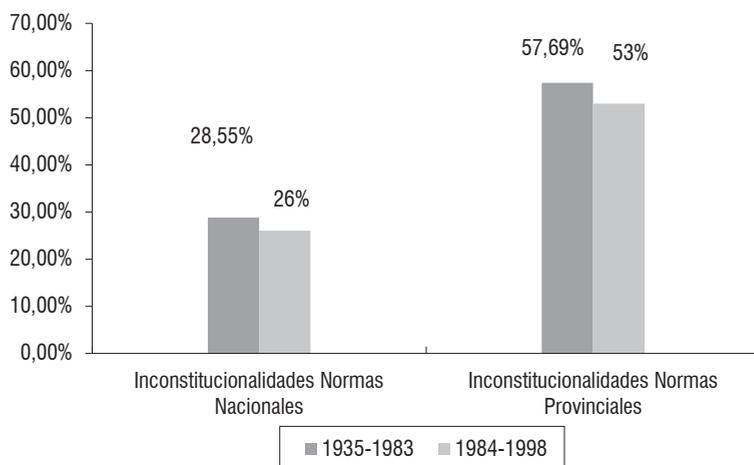
Fuente: Base de datos propia y Bercholz (2004).

Corte Suprema Argentina: Jurisdicción de las Normas Cuestionadas (1935-1998)



Fuente: Base de datos propia y Bercholz (2004).

Corte Suprema Argentina: Normas Inconstitucionales por Jurisdicción (1935-1998)



Fuente: Base de datos propia y Bercholz (2004).

Las dos conclusiones anteriores nos llevan a otra: *la Corte argentina se anima más a contrariar a los poderes provinciales que a los nacionales y/o las normas provinciales son de menor calidad constitucional que las nacionales*. Ambas hipótesis explicativas, de lo que nos indican los datos

cuantitativos, no son excluyentes y podrían confluir en proporciones a determinar.

Como en el caso canadiense, se puede sustentar una hipótesis explicativa “juridicista”: las normas provinciales son de pobre calidad o mala técnica legislativa, por lo que las frecuentes declaraciones de inconstitucionalidad son lógica consecuencia de ello. O la hipótesis politológica: la Corte argentina teme mucho más al “poder de fuego” político del gobierno federal, por lo que adopta un comportamiento de “self restraint” ante los planteos que ponen en crisis la normativa federal, y adopta un comportamiento más activo en el control de la producción normativa provincial, pues esa confrontación conlleva mucho menos riesgo para la integridad político e institucional del Tribunal, dado el menor poder efectivo de las agencias políticas provinciales para operar políticamente contra la Corte Suprema.

Resulta un desfiladero muy angosto el que debe transitarse para lograr un “ideal de representación de un país federal”, pues se deben generar garantías de equilibrio en el control constitucional provincial y en su necesaria adecuación a las normas federales, sin lesionar las competencias y eficiencias institucionales provinciales, so pena de una permanente y conflictiva relación entre los Estados miembros y el poder central.

5.1. Jueces provincianos en la Corte argentina durante la mayor conflictividad con la normativa provincial

Otra variable, que agrega mayor complejidad e interés al tema de la representación federal en la Corte Suprema argentina por el lugar de procedencia regional de sus miembros, es la desagregación de las distintas formaciones del Tribunal durante los períodos de mayor conflicto normativo entre el poder federal y las legislaturas y ejecutivos provinciales.

La Corte Suprema Argentina, durante el período 1935/1958, con una composición de 5 miembros, estuvo integrada por 20 jueces distintos (ver el cuadro de la página siguiente). De ellos, 12 fueron provincianos (2 bonaerenses, de la Provincia de Buenos Aires) lo que representa un 60%, y 8 porteños (Ciudad Autónoma de Buenos Aires -CABA-), lo que representa un 40%.

Observando el cuadro corroboramos que, con mayoría de jueces provincianos, durante ese período, y con diferentes gobiernos, la Corte se animó más a contrariar las decisiones normativas de los poderes ejecutivo y legislativo provinciales.

Aproximadamente un 62% de las normas declaradas inconstitucionales fueron de jurisdicción provincial.

Cantidades y porcentajes de normas nacionales y provinciales declaradas inconstitucionales desagregadas por formaciones de la Corte argentina (1935/1998)¹

Corte	Total Normas	% Normas Nacionales	% Normas Pciales	Jueces en la Corte ²			
				años	Inconst. ³	Inconst. ⁴	Inconst.
1935/1947	188	31	69	8	40	12	60
1947/1955	51	24	76				
1955/1958	21	22	78				
1958/1960	6	75	25				
1960/1966	40	69	31	5	45	6	55
1966/1973	101	51	49	16	62	10	38
1973/1976	21	87,5	12,5				
1976/1983	65	61	39				
1983/1988	89	56	44	12	63	7	27

Fuente: Base de datos propia y Bercholz (2004).

Durante el período 1960/1966 (con una composición de 7 miembros), hubo en la Corte 11 jueces distintos, de ellos 5 porteños (un 45%) y 6 provincianos (aunque 3 bonaerenses, un 55%).

En este período, con un aumento del porcentaje de porteños y con la mitad de los provincianos procedentes de Buenos Aires, las normas declaradas inconstitucionales *fueron sólo un 31% de jurisdicción provincial*.

¹ Este cuadro se debe leer del siguiente modo: Sobre el total de normas declaradas inconstitucionales por cada formación de Corte que se ha fragmentado de acuerdo a cambios drásticos que se produjeron en su conformación por golpes de Estado y retorno a la vida constitucional (1º y 2º columna), se calcula el porcentaje que corresponde por jurisdicción nacional o provincial. (3º y 4º columna). La unidad de análisis son las normas por eso se han considerado las normas sólo una vez por aparición de cada una en la base de datos (dicho de otro modo se ha exceptuado el recuento de las normas cuando se repiten en distintos fallos), pero se ha contado individualmente cuando se trata de la misma norma pero distinto artículo, ya que pueden tratarse de aspectos bastante diferentes y/o involucrar diferentes cuestiones constitucionales; en muchos casos la norma se declara inconstitucional en general aunque ello puede no ser así, pero si no surge especificación de artículo del fallo de la Corte, se ha tomado la ley en general y contado individualmente. Sin embargo debe aclararse que no se ha contado cuando se repite la norma declarada inconstitucional en cada formación, pero sí se ha vuelto a contar si otra formación de Corte la declaró inconstitucional nuevamente siguiendo la regla de no repetir el dato por formación. Ello refleja más fielmente la performance de cada formación de Corte. Este cómputo incluye leyes (nacionales o provinciales) sancionadas por el Congreso Nacional durante gobiernos de iure y "leyes" sancionadas por el Poder Ejecutivo durante gobiernos de facto, también llamados "decretos-leyes" a partir de 1966/1973 y en 1976/1983 y las leyes emanadas de las legislaturas provinciales. También se incluyen otras normas (nacionales o provinciales) de menor rango como decretos del Poder Ejecutivo y resoluciones ministeriales, de secretarías y dependencias en general a nivel nacional y las resoluciones provinciales de agencias-dependencias análogas. Se incluyen entre las provinciales a las normas municipales.

² Jueces porteños o provincianos para cada período.

³ Esta columna se refiere al total de normas declaradas inconstitucionales por cada formación de Corte en todas las materias.

⁴ Los porcentajes para las normas nacionales y provinciales lo son en relación al total de normas inconstitucionales por cada formación de Corte.

Durante el período 1966/1983 (nuevamente con 5 miembros), pasaron por la Corte 26 jueces, de ellos 16 fueron porteños (62%) y 10 provincianos (5 bonaerenses, que representan el 38%). Las normas declaradas inconstitucionales fueron en un porcentual del 33,5% de *jurisdicción provincial*.

Desde la restauración democrática hasta 1998 (5 miembros hasta 1990 y luego 9) se designaron 19 jueces distintos, 12 porteños (63%) y 7 provincianos (27%). Las normas declaradas inconstitucionales fueron en el período, *en un 44% de jurisdicción provincial*.

El patrón observable en los cuadros estadísticos y en el análisis agregado de los mismos nos dice que, cuando mayor cantidad de jueces provincianos hubo en la Corte, el Tribunal, paradójicamente, más se animó a contrariar a los poderes provinciales, vía el ejercicio estricto del control de constitucionalidad de las normas sancionadas por las provincias, declarándolas en mayor porcentaje inconstitucionales.

Por el contrario, cuando el Tribunal estuvo conformado por mayoría de jueces porteños, se observa una fuerte merma en las declaraciones de inconstitucionalidades de normas de jurisdicción provincial.

No se refleja en los datos empírico-cuantitativos ninguna ventaja para la defensa de los intereses provinciales y de sus competencias, por el mero hecho de la procedencia regional o lugar de nacimiento de los jueces designados.

Cuando un representante territorial es investido en sus funciones, se supone y se espera de él que defienda los intereses de la región de procedencia. Es lo que caracteriza la acción de un gobernador. También la razón de ser del Senado y sus integrantes, representantes de los Estados miembros sin distinción de tamaño territorial o de cantidad de habitantes, lo que les garantiza a las provincias un filtro final al temido avasallamiento de sus autonomías por el Estado central o por los Estados miembros más importantes (por tamaño de sus economías y de sus poblaciones). Esa función senatorial como representantes igualitarios de todos los Estados miembros fue la gran idea *madisoniana* que permitió la unión de los 13 Estados confederados en la primera experiencia moderna de un Estado federal, la de los Estados Unidos de Norteamérica.

Por ello resulta coherente sostener que, la noción del ideal de representación del país federal, debe relacionarse con un sistema de garantías para la delimitación eficaz de las competencias entre los Estados miembros y el Estado federal, que contemple en especial los intereses de los miembros más chicos, entendiendo por tal cosa su peso específico territorial, poblacional y económico.

En esa compleja trama no hay corroboración empírica, de acuerdo a las estadísticas analizadas, en la historia de la Corte Suprema argentina, que nos permita sostener que el mero hecho del lugar de nacimiento o procedencia regional nos acerque al ideal de Estado federal, entendido como un sistema eficiente de unión y de garantía en la delimitación de competencias para los Estados miembros, salvando sus peculiaridades y diferencias.

Más bien se observa la paradoja contraria, cuantos mas jueces provincianos en la Corte, más contradijo el Tribunal los deseos de los poderes institucionales provinciales.

Por ello parece plausible chequear qué resortes pueden, objetivamente, obligar a un representante provincial a observar con atención los intereses de su provincia en esa puja constante por la delimitación de competencias con el poder central.

El sometimiento periódico a la voluntad popular como herramienta legitimadora del mandato conferido, inexistente en el actual esquema de designación de jueces de la Corte Suprema en la Argentina, deja al eventual juez provincial sin vínculo delegativo ni legitimante con la región de la que procede.

Si es lo que se busca con el ideal de representación del país federal, debería observarse si los intereses concretos y objetivos del juez provinciano propuesto siguen estando en su lugar de nacimiento. Para ello habría que establecer una suerte de residencia previa obligada que asegure que el candidato haya estado desempeñando su actividad judicial, profesional, académica y docente en su lugar de procedencia.

Otro dato a observar es la Universidad de la que ha egresado. No será eficaz en pos del ideal de representación federal, un juez provinciano que, por ejemplo, haya cursado sus estudios universitarios en la Universidad de Buenos Aires y que, además, hace largo tiempo que no reside en su lugar de nacimiento.

Para esta última cuestión véanse los cuadros que siguen, en donde surge que un 48% de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) nacieron en CABA, y que un 60% egresó de la Universidad de Buenos Aires.

Los porcentajes aumentan si consideramos que, sumando CABA y Provincia de Buenos Aires (la región que históricamente ha sido tildada de “centralista” por las provincias argentinas) los jueces nacidos allí fueron el 59% y los egresados de la UBA y de la Universidad Nacional de La Plata representan el 71%.

Lugar de nacimiento de los jueces de la CSJN (1863-1998)

Total nº jueces: 105	Cantidad	%
Ciudad Autónoma de Bs. As. -CABA	50	48
Pcia. de Buenos Aires	12	11
Córdoba	10	10
Tucumán	6	6
Entre Ríos	5	5
Santiago del Estero	4	4
Salta	3	3
San Juan	3	3
Santa Fe	3	3
La Rioja	2	2
Mendoza	2	2
San Luis	2	2
Catamarca	1	1
Corrientes	1	1

Dos jueces nacieron en Montevideo, Uruguay.

Fuente: Molinelli , Palanza y Sin (1999, p. 691-692).

Universidades de graduación de los jueces de la CSJN (1863-1998)

Total nº jueces: 105	Cantidad	%
Universidad de Buenos Aires –UBA	63	60
Córdoba	12	11
La Plata	10	10
Montevideo	6	6
Charcas	5	5
Litoral	4	4
Universidad Católica Argentina*	3	3
Univ. Del Salvador*	3	3

*Ambas católicas y privadas, no estatales.

Fuente: Molinelli , Palanza y Sin (1999, p. 691-692).

Resulta evidente que hay un déficit de representación provinciano en la Corte argentina, pero que no se resuelve con fórmulas mágicas ni buenos deseos, sino observando las condiciones objetivas del candidato, que pueden coincidir, pero no necesariamente – la evidencia empírica demuestra lo contrario – con su lugar de nacimiento. No basta entonces la utilización de lugares comunes o de frases hechas, sino la búsqueda seria de los candidatos adecuados, si se persigue esa entelequia del ideal de representación federal, la que sería útil definir claramente antes de utilizarla como categoría analítica y de justificación para la propuesta de jueces. Además, debe sopesarse si resulta conducente tal diseño, en el sistema político en el cual quiera aplicárselo, considerando el desenvolvimiento y

competencias del Senado, cámara natural de representación territorial, en la ingeniería institucional de un sistema federal.

Sobre o autor

Jorge O. Bercholz é doutor em Direito Político pela Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina; doutor internacional em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad de Castilla-La Mancha, Espanha; Professor Catedrático de Teoria do Estado e de pós-graduação e doutorado da Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina; e Profesor Catedrático de Sociología Jurídica e de Metodología da Investigación da Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires, Argentina.
E-mail: estudiobercholz@fibertel.com.ar

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁵

APPOINTMENT OF JUSTICES IN CONSTITUTIONAL COURTS BY REGIONAL ORIGIN: THE CASES OF SPAIN, CANADA AND ARGENTINA

ABSTRACT: It turns out to be a variable of supreme interest, to observe the process of designation of the justices of Courts and constitutional Spanish Parliament and the composition of the same one in relation to the geographical and territorial origin of the judges, both for his (her, your) place of birth and for the universities in those who have been formed (trained), considering the evident influence that the same ones can exercise, as soul mater, in the perspectives and professional characteristics of the justices. What effects would take place (be produced) if the justices were representing the CCAA?, even more, it (he, she) would be necessary to question before, if really (exactly) it hopes that some effect takes place (is produced) diferenciador. And in this case, which would be the advantages or the aims (lenses) of such a reform in the process of designation of the justices? Precedents exist with regard to such a question, to which then I will refer, in Canada and Argentina.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL COURT. APPOINTMENT PROCESS OF JUSTICES. COMPARATIVE STUDIES.

Como citar este artigo

(ABNT)

BERCHOLC, Jorge O. La designación de los magistrados de tribunales y cortes constitucionales por su procedencia regional: los casos de España, Canadá y argentina. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 216, p. 13-32, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p13>.

⁵Sem revisão do editor.

(APA)

Bercholz, J. O. (2017). La designación de los magistrados de tribunales y cortes constitucionales por su procedencia regional: los casos de España, Canadá y Argentina. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(216), 13-32. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p13

Referências

AJA, Eliseo (Ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998.

AJA, Eliseo; PÉREZ TREMPES, Pablo. Tribunal Constitucional y organización del Estado autonómico. In: ESPÍN TEMPLADO, Eduardo; DÍAZ REVORIO, F. Javier (Coord.). *La justicia constitucional en el estado democrático*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000. p. 141-179.

ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Decreto 222/2003. *InfoLEG*, Buenos Aires, 19 jun. 2003.

BERCHOLC, Jorge O. *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad: respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)*. Buenos Aires: Ediar, 2004.

_____. Un estudio comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina y Canadá en el ejercicio del control de constitucionalidad. *Revista Argentina de Estudios Canadienses*, [S.l.], n. 2, 2008. Não paginado.

_____. Judges' appointment process of a Constitutional Court: the case of the Supreme Court of Argentina. In: VERRELLI, Nadia (Ed.). *The democratic dilemma: reforming Canada's Supreme Court*. [S.l.]: McGill-Queens University Press, 2013. (Queen's Policy Studies Series).

_____. Debates en torno al perfil recomendable para los magistrados de un Tribunal Constitucional: el caso español y datos comparados. In: MARANIELLO, Patricio. *Justicia constitucional: derecho constitucional judicial*. Resistencia, Argentina: Contexto, 2015.

_____. *La producción del Tribunal Constitucional español a través del ejercicio del control de constitucionalidad de los actos normativos de los otros poderes políticos del Estado (1980-2011): un estudio empírico-cuantitativo, con análisis cualitativo agregado, sobre el rol desempeñado por el Tribunal Constitucional en el sistema político-institucional de España*. 2015. 339 f. Tesis (Doctoral) – Universidad de Castilla La Mancha, Cidade Real, 2015.

BERCHOLC, Jorge O.; GALL, Gerald. *La doctrina del precedente y la seguridad jurídica en Argentina y Canadá*. Buenos Aires: Editorial Universidad Abierta Interamericana, 2010.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Diccionario de política*. México: Siglo XXI Editores, 1985. t. 1.

CANADA. *Supreme Court Act: R.S.C., 1985, c. S-26*. [S.l.]: Minister of Justice, 2017. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/S-26.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

MOLINELLI, N. Guillermo; PALANZA, M. Valeria; SIN, Gisela. *Congreso, presidencia y justicia en Argentina: materiales para su estudio*. Buenos Aires: Temas Grupo Editorial, 1999.

SÁNCHEZ AMOR, Ignacio. [Perspectivas de la reforma constitucional del Senado]. In: LA REFORMA del Senado: debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales en colaboración con el Senado. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

SPOTA, Alberto. Origen histórico del poder político de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. In: ANCAROLA, Gerardo et al. *Función política de la Corte Suprema: obra en homenaje a Julio Oyhanarte*. Buenos Aires: Abaco, 1998.

_____. *Seminario sobre jurisprudencia de la CSJN*. Buenos Aires: Educa, 1999.

El Brasil de 1889-1930

El regionalismo en el federalismo republicano

JUAN ESTEBAN BARILE

Resumen: El trabajo que se presenta tiene el objetivo de intentar construir un esquema de análisis a los fines de caracterizar las relaciones institucionales que conformaron el sistema de gobierno federal en Brasil a partir del año 1891. En este trabajo se considerará que en dicho período se generó un diseño institucional que generó una forma descentralizada del sistema político brasileño. Este nuevo entramado institucional se asentará en el primado de una serie de regiones que a través de pactos implícitos y explícitos, lograron gobernar el estado Brasileño, por lo menos, hasta la década de 1930.

Palabras-clave: Federalismo. Instituciones políticas. Economías regionales.

Introducción

El trabajo que se presenta tiene el objetivo de intentar construir un esquema de análisis a los fines de caracterizar las relaciones institucionales que conformaron el sistema de gobierno federal en Brasil a partir del año 1891. Este entramado institucional, surgido de la crisis política desatada a fines de la década de 1880, tiene como trasfondo la necesidad política y económica de generar un diseño institucional que estructure de forma descentralizada el sistema político brasileño. Se considerará, en este trabajo, que la necesidad de reforma política tiene su causa en un cambio al interior de las relaciones económicas que se manifestó a finales del siglo XIX. Este cambio tendrá su epicentro en la región que rodea al Estado de Sao Paulo, y significará el afianzamiento de una nueva forma de desarrollo económico, que se basará en el cultivo del café.

Este nuevo entramado institucional se asentará en el primado de una serie de regiones que a través de pactos implícitos y explícitos,

Autor convidado

lograron gobernar el estado Brasileiro, por lo menos, hasta la década de 1930. En este año se produce un quiebre de lo que fue hasta ese momento la alternancia en la presidencia del Gobierno Federal de políticos pertenecientes al Estado de Sao Pablo y de Minas Gerais. Pero este quiebre institucional, en el plano político, estuvo acompañado de la declinación de la economía exportadora de café agravada a raíz de la crisis del año 1929.

El interés en realizar este trabajo parte del análisis similar realizado en la República Argentina, al abordar similar proceso histórico, entre los años 1880 – 1930, periodo temporal en el que se produce el afianzamiento y desarrollo del modelo agroexportador. El cual significó la implementación en nuestra país de la primacía económica de un territorio, la producción agropecuaria de la pampa húmeda, con una relación institucional de alianzas al interior del sistema político argentino que implicó una relación política específica (dominación oligárquica) y más allá de esta, luego de la democratización política iniciada en 1912, la dependencia a un modelo de acumulación económica que llevaba como consecuencia una relación fiscal entre los diferentes territorios que integraban el estado federal. En un trabajo presentado en las Jornadas de Jóvenes Investigadores de la AUGM¹, se consideró que dicha relación fiscal se terminó con la crisis de 1929, e hizo necesario que el estado argentino obtenga otras formas de financiamiento fiscal. El pacto fiscal que se consolidó en 1890, luego de la crisis, hace eclosión en 1929, con la crisis mundial.

El trabajo tendrá como eje principal analizar el proceso de desarrollo de la experiencia institucional que se dio en Brasil entre 1889 y 1930. La intención es poder

obtener un cuadro analítico del entramado institucional de la República del Brasil, a los fines de poder compararlo con el proceso Argentino en similar periodo histórico. El trabajo se estructurará de la siguiente manera: 1) El Desarrollo de la economía brasileira del Café; 2) El Nacimiento de la República; 3) El Regionalismo; 4) La Política dos gobernadores; 5) La República del *Café com Leite*; 6) Conclusión.

1. El desarrollo de la economía brasileira del Café

En palabras de Furtado (1965), la economía de Brasil, entre los años 1530 y 1930, atravesó tres periodos de expansión económica cuyo impulso provino de la demanda externa. Entre 1530 y 1650, estuvo desarrollado bajo las exportaciones de azúcar. Luego, entre 1700-1780, se desarrolló bajo la extracción de oro y por último, entre 1840-1930, a través de la exportación de café. En ese período existieron dos ciclos de relativo estancamiento económico, por un lado entre 1650 y 1700 y el otro entre 1780 – 1840, en este último se produjo la separación política de Portugal y el intento de consolidar un gobierno monárquico fuerte y centralizado que permitiera mantener la unión nacional (FURTADO, 1965, p. 94-95).

La expansión de la producción de café, se puede medir en el aumento de su exportación, entre 1870 – 1911, supuso más de la mitad del valor de todas las exportaciones brasileñas, alcanzando casi dos tercios del total en la década de 1890 (GLADE, 2000, p. 13). No era el único producto de exportación, por ejemplo, la exportación anual de azúcar subió un 71% en el quinquenio de 1881-1885, respecto de 1871 – 1875, pero descendió, entre

¹ Véase Barile (2011).

1906-1910 a un 30% de lo que se exportaba anualmente entre 1871-1875². Pasando de representar el 12% del total de las exportaciones de Brasil, en la década de 1870, a representar en la primer década del siglo 20, menos de un 2% del total. Este autor señala dos cultivos más que tuvieron un pequeño auge en dicha época, por un lado el algodón, entre 1871-1875 Brasil exportó anualmente 50.000 millones de toneladas, pero el quinquenio para 1896-1900, la exportación anual era solo de 11.000 millones de toneladas. Esto se debe principalmente a la recuperación de la industria norteamericana, luego de la guerra de la secesión y también a una mayor absorción de la industria interna brasilera, que en 1904, absorbía 35.000 toneladas de dicho producto. Otro auge exportador provino del caucho que paso de cerca de las 8.000 toneladas anuales en 1880, a 26.693 en 1910 y 70.000 en 1914. Pero ya para esta altura los precios ya habían comenzado a caer, sin embargo entre 1900-1910 este producto significó el 28% del total de las exportaciones de Brasil.

Ninguno de los auges de los productos de exportación anteriores, significaron el crecimiento que significó el auge del café³, sobre todo esta expansión se dio en la zona del estado de Sao Pablo. El pequeño auge del caucho no pudo reflotar la pérdida que significó el mercado del azúcar y el del oro, para los estados del nordeste de Brasil. Esto produjo una variación en el peso económico de las regiones, de las cuales, la más beneficiada fue la región del estado de Sao Pablo.

El café, había sido introducido en Brasil a comienzo del siglo XVIII, y tenían un cultivo al interior del país con fines domésticos. Recién adquiere predominio comercial, cuando a fines del siglo XVIII se produce un aumento de precios causado por problemas en Haití, principal productor en ese momento histórico. Furtado considera que el auge del Café, se vio favorecido debido a que significó la utilización de recursos ociosos, primero por qué aprovecho la mano de obra que la minería había dejado disponible, segundo porque significaba una utilización intensiva de la tierra y tercero una muy baja capitalización, por lo menos en comparación con el azúcar (FURTADO, 1962, p. 120-121). Es más el autor considera que la economía cafetalera supuso la formación de una clase dirigente, diferente a la que se gestó a la par del desarrollo de la economía del azúcar. En la expansión del azúcar, las

² Para el quinquenio que va entre 1871-1875, eran de 169.337 toneladas, pasando a ser de 238.074 toneladas en el quinquenio de 1881-1885, luego descendieron a 51.338 toneladas anuales entre los años 1906-1910. Véase Glade (2000, p. 13).

³ Para el quinquenio de 1925-1929, el Café representaba el 75% de los ingresos de exportación de Brasil. Poseyendo a finales de la década de 1920 2.100 millones de cafetos, de los 3.200 millones que existían en el mundo (DEAN, 2000, p. 342-343).

actividades comerciales eran monopolios de grupos que se situaban en el extranjero (Portugal u Holanda), en donde existía, en la explotación de este producto, una separación entre el productor y el comerciante que hacía que el primero no tenga una visión del conjunto de la economía. A diferencia de la expansión del café, que desde un principio estuvo vinculada a hombres con experiencia comercial⁴. Ellos se encargaron de la adquisición de nuevas tierras, reclutamiento de la mano de obra, organización y dirección de la producción, transporte, comercialización. Y sobre todo vislumbraron desde un principio la importancia que podía tener el gobierno central como instrumento de acción económica (FURTADO, 1962, p. 123).

2. El Nacimiento de la República

La República nace de la mano del desarrollo de la región cafetalera, que presionaba por una mayor autonomía, respecto del centralismo imperial. Los primeros ataques fueron propugnados a la figura del monarca, y con la finalidad de obtener mayor autonomía, se atacó el gobierno monárquico, como “despótico”, considerando que el Poder moderador⁵ que tenía el monarca colisionaba con las premisas liberales del gobierno parlamentario. El segundo conjunto de ataques se dirigieron contra el elevado centralismo imperial, sobre todo en temas vinculados a asuntos internos de las provincias, por ejemplo, el nombramiento de sus autoridades. El principal teórico de la descentralización Tavares Bastos, equiparaba al federalismo con la libertad y al centralismo con el despotismo (CARVALHO, 1993, p. 66).

Se puede rastrear el surgimiento del movimiento republicano en Brasil, según algunos autores, con la crisis política conocida como “Golpe de 1868” cuando Pedro II, emperador del Brasil, solicitó al Partido Conservador formar nuevo gobierno, lo que significó una caída de los liberales del gobierno de ese entonces (CAMARGO DE VILLEGAS, 2006, p. 5). Esto llevó a que en 1870 se funde el Club Republicano, que sería la base del Partido Republicano de Río de Janeiro, el acta fundante fue el *Manifiesto Republicano*, aparecido en el periódico *La Republica* el día 3 de Diciembre de 1870. El movimiento recibe un mayor impulso, en el año 1873, cuando en la ciudad de Itu, fue fundado

⁴En base a un grupo de empresarios de la cercanía de Río de Janeiro, que con el capital que habían acumulado producto del comercio de tela y del propio café en la capital, se orientaron a la producción de este último convirtiéndose en vanguardia de la producción cafetalera (FURTADO, 1962, p. 122).

⁵Facultad que tenía el emperador de disolver la Asamblea de Representantes.

el Partido Republicano Paulista (PRP). Existió una diferencia entre el federalismo paulista, muy vinculado a los intereses de los grandes hacendados productores de café del llamado Nuevo Oeste de São Paulo, que estaban comprometidos en la lucha por el régimen federativo, la descentralización, mayor autonomía provincial y una nueva política de préstamos bancarios, a diferencia de los partidarios en Río de Janeiro, quienes asociaban al régimen republicano con una mayor representación política de los ciudadanos, mayores derechos individuales y el fin de la esclavitud (CAMARGO DE VILLEGAS, 2006, p. 8). Abolida la esclavitud en 1888, y ante el descontento y la crisis que dicha medida causó al interior de la alianza monárquica en el gobierno, el debate político se trasladó a la discusión sobre si debía mantenerse una monarquía centralista o si para mantener la unidad, la única salida era constituir una federación republicana. Este fue el momento que los republicanos estaban esperando, llevando a cabo un golpe de estado, deponiendo el gabinete monárquico y proclamando la República el 15 de Noviembre de 1889, invitando a la familia real a abandonar el país. De esta manera se consolida el dominio de la oligarquía cafetalera sobre la maquinaria del estado federal.

En 1891, se redactó la Constitución Republicana, la cual consagraba una república federal. Se optó por una forma de gobierno presidencial, con un Poder Ejecutivo ejercido por el “Presidente de la República del Brasil”, cuyo mandato tendría 4 años de duración. Un Poder Legislativo dividido en dos cámaras de representantes, por un lado la Cámara de Diputados que sería conformada por los representantes de cada estado, según el número de sus habitantes (1 diputado cada 70.000 habitantes) con un mínimo de 4 diputados por

estado. Por otro, la Cámara de Senadores, cuyo miembros dejaban de ser vitalicios, teniendo un mandato de 9 años e integrada por un número fijo de 3 senadores por estado y tres por el Distrito Federal. El sistema se apoyó sobre un voto universal y directo, considerando ciudadanos electores a todos los mayores de 18 años⁶. Si bien, los primeros gobiernos de la república fueron elegidos indirectamente por la Asamblea Constituyente, transformada en Congreso Ordinario.

La nueva constitución otorgó un amplio espectro de derechos, entre ellos, el derecho a la libertad, seguridad y propiedad, tanto a los ciudadanos, como a los residentes extranjeros. Además y acorde con la predica liberal que la animaba realizó una separación tajante entre el estado y la iglesia católica, poniendo en la órbita de la administración municipal los cementerios y reconociendo el casamiento civil.

Todas estas reformas no varían en mayor o menor medida del constitucionalismo liberal que se desarrolló en otros estados que tomaron la forma de organizarse presidencial y federalmente, como Argentina y México. La diferencia con estos dos modelos de organización política estatal, antes señalados, se puede observar en la cantidad de atribuciones que le fueron otorgadas a los estados que integraban la unión federal. Cada estado de la República Federal del Brasil, podía contraer empréstitos en el exterior, organizar fuerzas militares propias y en el plano fiscal establecer impuestos sobre la exportación de sus mercaderías. El derecho al cobro de aranceles sobre la importación quedó en manos del gobierno central.

⁶ Sin embargo la participación política en las elecciones presidenciales siempre fue baja, osciló entre un mínimo de 1,4 % de la población en la elección a Presidente del año 1906 y un máximo de un 5,7 % en la elección presidencial de 1930 (FAUSTO, 2003, p. 133).

Esta forma de recaudación fiscal, generó al interior del sistema político de Brasil una serie de conflictos, con sus ganadores y perdedores. Al estar vinculados los ingresos fiscales de los estados a los productos que salían de los mismos, esto amplió la brecha entre los estados que poseían una economía de exportación y aquellos que no. Además de esta asimetría, también se generaba un conflicto constante debido a que muchos estados aplicaban tributos a las mercaderías en tránsito, lo que generaba una doble tributación. Por otra parte, si el gobierno central se había guardado la facultad de cobrar los impuestos a la importación, las provincias también podían grabar los productos que entraban en sus territorios, aunque debían remitir el producto de los mismos al gobierno central. Love, describe como al principio estos conflictos no preocupaban al Estado de Sao Pablo, pero cuando este último se convirtió en un exportador neto hacía otros estado de la unión, luego de 1930, fue el principal denunciador de dichas prácticas fiscales (LOVE, 1993, p. 186-187)⁷.

Esta forma de relación institucional entre los diferentes estados, cambio la configuración que existía antiguamente al interior del imperio. Si se tiene en cuenta que los estados (en ese momento provincias) poseían una gran dependencia, respecto de sus finanzas, del gobierno central. En el año 1868, este último recibía el 80% de todas las rentas públicas de las primeras, mientras que la

⁷ Este autor también describe una serie de conflictos que se suscitaron entre los estados productos de estas nuevas pautas fiscales, como por ejemplo un conflicto entre Río Grande do Sul y Pernambuco, que duro 6 años, y se desato cuando el primero grabo el aguardiente de caña, que exportaba el segundo y este último en represalia impuso un impuesto sobre la carne seca que se exportaba del primero. También existieron desacuerdos entre Minas Gerais y Sao Pablo, téngase presente que estos estados compartían un interés económico en común a través de la protección del café.

provincias solo recibían un 16.7% de sus rentas del gobierno central (DEAN, 2000, p. 382)⁸. Esta brecha existente entre estados termino ensanchándose, perjudicando a los débiles y haciéndolos más dependientes de los estado más fuertes. Esto generó en la República Federal de Brasil un sistema institucional que para su gobierno se apoyó en el regionalismo de un conjunto de estados, principalmente Sao Pablo, Minas Gerais y luego de 1910 Río Grande do Sul, que tuvo como característica política lo que se conoció como la *Política dos Governadores* y como característica económica la unión de los intereses mineiros y paulistas, lo que le valió el nombre, al período estudiado, de la *República del Café com Leite*.

3. El Regionalismo

Love (1993) realiza una apreciación conceptual pertinente a la hora de analizar el termino Federalismo, considerando que dentro del mismo se debe diferenciar el concepto de regionalismo, como una forma de comportamiento político íntimamente asociado al primero. Entiende por Federalismo, a un sistema de gobierno en que los asuntos de importancia nacional se reservan a la autoridad central: el cumplimiento de la ley constitucional y federal, la regulación de la moneda, el control de la política exterior, etc. Asimismo también se caracteriza por ser un régimen en que los estados o provincias conservan poderes extensos, incluyendo el gobierno local autónomo, esferas de competencia legislativa propias, y el control sobre actividades fiscales y financieras internas. Esto último genero un sin número

⁸ Los municipios solo un 2,5% de sus ingresos los recibían por parte del gobierno central.

de conflictos fiscales que se describieron en párrafos precedentes, pero también permitió que sean los mismos estados que integraban la unión los que se embarcaron en numerosos proyectos económicos y sociales, de los cuales la valorización del café es el caso prototípico de Brasil.

El concepto de regionalismo, como pauta de comportamiento político al interior de un régimen federal, se caracteriza por la aceptación, de parte de los actores regionales de la existencia de un estado nación mayor, pero buscan el favoritismo económico y las prebendas políticas de la unidad política mayor, incluso a riesgo de poner en peligro el propio régimen político (LOVE, 1993, p. 180-181). En el Brasil de los años 1889 - 1930, tres estados representaban más de la mitad del voto nacional a Presidente y aportaban, en similar proporción, el producto bruto de la federación hacia 1920. Pero por sobre todo poseían fuerzas militares y parapoliciales que disuadían la intervención armada del gobierno federal, bastante frecuente en los otros 17 estados que integraban la federación. Estos estados eran Sao Paulo, Minas Gerais y Río Grande do Sul.

4. La Política dos gobernadores

Esta política fue enunciada por el Presidente Manuel Campos Sales, quien a los fines de garantizarse el apoyo del Congreso para las políticas fiscales y monetarias requeridas por el préstamo de consolidación de la deuda externa de Brasil en 1898⁹; introdujo una serie de modificaciones en el procedimiento de la Cámara de Diputados, lo que permitió que cada presidente tenga mayoría en dicha Cámara de representantes. El primero de estos cambios le daba al presidente el control sobre las credenciales de los miembros de la cámara. El otro exigía que una mayoría de consejeros municipales, en cada distrito electoral, certificara el voto del gobernador. De esta manera, el Coronelismo¹⁰ ingresaba en las formas políticas de la República, protegiendo al presidente del ingreso de diputados no sumisos al ejecutivo central

⁹ Préstamo de estabilización negociado por Campos Sales, a través del cual la Casa Rothschild otorgó un empréstito que permitió aliviar diferir el pago de la deuda externa, aliviando de esta manera la economía brasileña. Dicho préstamo significó que Brasil ponga como garantía del pago del mismo la Renta de las Aduanas de Río de Janeiro y la prohibición de contraer nuevos empréstitos hasta el año 1901. Además el gobierno debía adoptar un duro programa de deflación, incinerando parte del papel moneda que se encontraba en circulación (FAUSTO, 2003, p. 132).

¹⁰ El Coronelismo, como forma de clientelismo en Brasil, tiene sus orígenes en la familia extendida en la zona noreste del país, que permitía el control político de las regiones. A través de la política de los gobernadores, esta forma de control político ingresa a forma parte de los acuerdos institucionales que daban sustento a la política en la República. Véase Leal (2012).

(LOVE, 1993, p. 201). El resultado de esto se reflejaba en la elección presidencial, en la cual Minas Gerais y Sao Pablo colaboraban alternándose en el ejercicio del cargo. Si bien luego de 1910, se sumó también Río Grande do Sul, la política de los gobernadores fue exitosa al depositar alternadamente a un presidente de Minas Gerais o de Sao Pablo. Dicho acuerdo, sellado en 1913 en el Pacto de *Ouro Fino*, luego del impase provocado en el desentendimiento entre Sao Pablo y Minas de Gerais, que permitieron que Río Grande do Sul se convirtiera en el tercer estado en discordia a la hora de definir quien ocupa el cargo a Presidente de la federación.

5. La República del *Café com Leite*

El período que va desde 1891 a 1930, es conocido como el de República del *Café com Leite*, debido a que el gobierno central de la república del Brasil, realizó una política que benefició a los estados de Minas Gerais (Leche) y Sao Pablo (Café), principalmente en lo que refiere al cultivo de este último principal producto de exportación de ambos estados. El pacto político de la República del *Café com Leite* se expresó en el acuerdo de Ouro Fino, en 1913, que permitió que la presidencia sea ocupada de manera alternativa, ya sea por un Paulista o un Mineiro. El pacto económico, fue sellado en el año 1906 “Convenio de Taubaté” firmado por los estados de Sao Pablo, Minas Gerais y Río de Janeiro. Este convenio tenía dos puntos básicos, por un lado consideraba que se debía negociar un empréstito de 15 millones de libras esterlinas que tendría como objetivo costear la intervención del estado en el mercado, con el fin de la compra del producto a los cafetaleros a un precio conveniente. Por otra parte, creaba un mecanismo destinado a estabilizar el cambio, impidiendo la valorización de la moneda brasileña. Este plan intervencionista, permitiría que el gobierno acopie las zafras a los fines de venderlas en el momento oportuno en el mercado internacional, con la idea de obtener mejor precio para las mismas (FAUSTO, 2003, p. 135-136). Según este autor, existieron resistencias por parte del gobierno federal y de los demás estados firmantes del pacto, que hizo que la política sea llevada adelante solamente por el estado de Sao Pablo. Luego, en 1908, se consiguió el apoyo del Congreso de la Unión para garantizar un préstamo solicitado por el Estado de Sao Pablo, a los fines de proseguir con la política de acopio. El plan de revalorización tuvo su éxito relativo, toda vez que los precios del café tuvieron una perspectiva alcista hasta el año 1912, logrando pagarse el empréstito

solicitado en 1913. Luego de esta valorización, existieron dos políticas más que intentaron mantener el alza del precio del café, pero a diferencia de las anteriores descripta, estas se realizaron bajo la responsabilidad de la Unión, hasta el año 1924, cuando el Estado de Sao Pablo asumió directamente y en forma permanente la política de valorización.

Conclusión

Este trabajo se propuso plantear, en forma esquemática y acotada, la forma institucional de funcionamiento de la política de la República del Brasil, entre los años 1891 – 1930. A estos fines es necesario resaltar que la forma institucional adoptada, gobierno federal, tuvo una particularidad respecto de la estructuración de estados similares en el mismo periodo histórico en Latinoamérica. Se entiende del análisis realizado, que esto se debió a la primacía de un cultivo, el café, y un territorio que se beneficiaron de la política seguida en aquella época. Esta conjunción de intereses quedó planteada al interior de la gobernación del sistema en lo que se dio a conocer como la República del *Café com Leite*, asentada en un pacto político de alternancia en el gobierno federal por parte de presidentes provenientes del Estado de Sao Pablo o Minas Gerais y la utilización de las políticas de valorización del Café, como política económica significativa que beneficiaba directamente a las oligarquías de ambos estados. De esta manera queda configurado en la República de Brasil un regionalismo, por lo menos en los términos expuestos por Love (1993), a los fines de obtener el favoritismo económico y las prebendas políticas de la unidad política mayor, incluso a riesgo de poner en peligro el propio régimen político. Esto último se suscitó al acaecer la crisis de 1929, que no solo barrió con las políticas de valorización del café, sino que también destruyó la alternancia en la presidencia entre las oligarquías de Sao Pablo y Minas Gerais. En palabras de Furtado (1962, p. 186), la política de valorización del café dejaba al descubierto una parte del problema, ya que si se mantenían alto los precios, se estimularía la inversión, presionando constantemente sobre la oferta del producto, lo que generaba que solo se podía seguir manteniendo alto el precio, con más intervención. Esto estalló en 1929, cuando desapareció el capital necesario a los fines de sostener las políticas de valorización, pero sobre todo en plena crisis, el problema ya no provenía de parte de la oferta que aumentaba año a año, producto de las expectativas puestas en la valorización exitosa hasta ese momento, sino también en la demanda,

que producto de la crisis se retrajo, poniendo de manifiesto el peligro que significaba para la unión depender en su mayoría de los ingresos y divisas generados por un solo producto, exportado en su mayoría a un solo país, que en ese momento atravesaba la crisis económica más grande de su historia.

Sobre o autor

Juan Esteban Barile é mestrando em História Econômica e das Políticas Econômicas na Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina; Professor de “Teoría do Estado” da Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina; Professor Adjunto de Metodología da Investigação Jurídica e Sociologia Jurídica da Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires, Argentina; e advogado.
E-mail: juanebarile@mail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹¹

THE BRAZIL OF 1889-1930: REGIONALISM IN REPUBLICAN FEDERALISM

ABSTRACT: The purpose of this article is to characterize the institutional relations that formed the Brazilian federal government system from the year 1891. It will take into account that, from that year on, a new institutional scene resulted in a decentralized political system. This new institutional framework will be based on the primacy of a number of regions that, through implicit and explicit agreements, managed to govern the Brazilian state, at least until the 1930s.

KEYWORDS: FEDERALISM. POLITICAL INSTITUTIONS. REGIONAL ECONOMIES.

Como citar este artigo

(ABNT)

BARILE, Juan Esteban. El Brasil de 1889-1930: el regionalismo en el federalismo republicano. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 216, p. 33-43, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p33>.

(APA)

Barile, J. E. (2017). El Brasil de 1889-1930: el regionalismo en el federalismo republicano. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(216), 33-43. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p33

¹¹ Sem revisão do editor.

Referências

ANSALDI, W.; GIORDANO, V. *Historia de América Latina: una perspectiva sociológico-histórica 1880-2006*. Madrid: Las Rozas, [2006]. (Crónica del Siglo XX).

_____. *América Latina: la construcción del orden: tomo 1 de la colonia a la disolución de la dominación oligárquica*. Buenos Aires: Ariel, 2012.

BARILE, J. E. La conformación del sistema federal de gobierno argentino a lo largo del siglo XIX. In: JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORES DE LA AUGM, 19., 2011, Ciudad del Este. *Anais...* Ciudad del Este, Paraguay: Universidad Nacional del Este, 2011.

CAMARGO DE VILLEGAS, M. Z. Republicanismo y constitucionalismo liberal en la Primera República brasileña (1889-1930). *Revista Politeia*, Caracas, v. 29, n. 36, p. 80-98, 2006.

CARVALHO, J. M. de. Federalismo y centralización en el Imperio brasileño: historia y argumento. In: CARMAGNANI, M. (Coord.) *Federalismos latinoamericanos*: México, Brasil, Argentina. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

CLADE, W. América Latina y la economía internacional, 1870-1914. In: BETHELL, L. (Ed.). *Historia de América Latina*. Barcelona: Crítica, 2000. v. 7.

DEAN, L. W. La economía brasileña, 1870-1930. In: BETHELL, L. (Ed.). *Historia de América Latina*. Barcelona: Crítica, 2000. v. 10.

DONGHI, T. H. *Historia contemporánea de América Latina*. Buenos Aires: Alianza, 2008.

FAUSTO, B. *Historia concisa de Brasil*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003.

FURTADO, C. *Formación económica del Brasil*. México: Fondo de Cultura Económica, 1962.

_____. *Dialéctica del desarrollo: diagnóstico de la crisis del Brasil*. México: Fondo de Cultura Económica, 1965.

LEAL, V. N. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LOVE, J. L. Federalismo y regionalismo en Brasil, 1889-1937. In: CARMAGNANI, M. (Coord.). *Federalismos latinoamericanos*: México, Brasil, Argentina. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

RAPOPORT, M.; MADRID, E. *Argentina-Brasil: de rivales a aliados*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2011.

Conflitos entre ordens públicas no espaço cibernético

Uma abordagem cosmopolita em resposta à sobreposição regulatória da internet

FILIPPE ROCHA MARTINS SOARES
GUSTAVO FERREIRA RIBEIRO

Resumo: As peculiaridades do espaço cibernético criam entraves ao exercício do poder estatal, como o acesso a informações conectadas a mais de uma jurisdição. Entre as medidas adotadas pelos Estados para garantir esse acesso, figura a projeção de efeitos extraterritoriais de suas normas relativas à internet. Originam-se aí potenciais conflitos entre ordens públicas (acesso a dados *versus* privacidade), que impactam o funcionamento da rede mundial de computadores. A profusão e o embate entre regulações (*overregulation*), até o momento, não foram adequadamente equacionados pelos Estados. Como a resolução do problema depende do reconhecimento da impossibilidade de se dissociar a internet de seu caráter transnacional, é necessária uma abordagem cosmopolita. Por meio dela, a conjugação de critérios pessoais e territoriais para a determinação do *domicílio dos dados cibernéticos* oferece uma via de reflexão. Embora ainda em desenvolvimento, o domicílio dos dados passa a ser indicativo de que ordem pública deve prevalecer na hipótese de sobreposição regulatória.

Palavras-chave: Internet. Excesso de regulação. Extraterritorialidade. Domicílio dos dados.

1. Introdução

Embora seja uma esfera na qual se desenvolvem interações aptas a gerar diversos efeitos jurídicos, o espaço cibernético não é condicionado unicamente pelas leis que se aplicam ao comportamento no âmbito

Recebido em 24/4/17
Aprovado em 9/5/17

físico, de maior tangibilidade. A título de exemplo: torna-se possível limitar, numa velocidade até há pouco inimaginável, a capacidade estatal de acessar o conteúdo de informações – seja pela dispersão do armazenamento de dados em diferentes jurisdições, seja pelo emprego de ferramentas de criptografia.

Os Estados reagem a esse fenômeno por meio da regulação. Ao fazê-lo, buscam reverter o processo de perda do monopólio da capacidade de estabelecer os cânones pelos quais se pautará o espaço cibernético. No entanto, não é raro que imponham barreiras ao desenvolvimento tecnológico e comercial propiciado pela internet.

A extrapolação dos limites territoriais das próprias leis é uma das formas como esses entraves se concretizam. Redigidas sob o impulso de garantir a aplicação da lei local sobre eventos transnacionais, normas de caráter extraterritorial ocasionam conflitos regulatórios. Caracteriza-se, então, o excesso de regulação (*overregulation*)¹, que tem o potencial de desvirtuar a estrutura e o funcionamento da internet. Ao imporem regras inexoráveis com o fim de garantir o acesso às informações, corre-se o risco de as regulações transformarem uma rede global em múltiplas redes fragmentadas².

Tome-se o exemplo do Brasil, onde o principal estatuto que disciplina o tema é o Marco Civil da Internet (MCI) (Lei nº 12.965/2014). Em seu artigo 11, o MCI estabelece que:

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos

¹Os termos *overregulation*, “excesso de regulação” ou “sobrerregulação” têm sentido econômico e são transpostos e explicados no contexto transnacional. Por exemplo, imagine-se que cada país, na condição de ator racional (DUNOFF; TRACHTMAN, 1999), almeja obter para si o benefício de acesso integral aos dados cibernéticos – por razões de defesa nacional, segurança pública ou por interesses econômicos –, prevendo que o prejuízo sistêmico seria diluído entre todos os demais atores. A atitude, contudo, seria replicada à medida que os demais países passassem a enfrentar dificuldades para acessar dados cibernéticos e proteger as informações de seus cidadãos. No mesmo sentido, Guzman (2001, p. 906-908). Encontram-se ainda, na literatura (KOHL, 2015, p. 54), comparações entre essa sucessão de acontecimentos que ocorrem relativamente ao domínio cibernético com a lógica da tragédia dos comuns (HARDIN, 1968). No entanto, considera-se que, apesar da semelhança entre os acontecimentos, sobretudo se considerados os potenciais efeitos danosos, o problema descrito neste artigo não reflete com precisão o fenômeno da tragédia dos comuns. O elemento da “rivalidade” do bem a se esgotar não é percebido com relação aos dados cibernéticos; ao contrário, é possível a sua replicação em caráter infinito. A comparação com a tragédia dos comuns, todavia, é útil para expor como comportamentos egoísticos podem afetar gravemente recursos transnacionais.

²No final desse processo, caso não se reverta a tendência, cada país terá uma versão própria da internet, com diferentes serviços, sites e plataformas disponíveis a seus cidadãos. As limitações à produção e difusão de conhecimentos, e as perdas econômicas decorrentes das dificuldades impostas à atuação global das empresas prestadoras de serviços na internet seriam as mais evidentes manifestações deste retrocesso. Nesse sentido: Daskal (2015, p. 333) e Wu (2006, p. 287).

um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 1º O disposto no *caput* aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§ 2º O disposto no *caput* aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil (BRASIL, 2014).

A norma brasileira foi redigida de modo a fazer com que as regras locais incidam sobre a maior quantidade possível de fenômenos com algum tipo de contato com o território nacional. Caso não sejam atendidas solicitações de autoridades locais para o acesso aos referidos dados, proíbe-se o funcionamento de determinados serviços, impõem-se multas a empresas que não conseguem adequar-se às normas locais e estrangeiras simultaneamente ou criam-se limitações aos fluxos de dados. O legislador, no entanto, negligenciou a hipótese de tal vínculo ser frágil, limitado ou mais diretamente conectado a uma norma estrangeira, conforme se exporá adiante.

Essa opção não é exclusiva do Direito brasileiro. Paira, sobre o domínio cibernético, uma tensão permanente que decorre da intenção de regular um fenômeno global sob perspectivas exclusivamente locais³. O problema manifesta-se por meio de normas ou decisões, como se mencionou, nas quais se almeja simultaneamente (i) forçar a aplicação de normas locais sobre outros Estados e (ii) rechaçar a incidência de leis estrangeiras localmente. Assim, tem-se observado a projeção extraterritorial de regras nacionais que visam a garantir o acesso estatal a dados alojados na nuvem cibernética⁴ cumulada com a imposição das proteções à privacidade asseguradas pelos respectivos ordenamentos.

³Os Estados Unidos impõem severas restrições ao compartilhamento de dados armazenados em servidores de informática situados naquele país. Rússia, China e Irã aprovaram, entre 2014 e 2016, leis que obrigam prestadores de serviços de internet a armazenarem dados cibernéticos em seus respectivos territórios. A União Europeia somente autoriza a transferência de dados de cidadãos dos países integrantes do bloco para países que assegurem “adequado nível de proteção” ou que demonstrem “garantias suficientes de proteção da vida privada e dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas, assim como do exercício dos respectivos direitos” (UNIÃO EUROPEIA, 1995).

⁴O instituto estatal de padrões e tecnologia dos Estados Unidos (*National Institute of Standards and Technology – NIST*) formulou uma definição de “computação na nuvem” amplamente aceita pela doutrina: “Cloud computing is a model for enabling ubiquitous, convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources (e.g., networks, servers, storage, applications, and services) that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service provider interaction” (MELL; GRANCE, 2011).

Ao tentar impor as próprias regras à comunidade internacional, Estados ignoram que os demais talvez estejam a fazer o mesmo movimento. Ao mesmo tempo, ao se portarem de maneira intransigente quanto à aplicação de suas leis de privacidade, os Estados repelem ambições de outros países de acessarem dados em seu território. Interessa-lhes, portanto, projetar a própria ordem pública para além de suas fronteiras, mas não em mão dupla: obstrui-se que outros países o façam sobre seus respectivos territórios.

O exclusivo recurso ao critério territorial para a determinação do direito aplicável parece, então, inadequado às interações ocorridas no domínio cibernético. As normas de proteção à privacidade não se estenderiam a uma jurisdição estrangeira, a não ser que houvesse a aquiescência do outro Estado soberano para isso⁵. Além disso, a pretensão de acesso é neutralizada tanto pela inexistência de capacidade executória das normas locais em território estrangeiro quanto pelas leis de proteção do país onde os dados estiverem armazenados.

Assim, não será resolvido com arrimo no parâmetro territorial o embate entre o interesse de acesso a dados que causem efeitos sobre determinado território e as normas limitadoras do país onde tais informações se encontrem alojadas. É preciso que se busquem soluções cosmopolitas, por meio das quais se avaliem os vínculos e as repercussões dos dados sobre cada país afetado; pode-se indagar, por exemplo, sobre o verdadeiro “domicílio” da informação cobiçada pelo poder público.

⁵“The first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that – failing the existence of a permissive rule to the contrary – it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention” (COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE, 1927).

Na primeira parte deste artigo, apresentar-se-ão as razões pelas quais se acredita em que a internet apresenta novos desafios ao Direito; por isso, eventual solução ao impasse apresentado deve fundar-se nessa constatação. Em seguida, analisar-se-á mais detidamente a norma introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 11 do MCI e suas consequências. Ao final, defender-se-á uma solução que garanta a integridade da internet, com base no “domicílio” da informação.

2. Por que a internet é diferente?

Conflitos regulatórios são uma realidade bastante antiga; normalmente, decorrem das diferenças de interesses e de alinhamento de incentivos entre as nações quando confrontadas com problemas transnacionais. O compartilhamento de um curso de água, por exemplo, pode levar a um embate. Normas de um país mais tolerante com o despejo de resíduos no manancial podem colidir com as de outro, cujo direito é intransigente quanto à poluição, e que sofre os efeitos das ações desencadeadas no território lindeiro.

Quando se pensa na regulação do acesso a dados bancários em transações internacionais, em essência, o problema é similar ao descrito acima: os interesses de proteção às informações de alguns países colidem com os anseios de acesso aos dados de outros. As soluções adotadas são diversas, a depender do nível da relação entre o país que detém o dado e aquele interessado em obtê-lo. Uma possível solução envolve a cooperação internacional nessa matéria.

Logo, indaga-se: como os Estados se comportam quando se deparam com problema semelhante relativamente à esfera cibernética? Por que, em vez de recorrerem a modelos cooperativos, amparados pelo Direito

Internacional, alguns países almejam, nesse caso, promover a projeção extraterritorial de suas ordens públicas?

A resposta reside exatamente nas peculiaridades que diferenciam os dados cibernéticos. Antes de apresentá-las, entretanto, convém lembrar um importante debate travado à época da popularização inicial da internet, que traz implicações significativas para a regulação de tais peculiaridades.

Simultaneamente à disseminação da rede mundial de computadores, surgiu, na década de 1990, um movimento acadêmico que buscava explicar o novo fenômeno sob uma perspectiva jurídica. Passou-se a utilizar, nos Estados Unidos, termos como *cyberlaw* e *law of cyberspace*.

Easterbrook (1996) provocou alvoroço entre os teóricos dessa nascente disciplina ao afirmar que a criação de um *direito cibernético* seria tão inócua quanto a de um “*direito do cavalo*”⁶. A analogia proposta pelo autor representa o fato de que, sob sua óptica, a internet não teria abalado suficientemente os pressupostos jurídicos a ponto de ser necessária a criação de uma nova disciplina para estudá-la. Nesse sentido, aspectos teóricos atinentes a matérias como obrigações, propriedade, dano ou jurisdição seriam igualmente aplicáveis ao domínio cibernético e à criação e comércio de cavalos.

Lessig (1999) foi de encontro à provocação de Easterbrook com argumentos que, desde então, têm sustentado o desenvolvimento de um *direito cibernético*. No mundo físico, quatro mecanismos regulariam as condutas humanas: as leis, as regras sociais, o mercado e a “arquitetura”. Esta representaria a disposição das coisas tal como se encontram. A passagem de um rio, o posicionamento de uma rodovia ou a localização de um prédio impõem balizas ao comportamento humano que geram consequências jurídicas: o rio pode dividir duas cidades; a rodovia, conectá-las; e o local onde se instala um prédio pode ser fator determinante da proeminência de uma instituição pública que nele se instale⁷.

A “arquitetura” do espaço cibernético é o elemento que faria da criação humana algo diferenciado. Afinal, trata-se de todo um universo, com potenciais efeitos no âmbito físico, estruturado por linhas de código desenvolvidas para dar forma a essa realidade. A maleabilidade dos códigos e a possibilidade de adaptá-los aos interesses de desenvolvedores tornam o espaço cibernético efetivamente peculiar. O fato de essa inovação ocorrer numa área em que os fluxos de dados são extremamente velozes e a matéria-prima básica é imaterial gera uma série de

⁶O autor empregou a expressão *law of the horse*.

⁷Lessig utiliza como exemplo a Corte Constitucional alemã, situada em Karlsruhe, o que limita a influência dos poderes estabelecidos em Berlim sobre a mais alta Corte daquele país.

repercussões jurídicas que lhe são características e que não se observariam no mundo físico.

Em suma, para Lessig:

O código, ou os softwares e hardwares que fazem do espaço cibernético o que ele é, constitui um conjunto de restrições sobre o comportamento. A substância destas restrições varia – o espaço cibernético não é um lugar apenas. Mas o que distingue as restrições arquitetônicas de outras é a forma como elas são vivenciadas. Assim como em relação às restrições da arquitetura no espaço real [...] elas são vivenciadas como condições para o acesso a áreas do espaço cibernético. Tais condições, entretanto, são diferentes. Em alguns locais, é necessário inserir uma senha antes de se obter acesso; em outros, é possível acessar com ou sem identificação. Em alguns locais, as transações realizadas deixam vestígios que possibilitam a identificação dos envolvidos; em outros locais, este vínculo só existe se houver consenso expresso. Em alguns locais, é possível empregar um idioma que apenas o receptor entenderá (por meio da criptografia); em outros, a criptografia não é uma opção. O código determina estas características; elas são escolhidas pelos programadores; elas restringem algum comportamento (por exemplo, vigilância técnica) ao possibilitarem outro (criptografia). Elas incorporam certos valores, ou impossibilitam a concretização de outros. Neste sentido, estas características do espaço cibernético também regulam, tanto quanto a arquitetura no espaço real (1999, p. 508-509, tradução nossa)⁸.

Em vista dos objetivos deste artigo, que se propõe a versar sobre o embate regulatório transnacional decorrente de sua delimitação pelos Estados, uma primeira implicação jurídica das constatações acima decorre da forma como o código determina a dinâmica dos fluxos de dados. Em face da velocidade e da facilidade com que as informações podem transitar pela infraestrutura da internet⁹, esta arquitetura é es-

⁸No original: “The code, or the software and hardware that make cyberspace the way it is, constitutes a set of constraints on how one can behave. The substance of these constraints varies — cyberspace is not one place. But what distinguishes the architectural constraints from other constraints is how they are experienced. As with the constraints of architecture in real space [...] they are experienced as conditions on one’s access to areas of cyberspace. The conditions, however, are different. In some places, one must enter a password before one gains access; in other places, one can enter whether identified or not. In some places, the transactions that one engages in produce traces, or ‘mouse droppings’, that link the transactions back to the individual; in other places, this link is achieved only if the individual consents. In some places, one can elect to speak a language that only the recipient can understand (through encryption); in other places, encryption is not an option. Code sets these features; they are features selected by code writers; they constrain some behavior (for example, electronic eavesdropping) by making other behavior possible (encryption). They embed certain values, or they make the realization of certain values impossible. In this sense, these features of cyberspace also regulate, just as architecture in real space regulates.”

⁹A denominação “dados cibernéticos” aplica-se a códigos informáticos aptos a transmitir determinadas informações. Como tal, sua manifestação física se dá na forma de ondas eletromagnéticas, que se deslocam à velocidade da luz.

truturada de modo que os dados trafeguem pelas rotas menos congestionadas. Isso possibilita maior estabilidade e celeridade à rede; ao mesmo tempo, faz que o fluxo de dados não ocorra, necessariamente, sob um padrão retilíneo.

Assim, a título de exemplo, uma mensagem eletrônica enviada de Brasília para um receptor em Caracas poderá trafegar por diversos outros países, apesar de envolver interlocutores situados em países fronteiriços. A consequência jurídica desse fenômeno é a possibilidade de cada um desses locais onde o dado trafega almejar – adotando exclusivamente um critério territorial – o acesso ou o domínio sobre a informação, a despeito da eventual existência de regras de proteção à privacidade tanto no local de origem quanto no destino.

Retome-se a análise da legislação brasileira. Uma interpretação literal do citado artigo 11 do MCI não permitiria concluir ser possível o acesso, por autoridades brasileiras, a um dado que meramente trafega por cabo situado em território nacional. Prevê-se a aplicação da lei brasileira relativamente a operações de “coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações” (BRASIL, 2014).

Entre as ações previstas na norma, *tratamento* é aquela cuja definição aparenta ser a menos intuitiva¹⁰. O conceito foi, então, delineado pela via regulamentar (Decreto nº 8.771/2016):

Art. 14. Para os fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I – dado pessoal – dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locacionais ou identificadores eletrônicos, quando estes estiverem relacionados a uma pessoa; e

II – tratamento de dados pessoais – toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração (BRASIL, 2016)¹¹.

¹⁰ Foi travado, por exemplo, entre a Google e a autoridade francesa de proteção de dados um extenso debate sobre a definição de *tratamento*, ao fim do qual a segunda optou por impor uma multa à primeira por descumprir a lei francesa. Nesse caso, a Google defendia que não promovia o tratamento de dados de cidadãos franceses em território francês; por isso, a empresa estaria sujeita às leis estadunidenses. Logo, o debate ocorreu em torno do conceito. A decisão da *Commission nationale de l'informatique et des libertés* é bastante didática, e está disponível em: <https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/D2013-420_Sanction_Google.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2017.

¹¹ É interessante notar a grande semelhança entre o Decreto brasileiro e a lei francesa que trata do tema (Loi nº 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés): “Article 2 [...] Constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que

Da mesma forma como o legislador procedeu quanto ao MCI, optou-se no regulamento pela adoção de fórmula ampla que possibilitasse o enquadramento de diversos fenômenos num mesmo conceito. Assim, combinando-se os dois dispositivos (art. 11 do MCI e art. 14, II, do Decreto nº 8.771/2016), não parece disparatada a hipótese de que seria cabível a aplicação da lei brasileira relativamente a um dado cibernético que meramente trafegasse pelo território nacional. Nesse caso, ocorreriam ações como as de *recepção*, *transmissão* ou *distribuição*, previstas no decreto, o que materializaria o fenômeno do *tratamento*. Isso, nos termos do artigo 11 do MCI, imporá a aplicação da lei brasileira.

A situação descrita seria menos problemática se o Brasil estivesse isolado em sua postura. No entanto, a prática é disseminada, especialmente entre países dotados de capacidades técnicas avançadas, os quais são capazes de diferenciar dados produzidos por seus cidadãos daqueles pertencentes a estrangeiros e promovem a filtragem automática dos conteúdos. Não raro, o Estado tem acesso direto às informações, independentemente de controle judicial¹².

Parte da reação à vigilância, promovida sobretudo por potências mundiais, consiste justamente na tentativa de imposição unilateral da própria lei – inclusive com efeitos extraterritoriais. Outra estratégia – no momento em discussão pelo Brasil, mas já efetivada em muitos países – é a aprovação de rigorosas normas de proteção à privacidade, que estabelecem condições limitadoras dos fluxos internacionais de dados. Por fim, discutem-se regras de nacionalização de centros de armazenamento de dados, de modo que as informações de cidadãos de determinado país sejam obrigatoriamente alojadas em terminais situados em seu território. Conforme exposto, em gradações diferentes, Irã, Rússia e China já impuseram normas dessa natureza.

Eis, então, o círculo vicioso: o interesse simultâneo em acesso e proteção é encetado tanto pela necessidade de garantia da segurança pública e defesa nacional quanto pela intenção de repelir aspirações estrangeiras de acesso a informações produzidas ou armazenadas localmente.

soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction" (FRANCE, 1978).

¹²A estadunidense *National Security Agency (NSA)* e a britânica *Government Communications Headquarters (GCHQ)* mantêm um programa sob o codinome *Tempora* cuja finalidade é a interceptação de cabos de fibra ótica situados em alto-mar e que transitam pelos territórios dos respectivos países. O programa é desenvolvido à luz das legislações dos respectivos países, que propiciam poderes diferenciados às agências para a interceptação de dados de estrangeiros. Outro exemplo é a nova lei do serviço de inteligência alemão (*Bundesnachrichtendienst – BND*), aprovada em outubro de 2016, que prevê expressamente a possibilidade de interceptação de comunicações de cidadãos estrangeiros que trafeguem pela infraestrutura da internet situada em território alemão.

Iniciam-se, aí, inúmeras regulações nacionais com efeitos extraterritoriais e os conflitos de ordem pública que têm como objeto principal o domínio dos dados. À medida que legislações rechacem o acesso de outros países às informações ou impeçam determinados serviços de serem oferecidos localmente – seja porque não se ajustam às leis de privacidade, seja porque existem imposições de nacionalização de *data centers* –, desvirtua-se o caráter global da internet. Configuram-se, então, os incentivos que conduzem ao processo de formação de múltiplas redes isoladas¹³.

Outra decorrência da celeridade dos fluxos, além do embasamento ao interesse de acesso por múltiplas jurisdições que se apoiam exclusivamente em critério territorial, é a possibilidade de um dado produzido em um país ser armazenado em outro¹⁴. Quando isso ocorre, o conflito entre ordens públicas torna-se ainda mais explícito, porque há também um choque de princípios que justificaria o acesso ou a necessidade de proteção dos dados.

O país onde as informações são produzidas, além de se apoiar no aspecto territorial, socorrer-se-ia dos princípios da personalidade (ativa ou passiva) e da territorialidade objetiva (geração de efeitos) (KULESZA, 2012). Uma vez que os dados dizem respeito a cidadãos daquele país e, por isso, tendem a produzir efeitos em seu território, tanto as proteções à privacidade quanto as pretensões de acesso às informações pelo poder público seriam justificáveis.

Porém, o local onde os dados estão armazenados representa um elemento dotado de maior objetividade; afinal, trata-se de informações fisicamente localizadas em determinado território, sujeitas a um arcabouço jurídico específico. O debate, ainda não superado, passaria pela determinação do *status* jurídico do dado cibernético. Numa analogia com o setor bancário, a questão seria determinar se os dados corresponderiam a informações sobre a movimentação bancária de um indivíduo ou ao conteúdo de uma caixa-forte particular, mantida num banco (DASKAL, 2015). No primeiro caso, uma filial estabelecida no exterior poderia ser obrigada a fornecer as informações ao país interessado¹⁵; no

¹³ Adiante, neste artigo, apresentar-se-ão exemplos que ilustram a problemática descrita, ao se analisarem os impactos da regulação brasileira sobre a internet.

¹⁴ O local de armazenamento de informações normalmente é determinado por questões técnicas (de “arquitetura”) aliadas a motivações econômicas, como a existência de facilidades de instalação de *data centers* em determinado país, incentivos tributários e disponibilidade de mão de obra especializada. Até mesmo questões climáticas são consideradas, pois a instalação de *data centers* em locais frios reduz os gastos com refrigeração (FARBER, 2013).

¹⁵ Apesar da analogia, convém raciocinar nos termos do artigo 11 do MCI, que impõe a lei brasileira independentemente da forma como se percebam os dados cibernéticos (BRASIL, 2014).

segundo, o conteúdo do cofre somente poderia ser repassado no bojo de acordos de cooperação.

É possível vislumbrar uma situação ainda mais icônica sobre o embate de ordens públicas, na qual um dado cibernético é produzido num país, armazenado em outro e produz efeitos no território de uma terceira nação. Na ausência de um critério estabelecido para a resolução do conflito, os três tentarão aplicar as próprias leis. Acrescente-se a isso outra peculiaridade dos dados cibernéticos: sua divisibilidade.

A distribuição das informações na nuvem não precisa submeter-se à lógica espacial do mundo físico: a rápida movimentação de dados é o que torna ubíqua a nuvem cibernética. Logo – por razões seja de economia, seja de eficiência na distribuição de conteúdo –, a “arquitetura” do código permite que os dados sejam fracionados ou duplicados em servidores distintos. Novamente, eclodem problemas relativos à determinação da jurisdição e do direito aplicável, agravados pelos aspectos técnicos que impedem a exata aferição da relevância jurídica de cada fração de um dado cibernético para a determinação da lei que incidirá sobre uma relação jurídica específica.

Por fim, convém apontar outras duas peculiaridades, que novamente decorrem da facilidade de movimentação dos fluxos cibernéticos. A primeira: é tecnicamente possível o acesso remoto a dados alojados na nuvem cibernética – o que é um pressuposto elementar a essa forma de distribuição de informações. Assim, é possível compelir um prestador de serviços na internet a extrair prontamente um dado de um local e apresentá-lo em outro. No âmbito físico, ao contrário, o acesso a um bem tangível por autoridades públicas de um país não seria possível sem a aquiescência do outro Estado ou sem a ocorrência de uma afronta explícita à sua soberania. A segunda peculiaridade decorre da lógica empregada pelo setor privado para a escolha do local de armazenamento das informações. Como essa determinação é pautada por aspectos técnicos e econômicos, é fácil perceber que não se trata de categorias estanques; ou seja, alterando-se as circunstâncias, uma empresa pode facilmente mover os dados de um local para outro. A cada nova mudança, diferentes pretensões estatais de acesso ou proteção às informações surgirão.

Em síntese, a velocidade com que os dados cibernéticos transitam, a possibilidade de se deslocarem através de múltiplos territórios e a facilidade com que podem ser movidos, replicados ou fragmentados criam repercussões jurídicas diferenciadas, se comparados aos regimes aplicáveis a bens tangíveis. No entanto, algumas das soluções encontradas são insatisfatórias justamente porque se valem destas peculiaridades para buscar pontos de contato entre o dado e o território de determinado

país. Nesse processo, não raro se cometem arbitrariedades. Ao invés disso, o diferencial de rapidez e mobilidade dos dados deveria fomentar regimes que respeitem o caráter global dos fluxos, adotando-se soluções que busquem uma determinação mais adequada da sede das relações jurídicas.

3. Consequências da projeção extraterritorial da ordem pública sobre a internet

Como já se afirmou, decorre de comportamentos egoísticos o problema com que se depara a internet relativamente à determinação da jurisdição competente e do direito aplicável sobre relações jurídicas específicas. Convém analisar, isoladamente, as consequências dessas posturas.

O referencial de análise será o Marco Civil da Internet, mas é evidente que as outras legislações com iguais pretensões de geração de efeitos extraterritoriais têm o condão de provocar embates regulatórios com o potencial de deturpar todo o funcionamento da internet, no longo prazo.

A primeira importante consequência incide sobre o público alvo da norma: em essência, aqueles que, de alguma forma, têm relação com operações ocorridas em território brasileiro. Ao propor que “deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros” (BRASIL, 2014) relativamente a operações ocorridas em território nacional, um objetivo declarado do estatuto é o de assegurar a privacidade das pessoas nele situadas.

Tais operações materializar-se-iam com a “coleta, armazenamento, guarda e tratamento” de dados cibernéticos. Conforme exposto no

item anterior, é possível que um dado seja coletado num país e armazenado em outro, ou produzido pelo nacional de um país e armazenado no território de outro Estado. Ao mesmo tempo, a definição de *tratamento* prevê uma série de ações, mas o ponto a se destacar é que parte delas poderá ocorrer em território nacional e outra no exterior. Em suma, as hipóteses de “coleta, armazenamento, guarda e tratamento” de dados cibernéticos podem envolver simultaneamente diversos territórios e, portanto, podem estar sujeitas a múltiplas tentativas de imposição das próprias normas.

Note-se, então, que sob a perspectiva de proteção à privacidade, o direito nacional é inócuo fora dos limites territoriais do Brasil nas situações em que os dados são armazenados no exterior¹⁶. Acresce a isso o fato de que, diante de tal hipótese, a única consequência que uma norma brasileira poderia gerar sobre o direito estrangeiro seria uma reação proporcional, repelindo a aplicação da lei do Brasil e impondo a legislação local. Ainda que não se trate de uma reação deliberada, esse é o resultado sistêmico que deriva das aspirações extraterritoriais: em vez de se buscarem soluções compartilhadas, cada país tenta preservar ou avançar o espaço de sua jurisdição.

A importância do argumento é evidenciar que, ao invés de cumprir o propósito para o qual foi criada, a norma consignada no artigo 11 do MCI é um dos elementos que contribuem para sua própria inutilidade. Por um lado, é óbvio que o direito brasileiro, pelo menos no que toca à determinação da norma cabível, seria aplicável dentro do território nacional. Por outro, a tentativa de projeção extraterritorial

¹⁶Se armazenados no Brasil, a lei brasileira poderia rechaçar eventuais pretensões de acesso por governos estrangeiros. Na prática, contudo, a maioria dos dados privados de cidadãos brasileiros mantidos por grandes prestadores de serviços de internet está armazenada fora do território nacional.

gera um incentivo à repulsa desse direito e à imposição arbitrária das normas locais. O propósito de proteção à privacidade é esvaziado por normas estrangeiras de acesso a partir do momento que o dado cibernético passe a ter qualquer tipo de contato com territórios de outros países interessados. Assim, o dado que não está armazenado em território nacional ou que transite pela infraestrutura localizada em outros países seria acessível pelas respectivas autoridades, a despeito da norma brasileira.

Em vez de buscarem uma solução cosmopolita, que resolva em definitivo o problema, os Estados passam por um momento no qual optam por se fecharem em torno das próprias regulações. O artigo 11 do MCI é uma expressão desse fenômeno.

O segundo aspecto digno de nota é a impossibilidade de as empresas se ajustarem simultaneamente a normas que preveem mandamentos opostos. Em fevereiro de 2016, no âmbito de uma audiência no Congresso estadunidense sobre “conflitos de normas e suas implicações para solicitações internacionais de dados por órgãos de segurança pública”¹⁷, o presidente da Microsoft (que também é diretor jurídico da empresa), ao tratar especificamente dos conflitos entre o direito brasileiro e o estadunidense, afirmou que:

Estes conflitos não são especulativos. De fato, as consequências para fornecedores globais e seus empregados nos países que solicitam dados são bastante reais. Isso é ilustrado, ao menos para a Microsoft, por eventos recentes no Brasil. Cortes brasileiras há muito reivindicam autoridade para obrigar empresas de tecnologia estadunidenses a revelar o conteúdo de comunicações de usuários para autoridades brasilei-

¹⁷A transcrição da audiência está disponível em: <<https://judiciary.house.gov/hearing/international-conflicts-of-law-concerning-cross-border-data-flow-and-law-enforcement-requests/>>. Acesso em: 4 fev. 2017.

ras, mesmo quando os dados estão localizados em outros países. Recentemente, o governo brasileiro impôs uma nova legislação que reafirma este ponto. A Microsoft presentemente armazena estes dados nos Estados Unidos, e a sua divulgação é explicitamente vedada pela Lei de Privacidade de Comunicações Eletrônicas de 1986 (“ECPA”), mesmo quando o dado pertencer a um usuário brasileiro. [...] Embora tenhamos explicado este conflito intratável às autoridades no Brasil, até hoje elas têm se recusado a buscar a informação pela via de acordos de cooperação judiciária devido à demora desta solução. Ao invés disso, quando nós nos recusamos a violar a lei estadunidense, o que ocorreria caso obedecêssemos às ordens unilaterais e extraterritoriais das Cortes brasileiras, o governo e as autoridades do Brasil impuseram multas contra nossa subsidiária local e em um caso até mesmo prenderam e processaram criminalmente um empregado local (INTERNATIONAL..., 2016, tradução nossa).¹⁸

¹⁸O executivo da Microsoft refere-se ao Marco Civil da Internet no início do depoimento. Quanto às multas, trata-se da seguinte situação: *Justiça multa Microsoft Brasil em R\$ 650 mil por não revelar dados de email*. Disponível em: <<http://olhardigital.uol.com.br/pro/noticia/justica-multa-microsoft-brasil-em-r-650-mil-por-nao-revelar-dados-de-email/37403>>. Acesso em: 4 fev. 2017. Na questão criminal, trata-se de uma investigação que almejava acessar dados do *software* de comunicação Skype, pertencente à Microsoft. No original: “These conflicts are not speculative. In fact, the consequences for global providers and their employees in the countries requesting data are very real. This is illustrated, at least for Microsoft, by recent events in Brazil. The Brazilian courts have long asserted the authority to compel U.S. tech companies to disclose the contents of users’ communications to Brazilian law enforcement, even when the data is located in other countries. Recently, the Brazilian Government enacted new legislation that reaffirms this point. Microsoft currently stores this data in the United States, and its disclosure is clearly prohibited by the Electronic Communications Privacy Act of 1986 (“ECPA”), in 18 U.S.C. § 2702(a), even when the data belongs to a Brazilian user. [...] Though we have explained this intractable conflict to authorities in Brazil, to date they have refused to seek the information through a Mutual Legal Assistance Treaty (MLAT) due to time sensitivities. Instead, when we have refused to violate U.S. law by complying with unilateral and extraterritorial Brazilian orders, government authorities have levied fines against our local subsidiary and in one case even arrested and criminally charged a local employee.”

Perante normas com pretensões extraterritoriais como o MCI, os prestadores de serviços na internet são postos na difícil posição de ter de escolher qual lei violar. As repercussões, como as ocorridas no exemplo citado, são perdas financeiras e até sanções penais.

Outro caso envolvendo a Microsoft encaminhou-se para solução diversa. Em 2013, um magistrado norte-americano emitiu ordem para que a empresa repassasse ao juízo dados de um usuário sobre o qual incidia o interesse de uma investigação criminal. Contudo, parte das informações estavam fisicamente alojadas em servidores na Irlanda; logo, a Microsoft apelou à instância superior com o intuito de não cumprir a ordem no tocante aos dados situados fora dos Estados Unidos.

Uma questão significativa neste caso foi o interesse também demonstrado pelo governo irlandês, que atuou como *amicus curiae* em favor da Microsoft. A Irlanda almejava que suas leis de privacidade e limitação de fluxos de dados fossem respeitadas. No polo contrário, a outra parte (o Departamento de Justiça dos Estados Unidos) pretendia dar efeitos extraterritoriais às suas regras, sob a alegação de que se tratava de uma demanda com interesse e efeitos predominantes em território norte-americano.

Em julho de 2016, o Tribunal de segunda instância concordou com o argumento da Microsoft¹⁹, segundo o qual “o cumprimento do mandado da forma como o governo propõe implicaria uma aplicação extraterritorial da lei sobre armazenamento de comunicações [...] e promoveria uma intrusão ilegal na privacidade do cliente da Microsoft” (UNITED STATES, 2016, [n.p.], tradução nossa). Com base nesse argumento, a Corte estatuiu:

¹⁹ A decisão foi mantida, após recurso do Departamento de Estado ao mesmo Tribunal, em janeiro de 2017.

Evidentemente, não podemos ter certeza quanto ao alcance das obrigações que as leis de uma soberania estrangeira – e em particular, aqui, da Irlanda ou da União Europeia – relativas a um prestador de serviços que aloje dados digitais ou de outra forma conduza negócios em seu território. Entretanto temos dificuldade em ignorar esses interesses por completo apenas com base na teoria de que os interesses da soberania estrangeira não são afetados quando um juiz estadunidense emite uma ordem requerendo que um provedor de serviços “colete” dados, possivelmente pertencentes a um cidadão estrangeiro, de servidores no exterior e os “importe” para os Estados Unidos simplesmente porque o prestador de serviços tem uma base de operações no território dos Estados Unidos (UNITED STATES, 2016, [n.p.], tradução nossa).²⁰

A Corte entendeu que as normas irlandesas ou da União Europeia não poderiam ser simplesmente ignoradas, o que ocorreria se fossem atribuídos efeitos extraterritoriais à lei estadunidense. Firmou-se a percepção de que a localização da sede da empresa (nos Estados Unidos) e a prestação de serviços ao público norte-americano não poderiam ser os únicos critérios para a determinação da lei aplicável. Havia ainda outra barreira mais contundente: a eficácia da lei irlandesa agregada à impossibilidade de se proverem efeitos extraterritoriais à norma estadunidense.

Grandes corporações atuantes na internet tendem a ajustar-se às normas de todos os paí-

²⁰ No original: “Admittedly, we cannot be certain of the scope of the obligations that the laws of a foreign sovereign – and in particular, here, of Ireland or the E.U. – place on a service provider storing digital data or otherwise conducting business within its territory. But we find it difficult to dismiss those interests out of hand on the theory that the foreign sovereign’s interests are unaffected when a United States judge issues an order requiring a service provider to ‘collect’ from servers located overseas and ‘import’ into the United States data, possibly belonging to a foreign citizen, simply because the service provider has a base of operations within the United States”.

ses onde estão presentes (SWIRE, 2005). O ajuste, afinal, é menos custoso que potenciais sanções. No entanto, conflitos de normas inconciliáveis terão apenas duas resoluções possíveis caso se mantenham posturas egoístas como a adotada por muitos países, incluindo o Brasil. Uma das partes terá de ceder em sua pretensão (seja a interessada no acesso, seja a que almeja proteger os dados) ou os prestadores de serviços terão de submeter-se a perdas decorrentes de sanções pelo descumprimento de normas. Um aspecto nefasto dessa segunda opção, que pode prevalecer em decorrência da posição brasileira, é o desestímulo a investimentos no país e à inovação como um todo, uma vez que a principal força motriz das novidades trazidas pela internet é o capital privado.

Convém ainda apresentar uma variação da situação analisada acima: a hipótese de os dados serem armazenados em território brasileiro. Nesse caso, as normas de proteção à privacidade produzem os efeitos para os quais foram idealizadas; em tese, passa a ser possível (e defensável) afastar pretensões de acesso por autoridades de outros países.

Ao se imporem restrições severas ao compartilhamento de dados, logram-se dois efeitos. O primeiro é que efetivamente se consegue proteger a privacidade daqueles cujos dados têm contato com o território brasileiro, contra o interesse de acesso por autoridades estrangeiras. O segundo efeito é garantir a exclusividade do acesso aos dados pelo poder público local; possibilitam-se, inclusive, ações de vigilância contra aqueles (nacionais ou estrangeiros) que têm dados armazenados no país²¹.

Ambos os efeitos podem motivar regulações de outros países que proíbam ou dificultem a atuação de determinadas empresas em seu território – o que, depois de extenso imbróglgio, acabou por ocorrer com relação à Google na China, por exemplo. Assim, tanto uma norma que projete seus efeitos fora do território nacional com o intuito de acessar informações quanto outra que rechace, em absoluto, pretensões de obtenção de dados no próprio território por outros países pode ocasionar efeitos negativos para a evolução da internet. A legislação brasileira promove, simultaneamente, as duas ações – no que não está isolada. A única conclusão possível é que se faz necessário encontrar um equilíbrio entre os dois extremos.

Uma alternativa tão prejudicial quanto a proscrição de empresas estrangeiras é a já citada nacionalização compulsória de centros de armazenamento de dados. Tal postura, reiterar-se, é motivada principalmente pelo anseio governamental de acessar as informações, sem a necessi-

²¹ O exemplo mais emblemático é o programa *PRISM*, da já citada *National Security Agency*, dos Estados Unidos. No âmbito do programa, grandes empresas com *data centers* em território estadunidense são obrigadas a compartilhar dados de seus usuários com a NSA. Sobre o assunto, ver Greenwald e MacAskill (2013).

dade de recorrer à ajuda de outros países, e o de exercer o domínio exclusivo sobre os dados.

A ação de compelir as empresas a armazenarem dados cibernéticos produzidos pelos cidadãos de determinado país dentro dos limites do território nacional inviabiliza a principal vantagem do modelo de distribuição em nuvem: a economia dos custos. Em vez de manterem *data centers* em locais estratégicos²², as empresas passam a ser obrigadas a construir novos centros de armazenamento todas as vezes que um país aprovar legislação desta natureza. De imediato, pode-se imaginar que essa determinada jurisdição tenha tecnologia obsoleta ou mais dispendiosa, afetando provedores e usuários de forma generalizada.

Quanto mais países o fizerem, mais se agravarão os efeitos da *overregulation* sobre a internet. À medida que cada país atraísse para si a precedência jurídica sobre determinada fração do espaço cibernético, seu ganho seria facilmente observável, ao passo que os prejuízos aos fluxos de dados seriam diluídos entre os demais países. Se todos procedessem da mesma forma, os fluxos simplesmente se reduziriam significativamente e a internet deixaria de ser uma rede mundial.

4. Prescrição cosmopolita: por uma teoria do “domicílio” dos dados

A economia digital tende a tornar-se tão relevante quanto a comercialização de bens tangíveis. O acesso ampliado à internet mesmo nos mais recônditos locais possibilita a difusão de amplo espectro de novos produtos e serviços. Ademais, é viável para indivíduos antes isolados nesses mesmos rincões desenvolve-

rem soluções tecnológicas e oferecerem-nas simultaneamente a todo o planeta, por meio do modelo de distribuição de conteúdo na nuvem cibernética.

Num cenário no qual se estabelecesse um modelo regulatório verdadeiramente global para a internet, as limitações ao desenvolvimento dessa economia dependeriam apenas de qualificação técnica. Os países mais bem-sucedidos seriam os dotados de capacidade de formação e captação de profissionais aptos a desenvolverem o espaço digital, uma vez que aspectos estruturais seriam regulados de modo a permitir a rápida disseminação de dados. Ter-se-ia uma economia verdadeiramente global, cujos produtos se deslocam à velocidade da luz.

Existem, todavia, três importantes barreiras à disseminação do modelo: o protecionismo, a censura e a citada proeminência do interesse estatal no acesso aos dados cibernéticos, especialmente sob as motivações de garantia da segurança pública e da defesa nacional. O protecionismo tolhe o funcionamento do sistema a partir do momento em que se criam barreiras para os fluxos de dados com o intuito de privilegiar fornecedores de soluções locais²³.

Não raro, os fluxos de dados também são limitados pela censura. Além de mecanismo de controle ideológico, tal prática pode ser uma manifestação dos outros dois fenômenos: pode tratar-se tanto de protecionismo velado quanto da proibição de funcionamento de um serviço cujo responsável não sucumba à imposição de compartilhamento dos dados. O caso

²²Com base numa lógica determinada por questões tanto de “arquitetura” quanto de economia e praticidade.

²³Curiosamente, tal prática pode encontrar limites no direito da Organização Mundial do Comércio, envolvendo o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (*GATS*, no acrônimo em inglês). Em caso relevante (*US – Gambling*), o governo do arquipélago caribenho de Antígua e Barbuda acionou os Estados Unidos no órgão de solução de controvérsias da OMC, envolvendo a compatibilidade da proibição de sites estrangeiros de apostas *on-line* pelo governo norte-americano. Sobre o tema, ver Burri (2015) e Meltzer (2013).

mais representativo dessas duas circunstâncias é, novamente, a sucessão de eventos que envolveu a Google e o governo da China²⁴.

Embora haja mecanismos jurídicos reiteradamente testados e bem estabelecidos para fazer frente ao protecionismo, o mesmo não se pode dizer da censura ou da resolução da dicotomia derivada do embate transnacional entre privacidade e segurança – e dos conflitos de normas que decorrem de ambos. No entanto, à medida que a economia digital avança, e mais países se tornam fornecedores de produtos e serviços *on-line* (e não apenas consumidores), aumentará a importância de se buscar uma saída negociada. O interesse na solução será encetado sobretudo pelas motivações econômicas que se apresentarão perante os novos atores do comércio digital.

Contudo, não se pode negligenciar o fato de que, para alguns governos, a estabilidade institucional e a segurança nacional são elementos considerados prioritários, mesmo se contrapostos à prosperidade econômica. Logo, haverá dificuldades maiores para reverter o ímpeto de alguns países pelo controle exclusivo de dados cibernéticos. Tal fato também precisa ser considerado na busca por uma solução.

Kohl (2015), ao tratar especificamente da jurisdição no espaço cibernético, aponta a evolução em Cortes europeias e estadunidenses, que passaram a adotar, ao longo do tempo, parâmetros mais bem definidos para a aplicação de suas normas. Um teste muito relevante foi apresentado por um tribunal

²⁴ Ante a recusa da empresa a compartilhar dados solicitados por autoridades daquele país, promoveram-se, a mando de lideranças em Beijing, ataques cibernéticos contra servidores da Google, com o objetivo de se obterem dados pertencentes a dissidentes políticos chineses. A empresa acabou optando por deixar o país. Essa saída possibilitou o crescimento do concorrente local, uma empresa chinesa, que se submete à regulação do governo, e hoje é a principal ferramenta de busca empregada naquele país. Sobre o tema, ver Wu (2006) e Google (2010).

dos Estados Unidos no âmbito do caso *Zippo Manufacturing v. Zippo Dot Com*²⁵.

O raciocínio proposto pela decisão no caso é o seguinte: considerando-se que conteúdos disponíveis na rede podem, em regra, ser acessados a partir de qualquer lugar, deve-se analisar determinado website ou serviço de internet pelas suas funcionalidades e pelo seu grau de interatividade com o usuário. O objetivo dessa análise é averiguar se, em uma escala decrescente de nível de relacionamento, um serviço foi efetivamente prestado ou contratado; se, no extremo oposto, apenas se postou conteúdo passivamente, o qual podia ser acessado pelos usuários de internet; ou se, em um meio termo, havia algum nível de interatividade. Neste terceiro caso, o teste impõe a avaliação do relacionamento entre as partes e a averiguação da natureza comercial – ou não – desta interação.

Kulesza (2012) cita, ainda, dois casos extraídos da jurisprudência estadunidense que aprimoraram o referencial introduzido pelo caso *Zippo*. Em *Mattel. v. Adventure Apparel*, de 2001, uma corte distrital de Nova York acrescentou o teste dos “efeitos” ao referencial estabelecido no caso *Zippo*. Não bastaria apenas a interação do usuário com o conteúdo disponível para a atração de uma contenda a determinado foro, mas a efetiva ocorrência de efeitos danosos em seu território. Ademais, em 2006, um Tribunal de segunda instância estadunidense, no âmbito do caso *Peblle Beach Company v. Caddy*, determinou que a jurisdição local somente se estenderia a uma página de internet se esta deliberadamente direcionasse suas atividades aos Estados Unidos.

Nos três casos, notam-se progressos nas tentativas de se estabelecerem critérios obje-

²⁵ Decisão disponível em: <<https://cyber.harvard.edu/metaschool/fisher/domain/dncases/zippo.htm>>. Acesso em: 4 fev. 2017.

vos para a determinação da Corte competente para a análise das contendas. No entanto, não se trata de situações em que o conflito de normas era o aspecto mais relevante e tampouco nas quais se discutia o acesso a dados. A problemática também não envolvia interesses relacionados à segurança pública e à defesa nacional.

Confrontados com ameaças dessa natureza, os países geralmente tendem a revestir-se das aspirações egoísticas que motivam as pretensões extraterritoriais. Materializam-nas, como fez o Brasil, pela adoção de vários critérios simultaneamente para a imposição da própria lei. Assim, considera-se o local onde um dado é produzido, armazenado ou processado; vislumbra-se o local onde o dado produz efeitos, por onde transita ou quem foi o responsável por sua produção. Ainda, contemplam-se os locais onde os prestadores de serviços mantêm suas sedes ou filiais e os métodos empregados para distribuir seus conteúdos (que podem ser fragmentados e replicados em diversos *data centers*). Todas essas hipóteses, saliente-se, estão – direta ou indiretamente – previstas no artigo 11 do MCI.

A adoção simultânea dos variados critérios por diversos países ocasiona – como já se explicitou – um excesso de regulações domésticas interpoladas. A solução do imbróglho, portanto, iniciar-se-ia pela definição de um critério em comum ou, alternativamente, pelo estabelecimento de uma hierarquia entre os critérios. A rota a ser traçada dependeria da adoção de uma abordagem cosmopolita perante os conflitos de normas e de jurisdição, como aponta Berman (2005, p. 1.880, tradução nossa).²⁶

Em um mundo altamente interdependente, preocupações com o imperialismo legal podem ser tão significativas quanto preocupações com imperialismo militar, político ou cultural. E enquanto é irrealista (e talvez desinteressante) esperar por harmonização internacional de normas legais, uma abordagem cosmopolita ao menos permitiria aos juízes que avaliassem as múltiplas filiações comunitárias enquanto elaborassem regras de resolução de conflitos de leis como parte de um empreendimento transnacional.

A interdependência, mencionada pelo autor, ampliar-se-ia à medida que mais países se convertessem tanto em fornecedores de produtos e serviços na internet quanto em consumidores. Nesse processo, veriam seus interesses cada vez mais afetados por regulações arbitrárias. Em

²⁶No original: “In a highly interdependent world, concerns about legal imperialism may be as significant as concerns about military, political, or cultural imperialism. And while it is unrealistic (and perhaps unappealing) to expect international harmonization of legal norms, a cosmopolitan approach would at least allow judges to evaluate multiple community affiliations while developing choice-of-law rules as part of a joint transnational enterprise.”

tal cenário, é possível que se criem incentivos para a cooperação e o abandono do “imperialismo legal”. Enquanto tal construção não se realizar pela via dos tratados, seria papel dos tribunais a correta análise dos pontos de contato de determinada lide com a jurisdição e o direito que se pretende impor a ela.

Portanto, seja por meio de acordos internacionais, seja por construção jurisprudencial, uma solução cosmopolita tenderia a reverter os efeitos nefastos de regulações egoístas sobre a internet. A adesão a esse movimento seria iniciada em virtude de interesses econômicos, sobretudo relativos ao acesso a mercados. À medida que os fornecedores de soluções cibernéticas – inicialmente os principais interessados – aderissem à solução, os países dela aliados sentiriam os efeitos do isolamento sobre a capacidade das próprias empresas de fazerem parte de um mercado global. Num cenário no qual se oferecem cada vez mais produtos e serviços exclusivamente na plataforma digital, a persistência na regulação egoísta agravaria as perdas e o isolamento dos países que não aceitassem abdicar parcialmente do acesso a informações.

Resta, enfim, aventar quais seriam as linhas gerais para o desenvolvimento dessa solução.

A primeira observação importante é que a prevalência do critério territorial tem de ser questionada, ou ao menos modulada perante determinadas circunstâncias. É claro que o aspecto territorial é importante, na análise tanto do local onde um dado foi produzido quanto de onde se materializam seus efeitos; mas haverá situações em que os efeitos serão mais relevantes em outra jurisdição, ou em que o local de produção dos dados seja impossível de se determinar ou seja mera casualidade²⁷.

Daskal (2015), por exemplo, defende a *aterritorialidade* dos dados, em face de todas as suas peculiaridades. Ao contrário dessa autora, não se vislumbra o completo abandono do critério territorial. No entanto, preconiza-se efetivamente que se avaliem os vínculos dos casos concretos submetidos a juízo em face dos ideais e valores das comunidades nas quais os atores se inserem e sobre as quais incidem os efeitos de suas ações. O elemento territorial nem sempre reflete a real inserção de uma situação fática em determinado contexto social.

Portanto, acredita-se que a busca dos vínculos mais fortes de um caso com o Direito de determinado país é um processo factível, potencialmente motivado pelos ganhos econômicos que geraria, e que implicaria, ao final, na determinação do “domicílio” da informação. Assim como o domicílio de uma pessoa física é o lugar onde ela se estabelece com ânimo definitivo, a analogia ora proposta parte de uma determinação do ímpeto dos envolvidos na relação jurídica ocorrida no ambiente digital. Convém investigar quais são os seus objetivos, onde tais indivíduos vislumbrariam que suas ações produziram efeitos ou até que ponto estariam conscientes da potencial geração de efeitos em dado território. Domicílio, nesse sentido, não guarda correspondência estrita com o local de armazenamento da informação. Muito mais: com um conjunto de fatores que precisam ser desenvolvidos.

Note-se, então, que, apesar de não ser abandonado totalmente, o critério territorial seria, na metodologia proposta, acompanhado de uma análise do ânimo dos atores – o que, em parte, já se aplicou na jurisprudência estadunidense em relações de Direito privado, conforme já se expôs. Em se tratando do acesso estatal a dados ou da incidência de normas de proteção, o referencial teria de ser ampliado, pois não se estaria mais no âmbito de rela-

²⁷ Em face de tecnologias que permitem ao usuário camuflar sua real localização, aparentando estar em outro local.

ções privadas. Efetivamente, os Estados teriam de abdicar de parcela de sua autoridade em benefício de um sistema global. Desse modo, a determinação do “domicílio” dos dados, ao combinar os critérios pessoal e territorial, e ao atribuir a devida relevância ao ânimo dos envolvidos em uma relação jurídica, seria uma possível resolução para os múltiplos conflitos de normas que caracterizam o espaço cibernético atualmente.

5. Conclusão

A possibilidade de a internet ser definitivamente descaracterizada em decorrência do excesso de regulação se eleva continuamente, à medida que a atual tendência dos países ainda é a de tentar projetar extraterritorialmente suas normas. Em vez de intervirem sobre a rede mundial de computadores para preservar seu caráter global, os Estados se revestem de aspirações egoísticas e regulam-na exclusivamente sob a óptica de interesses locais. E o Brasil não é diferente.

Todavia, à medida que as perdas econômicas se tornarem relevantes a ponto de suplantarem, ao menos em parte, a obstinação pelo acesso a dados cibernéticos motivada pelo imperativo de assegurar a defesa nacional e a segurança pública, buscar-se-ão maneiras de conciliar as duas realidades. A opção por uma saída cosmopolita não inviabiliza os ideais de segurança: apesar de abdicarem de parte de suas pretensões, ainda restaria aos Estados o recurso a mecanismos de cooperação bilateral. Este artigo apenas se insurge contra a aplicação arbitrária da própria lei e sua projeção extraterritorial, e não, obviamente, contra o interesse legítimo do Estado de acessar informações úteis à sua segurança e à de sua população.

Ao se propor uma “teoria do domicílio dos dados”, entende-se que esta formulação ainda se encontra em fase incipiente. Utilizou-se este espaço para lançar a ideia, que, adiante, precisará ser desenvolvida.

Sobre os autores

Filipe Rocha Martins Soares é bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI), Teresina, PI, Brasil; mestrando em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília (UnICEUB), Brasília, DF, Brasil.
E-mail: filipe.soares@protonmail.com

Gustavo Ferreira Ribeiro é doutor em Direito pela Maurer School of Law, Indiana University Bloomington, Bloomington, IN, Estados Unidos da América, com bolsa do programa Capes/Fulbright; professor do Centro de Ensino Unificado de Brasília (UnICEUB), Brasília, DF, Brasil.
E-mail: gribeirobr@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês²⁸

CONFLICTS AMONG PUBLIC ORDERS IN CYBERSPACE: A COSMOPOLITAN APPROACH IN RESPONSE TO THE OVERREGULATION OF THE INTERNET

ABSTRACT: the particularities of cyberspace create obstacles to the exercise of State power, such as the access to information connected to more than one jurisdiction. The imposition of extraterritorial effects to their laws concerning the internet is among the measures States adopt in order to guarantee such access. At such point, conflicts of public orders arise (data access v. privacy) which affect the operation of a worldwide web. So far, States have not properly solved the profusion and the clash of regulations (*overregulation*). The resolution of such problem depends on the reckoning of the impossibility of dissociating the internet of its transnational nature: a cosmopolitan approach is required. In the latter, the combination of personal and territorial criteria in the determination of the *cyber data domicile* offers a way of thinking. Though incipient, the *cyber data domicile* may become indicative of the public order that should prevail, whilst overregulation occurs.

KEYWORDS: INTERNET. OVERREGULATION. EXTRATERRITORIALITY. DATA DOMICILE.

Como citar este artigo

(ABNT)

SOARES, Filipe Rocha Martins; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. Conflitos entre ordens públicas no espaço cibernético: uma abordagem cosmopolita em resposta à sobreposição regulatória da internet. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, v. 54, n. 216, p. 45-66, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p45>.

(APA)

Soares, F. R. M., & Ribeiro, G. F. (2017). Conflitos entre ordens públicas no espaço cibernético: uma abordagem cosmopolita em resposta à sobreposição regulatória da internet. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(216), 45-66. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p45

Referências

BERMAN, Paul Schiff. Choice of law and jurisdiction on the internet: towards a cosmopolitan vision of conflict of laws. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 153, n. 1, p. 1819-1882, 2005.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 11 maio 2017.

²⁸ Sem revisão do editor.

_____. Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016. *Diário Oficial da União – Edição Extra*, 11 maio 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm>. Acesso em: 11 maio 2017.

BURRI, M. The international economic law framework for digital trade. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, v. 135, n. 2, p. 10–72, 2015.

COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE. *Affaire du “Lotus”*: recueil des arrêts. [S.l.]: Cour Permanente de Justice Internationale, 1927. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf>. Acesso em: 11 maio 2017.

DASKAL, Jennifer. The un-territoriality of data. *The Yale Law Journal*, v. 125, n. 2, p. 326–398, 2015.

DUNOFF, Jeffrey; TRACHTMAN, Joel. Economic analysis of international law. *Yale Journal of International Law*, v. 24, n. 1, p. 1–59, 1999. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1096&context=yjil>>. Acesso em: 10 maio 2017.

EASTERBROOK, Frank. Cyberspace and the Law of the Horse. *University of Chicago Legal Forum*, v. 207, p. 207–216, 1996. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2147&context=journal_articles>. Acesso em: 10 maio 2017.

FARBER, Dan. *Facebook turns on data center at edge of the Arctic Circle* [on-line]. 2013. Disponível em: <<https://www.cnet.com/news/facebook-turns-on-data-center-at-edge-of-the-arctic-circle/>>. Acesso em: 11 maio 2017.

FRANCE. Loi nº 78-17, du 6 janvier 1978. Relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés. *Journal Officiel de la République Française*, 7 janv. 1978. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000886460&dateTexte=20170511>>. Acesso em: 11 maio 2017.

GOOGLE. *Enabling trade in the era of information technologies: breaking down barriers to the free flow of information* [on-line]. 2010. p. 1–25. Disponível em: <https://static.googleusercontent.com/media/www.google.com/pt-BR//googleblogs/pdfs/trade_free_flow_of_information.pdf>. Acesso em: 10 maio 2017.

GREENWALD, Glenn; MACASKILL, Ewen. NSA Prism program taps in to user data of Apple, Google and others. *The Guardian*, [S.l.], 7 jun. 2013. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/us-tech-giants-nsa-data>>. Acesso em: 10 maio 2017.

GUZMAN, Andrew. Choice of law: new foundations. *Berkeley Law Scholarship Repository*, v. 90, n. 883, p. 883–940, 2001. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2691&context=facpubs>>. Acesso em: 10 maio 2017.

HARDIN, Garret. The tragedy of the commons. *Science*, v. 162, n. 3859, p. 1243–1248, 1968. Disponível em: <<http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243/tab-pdf>>. Acesso em: 10 maio 2017.

INTERNATIONAL conflicts of law and their implications for cross border data requests by law enforcement [gravação de som]. [Washington, DC]: House Judiciary Committee, 2016. Hearing before the Committee on the Judiciary House of Representatives. Disponível em: <<https://judiciary.house.gov/hearing/international-conflicts-of-law-concerning-cross-border-data-flow-and-law-enforcement-requests/>>. Acesso em: 11 maio. 2017.

KOHL, Uta. Jurisdiction in cyberspace. In: TSAGOURIAS, Nicholas; BUCHAN, Russel (Ed.). *Research handbook on international law and cyberspace*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015. p. 30–54.

KULESZA, Joanna. *International internet law*. Abingdon: Routledge, 2012.

LESSIG, Lawrence. The Law of the Horse: what cyberlaw might teach. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 2, p. 501–546, 1999. Disponível em: <<https://cyber.harvard.edu/works/lessig/finalhls.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2017.

MELL, P.; GRANCE, T. *The NIST definition of cloud computing: recommendations of the National Institute of Standards Technology*. Gaithersburg, MD: NIST, 2011. Disponível em: <<http://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2017.

MELTZER, Joshua. The internet, cross-border data flows and international trade. *Issues in Technology Innovation*, n. 22, p. 1-21, 2013. Disponível em: <<https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/internet-data-and-trade-meltzer.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2017.

SWIRE, P. Elephants and mice revisited: law and choice of law on the internet. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 153, n. 1975, p. 1975-2001, 2005. Disponível em: <<https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume153/issue6/Swire153U.Pa.L.Rev.1975%282005%29.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Directiva 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995. Relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 23 nov. 1995. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:L:1995:281:TOC>>. Acesso em: 11 maio 2017.

UNITED STATES. United States Court of Appeals for the Second Circuit. *In the matter of a warrant to search a certain e-mail account controlled and maintained by Microsoft Corporation*. Nova York, EUA, 14 jul. 2016. Não paginado. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/14-2985/14-2985-2016-07-14.html>>. Acesso em: 22 maio 2017.

WU, T. The world trade law of censorship and internet filtering. *Chicago Journal of International Law*, v. 7, n. 1, p. 263-287, 2006. Disponível em: <<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1243&context=cjil>>. Acesso em: 11 maio 2017.

Imunidade e garantias parlamentares

Perda do mandato parlamentar diante da condenação criminal

DANIELA BÖCK BANDEIRA
PLÍNIO MELGARÉ

Resumo: O artigo reflete sobre a perda de mandato parlamentar em decorrência de condenação criminal, analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Discute-se uma aparente contradição constitucional e a solução adequada para a questão.

Palavras-chave: Imunidades parlamentares. Estatuto dos congressistas. Perda do mandato parlamentar. Perda dos direitos políticos.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo refletir sobre os principais aspectos da perda do mandato parlamentar decorrente de condenação criminal transitada em julgado, a fim de, com fundamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), analisar a aparente antinomia constitucional na aplicação desse instituto. Para melhor compreender a questão, será realizada uma breve análise dos principais aspectos referentes ao mandato parlamentar, bem como dos direitos políticos e sua eventual perda automática decorrente de uma sentença penal transitada em julgado. Com base nisso, será feita a análise da aplicação da forma interpretativa do critério da especialidade para a solução daquela aparente antinomia constitucional, para depois efetuar o estudo da Ação Penal nº 470/MG (conhecida como “Mensalão”) e da Ação Penal nº 565/RO (BRASIL, 2012, 2014), ambas do STF, relativamente à matéria da perda do mandato dos parlamentares condenados.

A análise da perda do mandato parlamentar decorrente de condenação criminal transitada em julgado apresenta grande relevância na

Recebido em 2/8/17
Aprovado em 4/10/17

atualidade, visto que é cada vez mais frequente a sua aplicação pelo STF. Ademais, é evidente o crescente número de denúncias contra parlamentares federais, principalmente no âmbito de investigações como o escândalo de corrupção do “Mensalão”, de 2012, e a “Operação Lava Jato”, deflagrada pela Polícia Federal, que busca elucidar uma cadeia de delitos praticados tanto por empresários quanto por servidores públicos e parlamentares federais.

Verifica-se que somente o julgamento da Ação Penal nº 470/MG condenou criminalmente quatro parlamentares, tendo o STF determinado a automática perda dos seus mandatos. Por sua vez, a “Operação Lava Jato”, que apresenta diversos inquéritos e denúncias contra parlamentares federais, também já resultou na primeira prisão de um senador¹ no exercício do mandato desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB, 1988).

Frente ao crescente número de processos criminais contra deputados federais e senadores, é necessária uma posição clara acerca do que ocorrerá com o mandato do eleito, caso seja condenado. A CRFB prevê, em rol taxativo, as hipóteses em que o parlamentar pode perder o seu mandato, com o procedimento de cassação ou de extinção. Da análise desse instituto, verifica-se que ele apresentaria uma aparente antinomia constitucional quando cotejado com o art. 15 da CRFB, que dispõe sobre as hipóteses da perda dos direitos políticos do cidadão. Assim, vislumbra-se um entendimento a favor da perda automática do mandato parlamentar, após a sentença penal, e outro a favor da remessa dos autos à Casa legislativa respectiva, após a condenação, para que ela decida sobre a perda do mandato.

O STF já apresentou os dois entendimentos, não demonstrando posicionamento unitário sobre a questão. Isso torna possível que um parlamentar seja privado de exercer seu mandato por condenação criminal e outro não. Diante disso, vislumbra-se a importância da análise desse instituto.

1. Da perda do mandato parlamentar

O mandato parlamentar afirma-se como um dos instrumentos pelos quais a cidadania se expressa e a soberania popular manifesta-se na democracia representativa.² É conferido por eleição popular, para pra-

¹ Em 25 de novembro de 2015, a Segunda Turma do STF ordenou, por unanimidade, a prisão cautelar do então senador Delcídio do Amaral.

² Nesse sentido, ver Silva (2006, p. 423).

zo determinado, dentro do qual por princípio seu titular detém prerrogativas constitucionalmente reconhecidas.³ Tais prerrogativas objetivam o exercício autônomo e pleno do mandato. São mecanismos que asseguram a cada membro do Parlamento as condições para o exercício de suas funções típicas sem a ingerência de outros Poderes. E, ao fim e ao cabo, afirmar a separação dos Poderes e a própria representatividade democrática. Com base nesse pressuposto, evidencia-se que a perda do mandato é medida excepcional, ocorrendo somente nos estritos termos previstos pela CRFB.

Na temática da perda de mandato, conforme o faz a doutrina⁴, duas formas são estabelecidas: a cassação e a extinção. Enquanto aquela ocorre nas hipóteses em que o parlamentar comete falta funcional cuja sanção é a própria cassação, esta decorre de uma circunstância que torna a investidura no cargo inexistente – v.g., a morte, a renúncia, a ausência às sessões legislativas. Nos casos de cassação, a perda do mandato é decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal; nos casos de perda do mandato, “a decisão é meramente declaratória, porque visa, apenas, reconhecer uma situação óbvia que pereceu por algum dos motivos constitucionalmente previstos” (BULOS, 2007, p. 790).

Além do disposto em seu inciso I, o art. 55 prevê outras hipóteses de perda do mandato: falta de decoro, ausência a mais de 1/3 das sessões ordinárias, perda ou suspensão dos direitos políticos, quando a Justiça Eleitoral decretar ou sofrer condenação criminal em sentença penal transitada em julgado (BRASIL, 1988).

Veja-se cada uma dessas situações:

³ Como exemplo dessas prerrogativas, cita-se o artigo 53 da CRFB

⁴ Assim, ver Bulos (2007, p. 789) e Canotilho et al. (2013, p. 1.081).

1. Procedimento incompatível com o decoro parlamentar: importa caracterizar, de modo inicial, o que se entende pela expressão “decoro parlamentar”. Aqui está em causa uma noção de decência, recato no comportamento – isto é, o parlamentar deve ter uma conduta eticamente compatível com as exigências do cargo. Decerto, é um conceito aberto, determinável, a exigir a concretude do caso para a sua perfeita adequação. Não por acaso, o ministro Paulo Brossard assim se manifestou sobre a expressão decoro parlamentar:

“seu conceito é mais amplo e flexível; não tem a uniformidade dos fatos padronizados, conceitualmente enunciados, como as figuras delituosas do Código Penal; [...] dizer que tal comportamento ofende ao decoro parlamentar é de competência da Câmara competente, em juízo a que não falta uma dose de discricionariedade, embora não seja puramente discricionário; conforme o caso será mais ético que político, ou mais político do que ético, ainda que a predominância de um dado sobre o outro será prevalência e não exclusão; há de ser jurídico, sem ser exclusivamente jurídico” (BRASIL, 1993a).

A despeito da vagueza conceitual, o próprio texto constitucional afirma que, além do definido pelo regimento interno do Parlamento, o abuso das prerrogativas ou a percepção de vantagens indevidas constituem quebra de decoro. Assim, a partir de um fato tido por indecoroso, atentatório à dignidade parlamentar, por um ato de competência do Poder Legislativo, de natureza disciplinar, abre-se um processo que pode levar à perda do mandato.

O Conselho de Ética e Decoro da Casa à qual o parlamentar acusado pertence é o órgão encarregado desse processo. Registre-se que qualquer cidadão pode encaminhar uma representação à Mesa da Casa legislativa cor-

respondente, que verificará a existência dos fatos e das provas, encaminhando-a – ou não – ao Conselho de Ética, cujo presidente, designando relator, instaurará o processo. Caso a representação seja feita por partido político,⁵ não há verificação pela Mesa, que endereçará o pedido diretamente ao Conselho de Ética. Aberto o processo, serão garantidos ao parlamentar todos os meios de defesa e o contraditório. Observado o devido processo legal, determina-se a sessão de julgamento. De fato, quem julgará se houve ou não a quebra do decoro é o Plenário da Casa à qual pertence o parlamentar processado, em sessão com voto aberto e por maioria absoluta, conforme a Emenda Constitucional (EC) nº 76 (BRASIL, 2013), de 2013. Em caso de condenação, além da perda do mandato, o parlamentar ficará inelegível por oito anos após o término da legislatura.

Há a possibilidade de o parlamentar renunciar, se estiver sendo processado em situação que o leve à perda do mandato. Nessa hipótese, a renúncia terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais, conforme o art. 55, §§ 2º e 3º da CRFB⁶ e o Decreto Legislativo nº 16, de 1994 (BRASIL, 1994).

A perda do mandato é penalidade disciplinar de natureza política e incumbe ao próprio Poder Legislativo. Portanto, não é dado ao Judiciário, por respeito à separação dos Poderes, qualquer julgamento sobre o mérito da decisão que implicar a perda do mandato

⁵Tão somente partidos políticos com representação no Congresso e a Mesa Diretora da Câmara ou do Senado Federal têm atribuição de subscrever representação por quebra de decoro parlamentar contra deputados ou senadores diante do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar.

⁶Destaque-se que o STF entende que a infidelidade partidária, consubstanciada no “abandono de legenda, enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral” (MENDES; GONET, 2012, p. 1.241).

por quebra de decoro parlamentar. É, pois, matéria *interna corporis*.⁷

2. Ausência a mais de 1/3 das sessões ordinárias. Aqui está uma causa de extinção do mandato: num ato de natureza declaratória – e não constitutiva – a Mesa, verificada a ausência e assegurada a ampla defesa, pronuncia a perda do mandato sem qualquer deliberação política.⁸

3. Perda ou suspensão dos direitos políticos ou quando a justiça eleitoral decretar. Diante do caso de perda ou de suspensão dos direitos políticos ou por decretação da justiça eleitoral, configura-se a hipótese de extinção do mandato a ser declarada de ofício ou por provocação de qualquer de seus membros ou partido político com representação no Congresso Nacional, pela Mesa da respectiva Casa. A título de exemplo, citam-se os casos em que a Justiça Eleitoral decide sobre causas de inelegibilidade, impugnação de mandato por abuso de poder econômico e quebra de fidelidade partidária.

4. Perda ou suspensão dos direitos políticos por sofrer condenação criminal em sentença penal transitada em julgado. Essa é uma hipótese de cassação de mandato, nos termos supramencionados. Na análise dessa hipótese, impõe-se reconhecer os seguintes elementos normativos: o art. 55, inc. IV, dispõe que perderá o mandato o parlamentar que tiver seus direitos políticos suspensos (BRASIL, 1988). Desse modo, uma das causas de suspensão dos direitos políticos é a condenação criminal transitada em julgado⁹, conforme previsto no

⁷Nesse sentido, é ilustrativa a decisão do STF, de autoria do ministro Cezar Peluso, no Ag.Reg. nos Embargos Declaratórios no RE 382.344-2/SP, julgado em 13/6/2006 (BRASIL, 2006b).

⁸Porque situação rara, indica-se a jurisprudência do STF, que versa sobre a perda de mandato de parlamentar por excessiva ausência às sessões (BRASIL, 1993b).

⁹Art. 15, inc. III, da CRFB.

inc. VI do art. 55 da CRFB. No caso de um deputado federal ou de um senador, em razão da prerrogativa de foro, essa decisão será prolatada pelo STF. Sucede que o § 2º do art. 55 dispõe que, nos casos dos incisos I, II e VI (respectivamente, infração às vedações do art. 54 da CRFB, quebra de decoro parlamentar e sanção penal condenatória transitada em julgado), a perda do mandato será decidida pela Câmara ou pelo Senado, por maioria absoluta, mediante provocação da Mesa ou de partido político (BRASIL, 1988). Portanto, a questão a ser resolvida é: transitada em julgado a condenação criminal, há a perda automática do mandato parlamentar? Pela regra do inc. IV do art. 55, sim. Todavia, o § 2º do mesmo artigo dispõe que a perda do mandato depende de um ato da Câmara dos Deputados ou do Senado. Logo, a condenação criminal, mesmo que oriunda do STF, não acarretaria a perda automática do mandato. Aparentemente, há incoerência entre as normas constitucionais.

2. Da (aparente) incoerência da CRFB

Bobbio (1997, p. 88) define a antinomia jurídica como a situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade. Nesse sentido, o mesmo autor afirma não ser possível a coexistência, dentro de um mesmo ordenamento jurídico, de duas normas incompatíveis:

O princípio sustentado pelo positivismo jurídico, da coerência do ordenamento jurídico, consiste em negar que nele possa haver antinomia, isto é, normas incompatíveis entre si. Tal princípio é garantido por uma norma, implícita em todo ordenamento, segundo a qual duas normas incompatíveis (ou antinômicas) não podem ser ambas válidas, mas somente uma delas pode (mas não necessariamente deve) fazer parte do referido ordenamento; ou, dito de outra forma, a compatibilidade de uma norma com seu ordenamento (isto é, com todas as outras normas) é condição necessária para a sua validade (BOBBIO, 2006, p. 203).

Ainda, de acordo com o princípio interpretativo da unidade da Constituição, Canotilho (2003, p. 1.221) assevera que a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições entre suas normas. O princípio da unidade obrigaria o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade, harmonizando os espaços de tensão entre as normas constitucionais a concretizar (CANOTILHO, 2003, p. 1.221).

No âmbito da normatividade constitucional, Luís Roberto Barroso destaca a necessidade de unidade na interpretação das normas. Sendo a Constituição um sistema normativo fundado em ideias que configu-

ram um núcleo irreduzível, e não um conjunto de normas justapostas, o intérprete tem o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas. O princípio da unidade é, assim, uma especificação da interpretação sistemática, que se aplica precisamente por existir pluralidade de concepções (BARROSO, 1999, p. 188).

A ordem jurídica deve constituir um sistema lógico, não havendo a possibilidade de uma mesma situação jurídica estar sujeita à incidência de normas distintas, incoerentes e contrastantes entre si. Ao contrário, no ordenamento jurídico não podem coexistir normas incompatíveis. Barroso (1999, p. 9) é categórico: o Direito não tolera antinomias. Logo, ao intérprete da Constituição só resta a conciliação possível entre proposições aparentemente antagônicas, cuidando, todavia, de jamais anular integralmente uma em favor da outra.

A fim de interpretar a CRFB de forma que se dê máxima eficácia possível às normas constitucionais, e para resolver a aparente antinomia que se verifica na incompatibilidade entre a generalidade da norma prevista no art. 15, inc. III, e a especialidade das normas contidas no art. 55 da CRFB, estudam-se os ensinamentos de Bobbio (1997, p. 96).

Com efeito, o autor italiano propõe solucionar a questão prevendo um critério de interpretação de antinomias baseado na *lex specialis*, segundo o qual, havendo duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*. Desse modo, a situação antinômica criada pelo relacionamento entre uma lei geral e uma lei especial é aquela que corresponde ao tipo de *antinomia total-parcial*. Assim, quando se aplica o critério da *lex specialis*, não acontece a eliminação total de uma das duas normas incompatíveis, mas somente daquela parte da lei geral que é incompatível com a lei especial. Por consequência da lei especial, a lei geral cai parcialmente (BOBBIO, 1997, p. 96). Nesse sentido, visto que o art. 55 prevê normas apenas para os parlamentares, estas são especiais diante da generalidade do art. 15, pois dirigida para a população em geral, sem que se retire do outro artigo a sua eficácia.

Como discorre Bulos (2012, p. 705-706), parlamentares federais, condenados criminalmente em sentenças transitadas em julgado, não têm os seus mandatos suspensos de modo automático. Em nome dos princípios da unidade da Constituição e de sua máxima efetividade, elimina-se qualquer margem de conflito entre as duas normas aqui discutidas, priorizando-se o critério da especialidade, inserto no art. 55, VI, § 2º, frente ao critério da generalidade, caso do art. 15, III.

A finalidade dessa exceção à regra do art. 15, III, é garantir a independência do Parlamento perante os demais Poderes do Estado, em especial do Poder Judiciário. Daí a perda do mandato ser decidida, não

pelo Judiciário, mas pela Casa à qual pertence o parlamentar em votação aberta e por maioria absoluta dos votos, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político devidamente representado no Congresso, preservada a ampla defesa.

Há de se considerar que a perda do mandato representativo consubstancia uma forte e direta intervenção no processo democrático e na própria soberania popular. No ensinamento de Silva (2006, p. 138), “eleger significa expressar preferência entre alternativas, realizar um ato formal de decisão política”. E é esse mandatário, representado pelo corpo de parlamentares, quem ostenta igualmente a legitimidade constitucional para revogá-lo.

3. Análise da jurisprudência do STF

A perda do mandato em razão de condenação criminal provoca amplo debate nos julgamentos do STF. Na medida em que o Plenário modifica sua composição, a Corte a apresenta entendimentos antagônicos sobre qual procedimento a ser seguido após a sentença criminal. Tendo em vista a profundidade dos votos apresentados pela Corte nos casos citados, e visto que o entendimento do STF quanto à questão ainda se mostra divergente, apresentam-se a seguir os principais argumentos expostos pelos ministros.

No julgamento da Ação Penal nº 470/MG, em 2012, o entendimento predominante foi o da aplicação automática da perda do mandato após a condenação criminal transitada em julgado (BRASIL, 2012). Todavia, menos de dois anos depois, em agosto de 2013, no julgamento da Ação Penal nº 565/RO (BRASIL, 2014), o STF modificou seu entendimento: decidiu por seguir o previsto no § 2º do art. 55 da CRFB e deixar a critério da Casa legislativa a decisão

acerca da perda do mandato após a condenação criminal transitada em julgado.¹⁰ A modificação de entendimento pela Corte, em tempo tão exíguo, ocorreu em virtude da alteração na composição do STF, tendo em vista os votos dos ministros Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso.

Com efeito, a Ação Penal nº 470/MG determinou, por pequena maioria de 6 votos a 4,¹¹ que os quatro parlamentares condenados criminalmente no caso perdessem automaticamente seus mandatos após o trânsito em julgado da decisão, apontando a eficácia plena do art. 15 da CRFB para embasar a decisão. Esta foi amplamente debatida, visto que o entendimento do ministro relator Joaquim Barbosa foi de encontro ao que já havia sido adotado pelo Tribunal em outros casos semelhantes (a emblemática condenação do deputado Natan Donadon foi seguida da remessa dos autos à Câmara dos Deputados, para que ela decidisse acerca da perda do seu mandato), trazendo à tona a discussão sobre uma aparente antinomia no texto constitucional.

3.1. A Ação Penal nº 470/MG: o “Mensalão”

O relator da Ação Penal nº 470/MG, ministro Joaquim Barbosa, apresentou o entendimento de que a perda do mandato eletivo após condenação criminal transitada em julgado é automática (BRASIL, 2012). Para ele, a previsão qualificada do inc. VI do art. 55 justificar-

¹⁰Note-se que a perda do mandato decidida por uma Casa legislativa é exclusiva para deputados federais e senadores; a “regra da cassação imediata dos mandatos, no entanto, aplica-se, por inteiro e de imediato, aos vereadores, bem como aos prefeitos, governadores e ao próprio presidente da República” (BRASIL, 2012).

¹¹O ministro Cezar Peluso aposentou-se em 31 de agosto ao completar 70 anos e não votou sobre a questão, assim como ocorreu com o ministro Ayres Britto, que se aposentou em 18 de novembro ao também completar 70 anos.

se-ia apenas nas hipóteses em que a sentença condenatória não tenha decretado a perda do mandato, seja por não estarem presentes os requisitos do artigo 92 do Código Penal (CP)¹², seja por ter sido proferida antes da expedição do diploma, tendo-se operado o trânsito em julgado somente em momento posterior. Nesse caso, a Casa legislativa avaliaria se a condenação criminal é grave a ponto de impedir o exercício do mandato eletivo (BRASIL, 2012).

Era entendimento do relator que se, no curso de seu mandato, o deputado ou o senador é condenado pela mais alta instância do Poder Judiciário nacional, inexistente espaço para o exercício de juízo político ou de conveniência pelo Poder Legislativo, pois a suspensão dos direitos políticos, com a subsequente perda do mandato eletivo, é efeito irreversível da sentença condenatória (BRASIL, 2012). Assim, no caso da Ação Penal nº 470/MG, os parlamentares condenados praticaram o crime de corrupção passiva¹³ quando se encontravam no exercício de sua função, o que revelaria conduta totalmente incompatível com os deveres do cargo e com a democracia representativa. Os réus teriam violado o interesse público imanente com a prática dos delitos e teriam utilizado de seu cargo público para obter vantagens indevidas em benefício próprio.

A CRFB apresentaria uma lógica sistemática que enuncia a cidadania, a capacidade para exercício de direitos políticos e o preen-

chimento pleno das condições de elegibilidade como pressupostos sucessivos para a participação completa na formação da vontade política do Estado. E, para a conservação dos valores mais caros ao Estado Democrático de Direito, o condicionamento do juízo condenatório final ao juízo político e de conveniência do Parlamento não pareceu, ao ministro, ser uma solução constitucionalmente legítima, salvo na ausência das hipóteses previstas no art. 92 do CP ou investidura no mandato após a condenação ter sido prolatada (BRASIL, 2012).

Ato contínuo, o revisor da Ação Penal nº 470/MG, o ministro Ricardo Lewandowski, votou no sentido contrário ao voto proferido pelo relator.¹⁴ Para ele, com relação aos senadores e deputados, e no caso da Ação Penal nº 470/MG, a CRFB contempla uma exceção à regra geral do seu art. 15 na hipótese de condenação criminal transitada em julgado, com a previsão do inc. VI do seu art. 55.

Para o revisor, quando o mandato eletivo resulta do livre exercício da soberania popular, excluída a existência de fraude e incorrendo impugnação à sua eleição, casos em que o Constituinte conferiu tratamento diferenciado, visto que a decisão da Justiça Eleitoral enseja o procedimento de extinção, não se atribui ao Judiciário a competência para decretar automaticamente a perda do mandato, pois se aplicará o disposto no art. 55, § 2º da CRFB. Assim, ficaria clara a competência do Parlamento para decidir e não meramente declarar a perda do mandato de parlamentares das respectivas Casas (BRASIL, 2012).

¹² “Art. 92. São também efeitos da condenação: I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. [...] Parágrafo único. Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença” (BRASIL, 1940).

¹³ Além do crime de corrupção passiva, também praticaram crime de lavagem de dinheiro; e, no caso de João Paulo Cunha, também o crime de peculato.

¹⁴ O ministro Dias Toffoli seguiu o voto do revisor, afirmando que a razão da existência do art. 55, VI, § 2º, da CRFB é garantir ao Parlamento a durabilidade dos mandatos de seus membros, com a finalidade de preservar a independência do Legislativo perante os demais Poderes, tendo a sua extensão delimitada tão somente aos próprios parlamentares federais, por expressa e taxativa previsão constitucional (BRASIL, 2012).

A fim de corroborar seu entendimento, o ministro trouxe à colação elucidativa passagem do voto do ministro Celso de Mello, exarado durante o julgamento do RE 179.502/SP (BRASIL, 1995), de relatoria do ministro Moreira Alves, ocorrido em 31/5/1995, que, não obstante o caso concreto cuidasse da perda do mandato por falta de decoro parlamentar, a questão constitucional subjacente à cassação dos mandatos foi profundamente discutida:

A norma inscrita no art. 55, § 2º, da Carta Federal, enquanto preceito de direito singular, encerra uma importante garantia constitucional destinada a preservar, salvo deliberação em contrário da própria instituição parlamentar, a intangibilidade do mandato titularizado pelo membro do Congresso Nacional, impedindo, desse modo, que uma decisão emanada de outro Poder (o Poder Judiciário) implique, como consequência virtual dela emergente, a suspensão dos direitos políticos e a própria perda do mandato parlamentar. [...]

Trata-se de prerrogativa que, instituída em favor dos membros do Congresso Nacional, veio a ser consagrada pela própria Lei Fundamental da República. O legislador constituinte, ao dispensar esse especial e diferenciado tratamento ao parlamentar da União, certamente teve em consideração a necessidade de atender ao postulado da separação de poderes e de fazer respeitar a independência político-jurídica dos membros do Congresso Nacional (BRASIL, 1995).

Desse modo, o revisor asseverou não haver dúvidas de que a decretação de perda de mandato eletivo de parlamentar que se distancie das hipóteses regradadas pelo texto constitucional implicaria grave violação ao princípio da soberania popular e, ainda, um sério agravo ao consagrado mecanismo de freios e contrapesos que prevê a convivência independente, porém harmônica, entre os Poderes do Estado (BRASIL, 2012).

Durante os debates, o ministro Gilmar Mendes apontou, entre outros aspectos, uma incongruência que poderia ocorrer no momento em que um congressista, preso em regime fechado, mantivesse o mandato parlamentar (BRASIL, 2012). O ministro Ricardo Lewandowski contrargumentou, afirmando que não se estava a dizer que o STF não tem poder de determinar a prisão, mas sim que a Corte não tem o poder de cassar o mandato, decisão que cabe ao Congresso Nacional. Asseverou também que o STF é supremo dentro do Poder Judiciário, mas não está acima dos outros Poderes, expondo a certeza de que a Câmara dos Deputados saberia avaliar a gravidade do caso concreto.

O ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2012), então, mencionou outra suposta incongruência: o caso de um parlamentar, que, respondendo por improbidade administrativa, viesse a ser condenado e a perder

os direitos políticos, segundo a fórmula do § 3º. Todavia, constatando-se um crime contra a Administração Pública, eivado de atos de improbidade administrativa, o mandato é preservado. Em relação a isso, o revisor respondeu que os ministros são guardiões da Constituição, e não censores do legislador Constituinte; ademais, a diplomação e a posse constituem ato jurídico perfeito e só podem ser desconstituídos por procedimento próprio – uma exceção prevista pelo Constituinte. O texto constitucional, assim, não comportaria interpretação diversa.

O ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2012) acompanhou o voto do relator, cabendo destacar a análise realizada por ele sobre o que desejava o Constituinte ao prever o disposto no art. 55, § 2º. O ministro discorreu sobre a história da transposição do inciso VI (perda de mandato por condenação criminal) do § 3º (declaração da Mesa da Casa Legislativa) para o § 2º (decisão deliberativa da Casa Legislativa). Essa hipótese foi colocada pelo Constituinte Antero de Barros que, em defesa da modificação proposta, lembrava que algumas condutas, mesmo sendo objeto de condenação criminal, não impediriam – moral ou politicamente – o exercício do mandato, como a condenação de um parlamentar por acidente de trânsito (BRASIL, 2012).

O ministro Gilmar Mendes argumentou que a intenção do legislador foi proteger o cargo eletivo das situações em que o crime não atenta contra a ética ou a moralidade desejável num mandatário, como os crimes culposos. Desse modo, apontou que o legislador teve esse entendimento ao prever as hipóteses do inciso I do art. 92 do CP¹⁵ (incluídas pela Lei

nº 9.268, de 1996 (BRASIL, 1996)), visto que harmoniza os preceitos constitucionais e disciplina em quais casos há a violação da moralidade pública a ensejar a perda automática do mandato eletivo (BRASIL, 2012).

Por sua vez, o ministro Luiz Fux também acompanhou o entendimento apresentado pelo relator, ao argumentar que a sustação do andamento da ação penal, prevista no art. 53, § 3º, da CRFB, já visa a conceder ao Parlamento um eficaz instrumento para evitar que congressistas sejam alvo de perseguições políticas pelo aparato judiciário (BRASIL 2012). Se o Legislativo não decidiu pela sustação no tempo previsto, ficaria claro que atestou a lisura do julgamento a que foi submetido o parlamentar, não havendo qualquer justificativa para que venha a obstar o cumprimento da sentença condenatória eventualmente emanada pelo Judiciário (BRASIL, 2012). Por outro lado, se o crime ocorresse antes da diplomação, não haveria oportunidade para a sustação do andamento da ação penal, e, apenas assim, teria lugar a incidência do art. 55, inciso VI, § 2º, da CRFB, que submete ao crivo do Legislativo a perda do mandato do parlamentar condenado.

A ministra Rosa Weber (BRASIL, 2012) acompanhou o voto do revisor. Cabe destacar a sua abordagem inicial, que cita a suposta crise de representatividade que hoje enfrenta o Poder Legislativo. Em face dela, não seria difícil ficar tentado a uma interpretação do texto constitucional que subtraísse daquele Poder suas responsabilidades políticas e constitucionais. Contudo, para a ministra, são esses momentos de crises políticas, atingindo a confiança nas instituições e manifestando as imperfeições do modelo democrático, que re-

¹⁵“Art. 92. São também efeitos da condenação: [...] I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: [...] a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes pratica-

dos com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos” (BRASIL, 1940).

presentam verdadeiro teste para aferir a profundidade da crença na democracia representativa e até que ponto se pode intervir na democracia sem lhe retirar a essência.

Diante disso, a ministra procedeu a uma breve análise histórica do instituto das imunidades parlamentares, concluindo que elas vivem um eterno dilema. Se, de um lado, representam elemento preponderante para a independência do Poder Legislativo, fortalecendo a democracia e garantindo o livre desempenho da atividade parlamentar, de outro, funcionam como fonte de privilégios ou escudos de parlamentares envolvidos em delitos de toda ordem, ainda que existam tentativas de barrar isso, como a EC 35/2001 (BRASIL, 2001).

Nessa linha, o cometimento de atos que levariam à condenação criminal de um representante do povo pode, de fato, ser entendido como quebra da relação de confiança, pressuposto do mandato parlamentar. Como este tem, em seu âmago, uma relação de natureza política – a própria relação de representação –, cabe indagar quem é o sujeito constitucional competente para dispor do mandato, revogando-o, uma vez regularmente constituído. O juiz competente para julgar sobre o exercício do poder político, do poder de representação, em uma democracia, é o povo soberano, que o faz diretamente, no caso das democracias cujas constituições preveem o instituto do *recall*, ou por meio de representantes, no caso brasileiro, pela hipótese prevista no art. 55, § 2º, da CRFB (BRASIL, 2012).

Afirma-se isso com o intuito de frisar que a CRFB deve ser interpretada como unidade textual, em um sistema completo, cujo sentido jurídico e coerência são encontrados nela mesma, não se devendo extrair da legislação infraconstitucional o sentido da norma constitucional. Nesse sentido, a ministra discordou da leitura dos preceitos da CRFB que os reduzia, hierarquicamente, a artigos do CP, pois é o CP que deve ter sua exegese submetida à CRFB (BRASIL, 2012).

Igualmente, o voto asseverava que devia ser afastada qualquer perquirição acerca da suposta intenção “autêntica” do Constituinte ao aprovar o texto do art. 55, inciso VI e § 2º da CRFB, na medida em que tudo que se apresenta à cognoscibilidade do intérprete é o texto que foi aprovado pelo legislador da norma jurídica (BRASIL, 2012).

Se a CRFB veda a cassação de direitos políticos e, ao mesmo tempo, prevê procedimento específico para a cassação de mandato parlamentar, era forçosa a conclusão da ministra de que o mandato não se confunde com o direito político que o fundamenta. A CRFB diferencia, desse modo, os direitos políticos do cidadão – eleger e ser eleito, objeto do art. 15 – das prerrogativas do membro do Poder Legislativo pertinentes ao exercício do mandato por ele titularizado, sobre as quais incide o

art. 55. Vê-se que o exercício do mandato, compreendido como situação jurídica, não se confunde com o exercício de um direito político individual (BRASIL, 2012).

Para a ministra Weber (BRASIL, 2012), o mandato não é um direito subjetivo do representante, e sim de uma situação jurídica por ele ostentada em decorrência da manifestação concomitante, no processo eleitoral, do seu direito político subjetivo de concorrer e do direito político dos eleitores de nele votar – estes sim, atingidos pela eficácia plena do art. 15, III, da CRFB. Por isso, a ministra afirmou que, na qualidade de sujeito constitucional soberano, o povo confere legitimidade ao mandato daquele que o representa. Negar a plena eficácia do art. 55, § 2º, da CRFB implicaria a anulação, pelo Poder Judiciário, dos votos recebidos pelo mandatário que posteriormente veio a ser condenado, ausente para tanto expressa previsão na legislação regente do processo eleitoral.

O ministro Marco Aurélio acompanhou o relator (BRASIL, 2012), assim como o fez o ministro Celso de Mello, que desempatou a votação. O decano apoiou-se no voto de Mendes ao indicar a utilização do art. 92 do CP para os fins e efeitos a que se refere o § 2º do art. 55 da CRFB.

3.2. A Ação Penal nº 565/RO

Na Ação Penal nº 565 (BRASIL, 2014), de Rondônia, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, o então senador Ivo Cassol foi condenado,¹⁶ em agosto de 2013, pelo crime de fraude a licitações, que ocorreram à época que ele fora prefeito da cidade de Rolim de Moura (RO)¹⁷. Quanto à perda de seu mandato parlamentar, em decorrência da então condenação, a Corte firmou novo entendimento, contrário ao da Ação Penal nº 470/MG (BRASIL, 2012), determinando a aplicação do § 2º do art. 55 da CRFB e remeteu ao Senado a decisão sobre a perda do mandato após a condenação criminal transitada em julgado do senador. A favor desse entendimento (BRASIL, 2014), votaram os ministros Cármen Lúcia, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Teori Zavascki e Ricardo Lewandowski. Os votos vencidos foram prolatados pelos ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Joaquim Barbosa.¹⁸

A relatora da Ação Penal (BRASIL, 2014), a ministra Cármen Lúcia, ao trazer ao julgamento essa controvérsia, transcreveu a mesma ma-

¹⁶Foram condenados também os réus Salomão da Silveira e Erodi Matt, respectivamente presidente e vice-presidente da comissão municipal de licitações, à época dos fatos.

¹⁷Tendo em vista que o réu Ivo Narciso Cassol exercia, à época do julgamento, o cargo de senador, o Tribunal teve que deliberar sobre a situação de seu mandato eletivo.

¹⁸O Ministro Luís Fux não participou do julgamento por estar impedido no processo.

nifestação que exarou no julgamento da Ação Penal nº 470 de Minas Gerais (BRASIL, 2012), mantendo o entendimento pela aplicação do disposto no art. 55, § 2º, da CRFB.

A relatora (BRASIL, 2014) afirmou que a questão central a ser discutida era a necessidade de interpretar e aplicar a Constituição no que se refere ao art. 15, III, em sintonia com o princípio da separação dos Poderes, para evitar a aparente antinomia que poderia resultar. Assim, o STF cumpriria de forma plena a sua jurisdição ao dizer o direito a ser aplicado no caso para os fins de condenação, com o propósito de de efetuar depois o encaminhamento à Casa legislativa a fim de que se cumprisse o disposto no art. 55, § 2º, visto que esse Poder deve cumprir com a sua responsabilidade. Nesse sentido, é a Casa parlamentar que se apresenta como órgão competente para declarar a perda do mandato, já que titular da competência para decidir acerca das prerrogativas parlamentares.

Ressaltou que, apesar de compreender o receio apresentado pelo ministro Joaquim Barbosa, relator da Ação Penal nº 470/MG (BRASIL, 2012), de que poderia ocorrer incongruência grave se alguém fosse condenado à pena de prisão e continuasse exercendo mandato parlamentar, a ministra apontou que há de se esperar responsabilidade do Poder Legislativo, tendo em vista que o ato de jurisdição, responsabilidade do Judiciário, está sendo cumprido. Assim, a ministra votou pelo envio dessa conclusão à Casa do Congresso para que ela cumprisse sua responsabilidade e tomasse a providência devida.

Quanto ao voto exarado pelo ministro Teori Zavascki, importa destacar que a sua manifestação quanto a essa questão foi a primeira proferida por ele após ser nomeado ministro.¹⁹ Seu voto na Ação Penal nº 565 (BRASIL, 2014) teve fundamental importância, pois, ao lado do voto do ministro Luís Roberto Barroso, tornou majoritário o entendimento da aplicação direta do art. 55, § 2º, consolidando a mudança do entendimento do Tribunal acerca da interpretação da aparente antinomia.

Para o ministro Teori Zavascki (BRASIL, 2014), a suspensão de direitos políticos, decorrente de condenação criminal transitada em julgado, não geraria, necessariamente, a perda do cargo público. Afirmou que, para a admissão de um cargo público, o requisito dos direitos políticos é condição legal de elegibilidade, mas não o é para a manutenção de um cargo, especialmente de cargos públicos estáveis, como ocorre no caso de um juiz que tem suspenso seus direitos políticos, mas não perde seu cargo. Desse modo, no caso dos parlamentares, a CRFB prevê

¹⁹ Teori Zavascki foi nomeado ministro do STF em novembro de 2012; por isso, não participou da composição do colegiado que decidiu a Ação Penal nº 470/MG.

claramente o rito a seguir, devendo ser aplicado o art. 55, § 2º como resolução da controvérsia.

Depois do voto do ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2014), iniciou-se um debate entre os julgadores acerca da questão. Afirmou Barroso que seu desejo era que a solução natural do caso fosse que a perda de mandato decorresse logicamente do sistema de condenação criminal. Todavia, a literalidade do art. 55, inciso VI, § 2º, torna-se obstáculo intransponível para tal solução. O ministro aduziu que, embora achasse incongruente essa literalidade, e não a desejasse, ela foi cometida pelo Constituinte, não podendo o ministro emendar a Constituição, mas apenas interpretá-la.²⁰

Na sequência do voto, o Barroso (BRASIL, 2014) frisou ser cabível ao ministro interpretar a Constituição e produzir o melhor resultado possível e o moralmente desejável, mas não é possível vulnerar o texto. Asseverou que se deve fazer da Constituição o melhor que seja possível, mas nos limites do seu próprio texto, sob pena de os ministros se tornarem usurpadores de Poder Constituinte – o que geraria uma mutação inconstitucional. Concluiu que a Constituição não possibilita a produção

²⁰ É oportuno transcrever trechos do debate ocorrido durante o julgamento. Nesse momento, o Min. Joaquim Barbosa intervém no voto do colega, a fim de demonstrar sua preocupação com a controvérsia. Colaciona-se a discussão desencadeada: Ministro Joaquim Barbosa: “Nós temos de ter muito claras, Ministro Barroso, as consequências das nossas decisões, porque condenar um parlamentar a cinco anos ou quatro anos e meio – cinco anos e meio, quatro anos e meio – e deixar, à discricionariedade do Congresso, a perda ou não do mandato, Vossa Excelência sabe no que resultará”. Ministro Luís Roberto Barroso: “Não acho isso bom, porém está na Constituição”. Ministro Joaquim Barbosa: “Mas Vossa Excelência estará aqui para presenciar a consequência disso”. Ministro Luís Roberto Barroso: “É porque está na Constituição, e eu infelizmente não sou constituinte, não tive nenhum votinho sequer, de modo que eu lamento que tenha essa disposição. Mas ela está aqui”. Ministro Joaquim Barbosa: “A Constituição diz que a perda dos direitos políticos é decorrente da sentença criminal transitada em julgado. Estamos aqui profereindo uma sentença criminal. No momento em que essa sentença transitar em julgado, é dever desta Corte decretar a perda. Ela não pode abrir mão, abdicar desse seu dever”. Ministro Luís Roberto Barroso: “Eu comungo da perplexidade de Vossa Excelência, mas a Constituição é clara”. Ministro Joaquim Barbosa: “Sob pena de, até mesmo, o cumprimento da nossa decisão, daqui a pouco, ser colocada em xeque. E é a isso que nós conduziremos”. Ministro Luís Roberto Barroso: “A Constituição não é o que eu quero. A Constituição é o que eu posso fazer dela”. [O debate continua:] Ministro Joaquim Barbosa: “O Supremo Tribunal Federal é o guarda da Constituição. Cabe a ele impedir que incongruências como essas ocorram cotidianamente. Nós temos a situação de um parlamentar que foi preso no exercício do mandato. Foi preso por quê? Foi condenado a mais de oito anos, ou seja, a regime fechado. Aqui, nós temos um condenado a regime semiaberto. Vejam que incongruência”. Ministro Celso De Mello: “Absolutamente incompatível o exercício do mandato parlamentar com o cumprimento da pena em regime semiaberto”. Ministro Joaquim Barbosa: “Pois é. É absolutamente incompatível”. Ministro Teori Zavascki: “Isso não é um problema nosso”. Ministro Joaquim Barbosa: “É um problema nosso, sim. Aí é que está. Nós temos que dar soluções claras”. Ministro Teori Zavascki: “O problema nosso é executar a pena, é executar as nossas decisões”. Ministro Joaquim Barbosa: “Mas nós não podemos criar fatores de inexistência das nossas decisões, Ministro”. Ministro Teori Zavascki: “Agora, cumpre ao Congresso exercer o seu dever de fazer a votação, que é em caráter secreto, diz a Constituição, com amplo direito de defesa sobre a perda do cargo. Tratar-se-á não apenas de um parlamentar condenado, mas de um parlamentar com direitos políticos suspensos” (BRASIL, 2014).

da solução por ele desejada, acompanhando o voto da relatora.

Em seguida, a ministra Rosa Weber (BRASIL, 2014) e o ministro Gilmar Mendes expuseram seus votos. Ambos reiteraram o critério de resolução da aparente antinomia que apresentaram em seus votos sobre a questão na Ação Penal nº 470/MG. A ministra acompanhou a relatora, votando pela utilização do disposto no art. 55, § 2º.

O ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2014), por sua vez, acompanhou a divergência, mas reiterou que se deve analisar a gravidade do crime em cada caso específico. Quanto à declaração da suspensão dos direitos políticos do parlamentar, Mendes argumentou que, nos casos em que à Casa Legislativa incumbir a decisão sobre a perda de mandato, a suspensão dos direitos políticos resulta de um ato complexo, dependente da reunião das vontades do Poder Judiciário, sentença criminal transitada em julgado, com a da Casa Legislativa respectiva nos termos do art. 55, IV, § 2, o que não ensejaria a investitura de nenhuma função constituinte, mas levaria à preservação da unidade e da lógica do sistema, bem como da força normativa dos dispositivos constitucionais em questão (BRASIL, 2014). Os casos em que a perda do mandato se daria automaticamente após a condenação criminal seriam aqueles em virtude do desvalor atribuído à conduta pelo ordenamento jurídico brasileiro e de sua incompatibilidade com o exercício do mandato, tais como aqueles em que a fundamentação da decisão deixa expresso que a improbidade administrativa está contida no crime e as hipóteses em que a pena privativa de liberdade é superior a quatro anos. Para esses casos, o Judiciário deve seguir o disposto no artigo 92 do CP (BRASIL, 1940), o que não esvaziaria o conteúdo normativo do art. 55, VI, § 2º, uma

vez que, nas demais hipóteses de condenação criminal, a Casa legislativa decide sobre a perda do mandato. Segundo Mendes, é uma missão institucional do STF buscar a compatibilização dentro da aparente incongruência normativa. Como o texto constitucional seria vazado, aberto, o melhor seria seguir o entendimento de Konrad Hesse: o de que o caminho da interpretação é a concordância prática. O ministro (BRASIL, 2014) ressaltou ainda que lhe parecia incongruente que condenações por improbidade administrativa decididas por outras Cortes, além das condenações da Justiça Eleitoral, levassem à perda do mandato, mas que as condenações criminais transitadas em julgado pelo STF não desencadeassem a mesma consequência. Nessa linha, julgou não tomar a posição de Constituinte, mas estar apenas a realizar uma compatibilização da norma com o tema posto, com critérios de concordância prática, expondo voto divergente do da relatora.

O ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2014) acompanhou a divergência exposta pelo ministro Gilmar Mendes. E destacou que a decisão do Supremo não deve ficar submetida à condição resolutive, ou seja, a uma deliberação contrária de outro Poder, devendo o senador do caso em julgamento perder o mandato automaticamente.

Por sua vez, o ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2014) acompanhou o voto da relatora e do revisor, apontando, brevemente, a mesma preocupação que a apresentada pela Ministra Cármen Lúcia. O ministro ressaltou que o art. 55, VI, § 2º, da CRFB é da mais alta importância, visto que está intimamente conectado à cláusula pétrea relativa à separação dos Poderes. Portanto, deveria o Senado Federal, nesse caso, deliberar como entendesse melhor com relação à perda do mandato.

Ao final, o ministro Celso de Mello (BRASIL, 2014) pediu licença para reiterar os fundamentos que deram suporte ao seu voto no julgamento plenário dessa específica questão no contexto da Ação Penal nº 470/MG (BRASIL, 2012). Assim, acompanhou os votos dos ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, de modo que o entendimento majoritário do Pleno do STF era o de que cabe à Casa Legislativa respectiva decidir sobre a perda do mandato parlamentar após o trânsito em julgado da condenação criminal.²¹

Considerações finais

A perda do mandato parlamentar é tema caríssimo ao regime democrático. Em causa está a representação democrática, a separação dos Poderes, bem como o sistema de freios e contrapesos. Em tempos de crise política, em que a confiança nas instituições se apresenta fragilizada, a estabilidade das decisões impõe-se como meio de refrear julgamentos de ocasião e de interesse.

A CRFB normatiza a perda do mandato parlamentar. Contudo, essa normatização apresenta de modo aparente uma contradição, pois, num dispositivo, fixa que a condenação criminal acarreta a suspensão dos direitos políticos e, por consequência, a perda do mandato; contudo, em outro dispositivo, diz o texto constitucional que, diante de condenação criminal, a perda do mandato resultaria de uma decisão da Casa parlamentar à qual se encontra vinculado o deputado federal ou o senador. Assim, a condenação criminal de um parlamentar tem como efeito

²¹ Saliente-se que a 1ª Turma do STF, em junho de 2017, adotou um terceiro e inovador entendimento a respeito da perda do mandato do parlamentar condenado criminalmente. No julgamento da Ação Penal nº 694 (BRASIL, 2017), de relatoria da ministra Rosa Weber, o Colegiado condenou, por maioria de votos, o então deputado federal Paulo Feijó à pena de 12 anos, 6 meses e 6 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. O Colegiado, nos termos do voto do ministro Roberto Barroso e por decisão majoritária, decidiu pela perda do mandato com base no inciso III do art. 55 da CRFB. Essa previsão de extinção, e não de cassação, prevê que, se o parlamentar, em cada sessão legislativa, faltar a 1/3 das sessões ordinárias, terá a perda do seu mandato. Nesse caso, não há necessidade de deliberação do Plenário e a perda deve ser automaticamente declarada pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. O voto dispôs que, como regra geral, quando a condenação ultrapassa 120 dias em regime fechado, a perda do mandato é consequência lógica. Como o deputado Paulo Feijó foi condenado à prisão em regime fechado, no qual deveria permanecer por mais de 120 dias, a perda de seu mandato se configuraria automaticamente, devendo a Mesa da Câmara apenas declará-la nos termos do § 3º do art. 55 da CRFB. Nos casos de condenação em regime inicial aberto ou semiaberto, há a possibilidade de autorização de trabalho externo, como ocorreu com o deputado federal Celso Jacob (PMDB-RJ), preso após ser condenado definitivamente pelo STF a 7 anos e 2 meses em regime semiaberto pelos crimes de falsificação de documento público e dispensa de licitação. A Justiça do Distrito Federal, responsável pelo cumprimento da pena, autorizou o exercício do mandato na Câmara dos Deputados durante o dia. À noite, o parlamentar deve retornar ao presídio para o devido cumprimento da pena.

imediatamente a perda de seu mandato? O entendimento do STF, conforme analisado, ainda não está pacificado: ora decide que diante da condenação criminal a perda do mandato é automática, ora julga que a perda do mandato depende de uma decisão do Parlamento.

A correta interpretação da CRFB leva a crer que, diante de uma condenação criminal transitada em julgado, a decisão sobre a perda do mandato deve ser da Casa legislativa à qual pertence o parlamentar. Ou seja: o juízo sobre a perda do mandato, não obstante a condenação, deve ser feito pelos parlamentares, que, com devida sensibilidade e prudência, decidirão se o crime cometido é incompatível com a representação popular. Desse modo, se os parlamentares não souberem – ou não tiverem a decência exigida pelo caso –, é uma questão a ser decidida pela esfera política, e não imposta pelos Tribunais por meio de uma manipulação interpretativa da normatividade consuetudinária. Entender que a condenação criminal de um deputado federal ou um senador gera a imediata perda do mandato é desvirtuar o sentido da Constituição, indicando uma usurpação de competência pelo Poder Judiciário, já que a decisão deve ser tomada pelo Legislativo.

Considerando o alto número de deputados e senadores que já tiveram inquérito policial contra si autorizado pelo STF, é fácil aferir a probabilidade de sua condenação por essa Corte, com a consequente necessidade de decisão acerca da perda automática, ou não, de seus mandatos. Para que não ocorram decisões opostas em casos semelhantes, o que violaria o princípio da isonomia e da segurança jurídica, é necessária a pacificação desse entendimento pelo STF.

Sobre os autores

Daniela Böck Bandeira é graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), Porto Alegre, RS, Brasil; com mobilidade acadêmica na Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; especializanda em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul (ESMAFE-RS), Porto Alegre, RS, Brasil; advogada.
E-mail: danielabbandeira@hotmail.com

Plínio Melgaré é mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; coordenador do Núcleo de Direito Privado da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), Porto Alegre, RS, Brasil; professor da Graduação e da Pós-Graduação da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), Porto Alegre, RS, Brasil; professor da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS), Porto Alegre, RS, Brasil; palestrante da Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul (ESMAFE-RS), Porto Alegre, RS, Brasil.
E-mail: plinio.melgare@puccrs.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês²²

PARLIAMENTARIANS' IMMUNITIES AND GUARANTEES: THE LOST OF THE PARLIAMENTARY TERM AS A RESULT OF A CRIMINAL CONVICTION.

ABSTRACT: The issue presented in this article is the loss of the parliamentary term as a result of a criminal conviction. It analyzes an apparent contradiction in the constitution and the proper solution for it.

KEYWORDS: LOST OF POLITICAL'S RIGHTS. PARLIAMENTARIANS' IMMUNITIES. STATUTE OF THE CONGRESSMEN. LOST OF PARLIAMENTARY TERM.

Como citar este artigo

(ABNT)

BANDEIRA, Daniela Böck; MELGARÉ, Plínio. Imunidade e garantias parlamentares: perda do mandato parlamentar diante da condenação criminal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 216, p. 67-85, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p67>.

(APA)

Bandeira, D. B., & Melgaré, P. (2017). Imunidade e garantias parlamentares: perda do mandato parlamentar diante da condenação criminal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(216), 67-85. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p67

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

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

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

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 21.360-4/DF. Impetrante: Antonio Nobel Aires Moura. Impetrado: Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Néri da Silveira. *Diário da Justiça*, 23 abr. 1993a. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14709293/mandado-de-seguranca-ms-21360-df/inteiro-teor-103101490>>. Acesso em: 7 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 20.992-5/DF. Impetrante: Felip Cheidde. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator para o acórdão:

²² Sem revisão do editor.

Min. Carlos Velloso. *Diário da Justiça*, 23 abr. 1993b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85393>>. Acesso em: 7 nov. 2017.

_____. Decreto Legislativo nº 16, de 24 de março de 1994. *Diário Oficial da União*, 25 mar. 1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 179.502-6/SP. Recorrente: Pedro Martinez de Souza. Recorrido: Genilson Senche. Relator: Min. Moreira Alves. *Diário da Justiça*, 8 set. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=224548>>. Acesso em: 7 nov. 2017.

_____. Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996. *Diário Oficial da União*, 2 abr. 1996.

_____. Emenda constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001. *Diário Oficial da União*, 21 dez. 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso extraordinário n. 382.344-2/SP. Agravante: Hanna Gharib. Agravado: Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Min. Cezar Peluso. *Diário da Justiça*, 4 ago. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=23078>>. Acesso em: 7 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação penal n. 470/MG. Autor: Ministério Público Federal. Réu: José Dirceu de Oliveira e Silva et al. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Revisor: Min. Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, 24 abr. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2017.

_____. Emenda constitucional nº 76, de 28 de novembro de 2013. *Diário Oficial da União*, 29 nov. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação penal n. 565/RO. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Ivo Narciso Cassol et al. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Revisor: Min. Dias Toffoli. *Diário da Justiça Eletrônico*, 23 maio 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5931475>>. Acesso em: 7 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação penal n. 694/MT. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Paulo Fernando Feijó Torres. Relatora: Min. Rosa Weber. Revisor: Min. Roberto Barroso. *Diário da Justiça Eletrônico*, 31 ago. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501194>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

Financiamento eleitoral por pessoas jurídicas

A influência do poder econômico sobre a democracia

ANDRÉ GUILHERME LEMOS JORGE

MICHEL BERTONI SOARES

Resumo: O presente artigo aborda as doações de pessoas jurídicas em campanhas eleitorais com base na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.650/DF, por meio da qual foram declarados inconstitucionais os dispositivos da Lei dos Partidos Políticos e da Lei das Eleições, que permitiam aos partidos e candidatos arrecadar recursos provenientes de empresas. Assim, são analisados: os principais argumentos contidos nos votos proferidos no sentido da tese vencedora; as possíveis disfunções decorrentes da decisão, como o potencial aumento da desigualdade entre os candidatos, o acirramento da crise de representatividade vivida no Brasil e o eventual estímulo às doações não declaradas, ou seja, ao “caixa dois”; e, ainda, as distinções entre uso e abuso do poder econômico. Ao final, são apresentadas sugestões na tentativa de contribuir para o debate acerca da melhoria do financiamento eleitoral no País.

Palavras-chave: Financiamento eleitoral. Doações de empresas. Poder econômico. Uso e abuso.

Introdução

Na obra *Economia e Sociedade*, publicada em 1922, Weber (2012, p. 190) chamou a atenção para a ausência de transparência no financiamento dos partidos políticos, destacando a necessidade de que as finanças das agremiações fossem mais bem investigadas.

Posteriormente, Duverger (1980, p. 399) observou a importância da atuação dos entes partidários no custeio das atividades de campanha de

Recebido em 11/9/17

Aprovado em 8/11/17

seus candidatos e ressaltou, ainda na década de 50, a preocupação de alguns países com o estabelecimento de restrições ao financiamento eleitoral, para impedir que o poder econômico gerasse desigualdades nos pleitos.

O autor francês, todavia, considerava que o desenvolvimento dos partidos populares retirava a importância dessas restrições, na medida em que eles conseguiriam obter grandes somas financeiras oriundas das contribuições de seus simpatizantes para fazer frente aos partidos conservadores (DUVERGER, 1980, p. 399).

Esse não é, contudo, o cenário atual. O tema do financiamento político-partidário-eleitoral passou a ser debatido em todo o mundo ocidental, gerando uma série de inquietações, justamente em virtude da possível influência do poder econômico na expressão da vontade popular por meio das eleições.

Um dos principais aspectos da discussão é como evitar que o financiamento eleitoral possa macular os resultados das eleições, impedindo a extração da vontade dos cidadãos com a necessária assepsia, enfatizada por Caggiano (2002, p. 89).

É inegável que a democracia tenha um custo (SANTANO, 2016, p. 37). No caso brasileiro, os partidos políticos, responsáveis por filtrar as opiniões e anseios dos grupos sociais,¹ necessitam de recursos tanto para manter suas atividades ordinárias, desvinculadas dos pleitos eleitorais – tais como divulgar suas plataformas e obter novos filiados –, quanto para participar

das eleições. E os candidatos também precisam de recursos para suas campanhas.

O fato é que o desenvolvimento das modernas técnicas de *marketing* político e a massiva utilização dos meios de comunicação (o que inclui as propagandas de rádio e televisão e o emprego da internet) têm aumentado significativamente os custos das campanhas eleitorais (CAGGIANO, 2002, p. 91; ZOVATTO, 2005, p. 312), redundando, obviamente, na necessidade de se buscarem inúmeros financiadores. Essa situação não passa despercebida nos debates e repercute na busca de novas soluções legislativas.²

Conquanto o tema ocupe sempre as discussões a respeito das minirreformas eleitorais produzidas no Brasil desde a redemocratização, fomentaram ainda mais o debate as inúmeras suspeitas de cooptação de candidatos e partidos políticos, por meio de financiamento eleitoral decorrente de “caixa dois”, proveniente de grandes empresas.

Na esteira desses acontecimentos e de uma propalada crise de representatividade e institucional, na qual a política tem sido cada vez mais judicializada, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a ADI 4.650/DF (BRASIL, 2016) proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e declarou inconstitucionais as doações realizadas por pessoas jurídicas a partidos políticos e a candidatos.

Nesse cenário, pretende-se analisar a decisão proferida pelo STF no sentido de escl-

¹Nesse ponto, há críticas a respeito de eventuais déficits de representatividade e a consequente produção do “candidatismo”, consistente na produção de candidaturas desvirtuadas dos ideais partidários, com o emprego das legendas exclusivamente para o cumprimento do requisito de elegibilidade previsto no art. 14, § 3º, inciso V, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB, 1988), conforme destacado por Tomelin (2015, p. 175-178).

²Inúmeras alterações legislativas foram produzidas no Brasil nos últimos quinze anos, sob o argumento da necessidade de se reduzirem os custos das eleições, conforme se observa nas minirreformas eleitorais produzidas a partir de 2003. Todavia, isso não impediu o aumento vertiginoso dos gastos. Basta dizer que as arrecadações declaradas e atualizadas das eleições de 2002 foram de cerca de R\$ 793.000.000,00 e as das eleições de 2014 atingiram R\$ 4.815.705.789,00, de acordo com dados compilados pela OSC Transparência Brasil, disponíveis no site: <www.asclaras.org.br>. Acesso em: 20 abr. 2017.

recer se realmente o texto constitucional veda o financiamento de partidos e candidatos por pessoas jurídicas.

1. Principais fundamentos da decisão proferida pelo STF na ADI 4.650/DF

No caso da ADI 4.650/DF, os principais fundamentos para a declaração de inconstitucionalidade das doações por pessoas jurídicas a candidatos e partidos políticos pelo STF foram de duas ordens: as considerações atreladas à possível captura do poder político pelas grandes empresas e as relativas à eventual proibição de financiamento eleitoral por pessoas jurídicas, supostamente decorrente do fato de que elas não votam e não podem ser votadas, o que as impediria de participar do processo democrático.

No voto do relator, ministro Luiz Fux,³ constou em síntese que:

a) apesar dos avanços verificados no período democrático pós-1988, o País vive uma crise de representatividade, na qual há um distanciamento entre cidadãos e políticos, contribuindo para a existência de um ceticismo dos primeiros com relação à classe política;

b) o financiamento eleitoral deve ser submetido a reforma política, de modo a possibilitar a redução dos elevados e crescentes custos decorrentes da realização das eleições no País;

c) a CRFB não traz um regramento específico e exaustivo sobre o funcionamento das

campanhas eleitorais; todavia, isso não confere um cheque em branco ao legislador infraconstitucional para que disponha sobre a matéria, devendo respeitar os princípios republicanos, e democráticos da isonomia;

d) o financiamento eleitoral por pessoas jurídicas esbarra no princípio democrático, pois a participação na vida política inclui o direito de votar, de ser votado e de influir na vida política, hipóteses que, na visão do relator, são inerentes às pessoas físicas;

e) a doação por pessoas jurídicas encarece as eleições e desequilibra o certame, diante da possibilidade de empresas maiores despendem mais recursos financeiros;

f) nas eleições presidenciais de 2010, pessoas jurídicas doaram a mais de um candidato à Presidência da República, de modo que as doações não podem ser vistas como corolário da liberdade de expressão, visto que esta seria, na esfera eleitoral, uma manifestação unívoca no sentido de que a escolha de uma ideologia, em tese, excluiria as demais.

Também votaram pela inconstitucionalidade de doações oriundas de pessoas jurídicas os ministros Joaquim Barbosa, Dias Toffoli, Luís Roberto Barroso,⁴ Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Cármen Lúcia.

³Recentemente, o ministro relator da ADI 4.650/DF afirmou em entrevista que o financiamento eleitoral por pessoas jurídicas “poderia ser repensado”, desde que atrelado à ideologia das empresas. Asseverou ainda que a Corte reconheceu a inconstitucionalidade da medida porque as empresas doavam para inúmeros candidatos e partidos e depois exigiam contrapartidas. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/e-possivel-repensar-forma-de-financiamento-diz-fux-sobre-doacoes-para-campanhas-eleitorais.ghtml>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

⁴O ministro Luís Roberto Barroso ressaltou que não entende inconstitucional toda e qualquer participação de pessoas jurídicas no financiamento eleitoral. Para ele, a inconstitucionalidade decorre da conjunção entre o financiamento eleitoral por empresas e a adoção do sistema proporcional com lista aberta, que, segundo ele, geraria efeitos nefastos sobre a democracia e a representatividade popular. Por isso, asseverou que o financiamento eleitoral por pessoas jurídicas poderia ser admitido no futuro, desde que modificado no texto constitucional o sistema de representação proporcional. Isso e a recente entrevista concedida pelo ministro Luiz Fux referida na nota anterior confirmam a afirmação de Teori Zavascki no sentido de que os ministros do STF não estariam totalmente convencidos da proibição do financiamento político-partidário-eleitoral por pessoas jurídicas, mas votaram em vista de questões conjunturais (ZAVASCKI, 2016, p. 737), de modo que é provável que o tema volte à discussão no STF.

Por outro lado, votaram a favor da constitucionalidade do financiamento eleitoral por empresas os ministros Teori Zavascki, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

2. Possíveis disfunções decorrentes da proibição de doações eleitorais por pessoas jurídicas

Os partidos políticos ganharam força e estabeleceram-se após a Segunda Guerra Mundial como os grandes intermediários entre a população e o Estado (RUBIO, 2005, p. 8), tornando-se indispensáveis à democracia representativa e responsáveis por modificar fortemente a estrutura dos regimes políticos, como demonstrado pela adoção do sistema proporcional na França em 1945. Nesse contexto, passou a existir a figura de um terceiro (o partido), situado entre eleitor e eleito (DUVERGER, 1980, p. 386).

A partir de então, inúmeras Constituições promulgadas após a Segunda Guerra Mundial reconheceram a importância das agremiações para o desenvolvimento da democracia e, conseqüentemente, a necessidade de que o Estado auxiliasse o financiamento partidário (RUBIO, 2005, p. 8).

Seguindo essa orientação, a CRFB “regulamentou os partidos políticos, como instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito” (MORAES, 2017, p. 285) e reconheceu-lhes o papel de “principais operadores políticos no regime democrático” (MORAES, 2017, p. 288).

Mendes (2015, p. 756) observa que “a Constituição de 1988 atribuiu relevo ímpar à participação dos partidos políticos no processo eleitoral, estabelecendo como condição de elegibilidade a filiação partidária” e acrescenta que as agremiações “são importantes instituições na formação da vontade política”, uma vez

que realizam “uma função de mediação entre o povo e o Estado” (MENDES, 2015, p. 756). Portanto, os partidos políticos compõem o alicerce do sistema político brasileiro, como filtros entre os cidadãos e o Estado.

André Ramos Tavares analisa a importância das agremiações e destaca que é por meio dos partidos que se “assume a mais decisiva batalha entre os que se encontram em situação de fragilidade externa e a oligarquia, por uma Democracia inclusiva, por políticas sociais efetivas” (TAVARES, 2016, p. 45). Lembra, todavia, que essas instituições passam por uma crise de representatividade na atual quadra (não só no Brasil), o que atinge a própria noção de democracia (TAVARES, 2016, p. 44), abrindo espaço para instâncias não democráticas, como a captura do poder político pelo poder econômico⁵ (TAVARES, 2016, p. 48).

A esse respeito, a denominada “Operação Lava Jato” lançou luzes sobre o tema do financiamento eleitoral no Brasil, revelando que grandes grupos econômicos realizavam doações a inúmeros partidos políticos e candidatos. Os dados presentes no portal do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a respeito das eleições de 2014⁶ demonstram que as empresas investigadas realizavam vultosas contribuições e ainda pulverizavam as doações entre partidos e candidatos de ideários totalmente antagônicos.

Foram inúmeros os casos de grupos econômicos que doaram de maneira direta ou indireta, inclusive a candidatos rivais na disputa pelo cargo de presidente da República, o que contrastou com o conceito de liberdade de ex-

⁵ Expressão utilizada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em Seminário realizado em 2014: <<http://www.oecd.org/gov/ethics/financing-democracy-and-averting-policy-capture-forum-2014.htm>>. Acesso em: 5 set. 2017.

⁶ Dados disponíveis em: <<http://inter01.tse.jus.br/spceweb.consulta.receitasdespesas2014/abrirTelaReceitasCandidato.action>>. Acesso em 25 ago. 2017.

pressão para o Direito Eleitoral – o qual, como já dito, se relaciona à escolha de uma ideologia e de um candidato, com a exclusão dos demais.

Como resultado da divulgação desses fatos, a crise de representatividade aumentou no Brasil e impactou no julgamento da ADI 4.650 (BRASIL, 2016), por meio da qual o STF julgou inconstitucionais as doações eleitorais e partidárias realizadas por pessoas jurídicas. Os votos proferidos nesse julgamento foram permeados por argumentos de cunho metajurídico, destacando que o Poder Judiciário deveria responder à crise política instaurada no País.

Todavia, ressalte-se que o tema do financiamento eleitoral é complexo (SANSEVERINO, 2012, p. 252), pois não se esgota nas fontes de arrecadação de receitas e nos gastos de campanha, mas tem relação direta com o sistema político e a propaganda eleitoral, bem como pode impactar diretamente na igualdade das eleições, princípio fundamental em qualquer regime que se pretenda verdadeiramente democrático.

Desse modo, a simples vedação às doações por pessoas jurídicas não garante a melhoria do financiamento eleitoral no Brasil, já que, em matéria de arrecadação para campanhas eleitorais, todas as restrições devem ser acompanhadas de mecanismos eficientes de fiscalização (ZOVATTO, 2005, p. 318), sob pena de se tornarem letra morta e de favorecerem práticas ocultas, como o “caixa dois”.

Assim, restrições excessivas tendem a prejudicar a transparência, definida por Gomes (2017, p. 427) como fundamental para que os cidadãos se informem e tenham melhores condições de escolher os seus candidatos.

Além do potencial estímulo às doações ocultas, a proibição do financiamento eleitoral por pessoas jurídicas apresenta, ao menos, outras duas disfunções: no pleito de 2016 impactou diretamente no aumento da influência das doações realizadas pelos próprios candidatos em benefício de suas candidaturas; e redundou em propostas de criação do “Fundo de Financiamento da Democracia”, a fim de que recursos públicos venham a ocupar o espaço deixado pelo financiamento por empresas.

Sobre o primeiro aspecto, o autofinanciamento, deve-se salientar que a arrecadação de recursos pode tornar-se fator de desequilíbrio nas chances de candidatos e partidos nos pleitos eleitorais, afetando a igualdade de oportunidades entre eles demandada pela democracia.

Eneida Desiree Salgado refere-se ao princípio da igualdade da disputa eleitoral, aduzindo que:

A Constituição estabelece como norma estruturante do Direito Eleitoral o princípio da máxima igualdade entre os candidatos. Essa escolha reflete-se no princípio republicano e na ideia de igualdade

construída na Constituição, que impõe uma regulação das campanhas eleitorais, alcançando o controle da propaganda eleitoral, a neutralidade dos poderes públicos, a vedação ao abuso do poder econômico e a imparcialidade dos meios de comunicação (SALGADO, 2010, p. 247).

Oliveira (2013, p. 176) destaca que o princípio da igualdade de oportunidades entre os candidatos foi estudado por Sánchez Muñoz (2008), sob influência da teoria de justiça como equidade de John Rawls, o qual propõe dois princípios básicos de justiça:

(1) Cada pessoa tem direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades e de direitos básicos iguais para todos, compatíveis com um mesmo sistema para todos.

(2) As desigualdades sociais e econômicas devem preencher duas condições: em primeiro lugar, devem estar ligadas a funções e a posições abertas a todos em condições de justa (*fair*) igualdade de oportunidades; e, em segundo lugar, devem proporcionar a maior vantagem para os membros mais desfavorecidos da sociedade (RAWLS, 2000, p. 207).

Nesse passo, o STF considerou que a permissão das doações por pessoas jurídicas prejudicaria a igualdade entre os concorrentes. Todavia, a decisão tomada teve efeitos diversos dos pretendidos, pois a legislação⁷ permite que os candidatos doem valores para a própria campanha até o limite de gastos estabelecido para a respectiva candidatura.⁸

A exclusão das doações provenientes de empresas aumentou a possibilidade de que as doações de recursos dos próprios candidatos sejam um fator de desequilíbrio, visto que, se nas eleições de 2012 elas corresponderam a cerca de 16% do total arrecadado e eram a quarta maior fonte de arrecadação – atrás dos recursos de pessoas jurídicas, de pessoas físicas e dos partidos políticos⁹ –, nas eleições de 2016 perfizeram aproximadamente 32,60% e foram a segunda maior fonte de recursos, atrás apenas das doações de pessoas físicas¹⁰.

⁷ Lei nº 9.504/1997: “Art. 23 [...] § 1º – A O candidato poderá usar recursos próprios em sua campanha até o limite de gastos estabelecido nesta Lei para o cargo ao qual concorre” (BRASIL, 1997).

⁸ Nesse ponto, um dos aspectos importantes da reforma política em discussão no Congresso Nacional refere-se ao estabelecimento de novos limites para doações de recursos próprios pelos candidatos nas eleições de 2018, prevendo-se, no Relatório Parcial de Alteração nº 3, de 23 de agosto de 2017, o máximo de 7% do total do limite de gastos estabelecidos para as candidaturas aos cargos de deputado e R\$ 10.000,00 para os concorrentes aos cargos majoritários.

⁹ Cálculo efetuado de acordo com dados obtidos em: <<http://inter01.tse.jus.br/spcweb.consulta.receitasdespesas2012/abrirTelaReceitasCandidato.action>>. Acesso em: 5 set. 2017.

¹⁰ Número obtido com base nos dados disponíveis em: <<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

Para ilustrar o problema, podem ser analisadas as arrecadações dos candidatos nas eleições municipais de 2016¹¹ – primeiro pleito após a decisão proferida na ADI 4.650/DF (BRASIL, 2016) –, nas capitais dos estados de São Paulo e de Minas Gerais, que são os dois maiores colégios eleitorais do País e que por muito tempo dominaram as eleições presidenciais na época do “Café com Leite”.

Tanto em São Paulo como em Belo Horizonte houve candidaturas ao cargo do Executivo que receberam dos próprios candidatos vultosas quantias. Somando-se os valores financeiros doados como recursos próprios pelos candidatos a prefeito e a vice-prefeito em cada chapa, chega-se ao montante de R\$ 12.881.888,09. Na capital paulista, das onze candidaturas oficializadas, cinco registraram doações financeiras próprias no montante total de R\$ 4.770.170,60; em Belo Horizonte, das onze chapas, dez efetuaram doações financeiras próprias que somaram R\$ 8.111.717,49.

O sinal de alerta acende-se quando são considerados os números dos maiores doadores de recursos próprios para suas respectivas campanhas em ambas as capitais, uma vez que é possível verificar que apenas três chapas utilizaram recursos próprios em montante superior a R\$ 1.000.000,00; a soma arrecadada dessa forma por elas correspondente a R\$ 11.502.436,30, valor que atinge aproximadamente 89,3% do total arrecadado como recursos financeiros próprios por todas as 22 chapas consideradas em conjunto.

Esses dados revelam que a decisão tomada pelo STF, ao contrário do que se supunha, pode conduzir ao aumento da desigualdade entre os candidatos e partidos políticos. Por outro lado, as doações provenientes de empresas poderiam ser destinadas a qualquer candidatura, muito embora seja natural que haja diferenças de arrecadação entre os diversos partidos e candidatos num sistema de financiamento misto.

Nem mesmo o financiamento exclusivamente público, ao contrário do que argumentam seus defensores, garante por si só o equilíbrio de forças entre os candidatos e partidos políticos, uma vez que isso depende da forma como os recursos são distribuídos.

É comum que a maior parte dos recursos seja distribuída de forma proporcional à representação partidária. Nesse sentido, o artigo 41-A da Lei nº 9.096/1995 (BRASIL, 1995) prevê a destinação de 5% dos recursos do Fundo Partidário igualmente a todos os partidos que preencham os requisitos para recebê-lo e de 95% de acordo com a representatividade de cada agremiação no total de votos obtidos nas eleições para deputado

¹¹ Dados disponíveis em: <<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

federal. Tais critérios podem prejudicar o surgimento de novas legendas em condições de enfrentar as maiores agremiações e contribuir para a manutenção do *status quo*.

Por outro lado, a respeito da segunda questão, que trata da iniciativa de fundos de financiamento das eleições (distinto do fundo partidário), sob a justificativa de que o Estado deve arcar com os custos da democracia, verifica-se que se decidiu repassar a conta à população em vez de efetivamente serem discutidas medidas que pudessem diminuir os custos das eleições, como o barateamento da propaganda no rádio e na televisão, em função da qual são realizadas, muitas vezes, megaproduções.

Tomemos como exemplo o texto apresentado em 9 de agosto de 2017,¹² na comissão especial da PEC 77/2003 (BRASIL, 2003), pelo seu relator, o qual previa que um “Fundo para Financiamento da Democracia” constasse na CRFB como vinculado à receita corrente líquida da União. A aprovação da medida faria com que a maior parte do financiamento das eleições fosse proveniente do erário público, uma vez que o valor projetado seria superior à soma das doações de pessoas físicas e de recursos dos próprios candidatos aportados nas eleições de 2016¹³.

A proposta aprovada no Plenário da Câmara, todavia, excluiu a vinculação do “Fundo para Financiamento da Democracia”

¹²Relatório disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CE1CAC0456A348D24B97B3FEE911250D.proposicoesWebExterno1?codteor=1586491&filename=TramitacaoPEC+77/2003>. Acesso em: 25 ago. 2017.

¹³Durante as discussões, projetou-se que o “Fundo para Financiamento da Democracia” atingiria o valor de 3,6 bilhões de reais nas eleições de 2018. Por outro lado, os recursos de pessoas físicas e dos próprios candidatos nas eleições de 2016 corresponderam a aproximadamente 2,5 bilhões de reais, conforme valores disponíveis em: <<http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/>>. Acesso em: 23 ago. 2017, e atualizados pelo IPCA desde a data do pleito até 5 set. 2017.

às receitas orçamentárias da União, com a previsão de que o seu valor seja definido na Lei Orçamentária do ano anterior ao eleitoral. A exclusão, aparentemente benéfica, pode representar um problema no futuro, pois nada garante que o valor não venha a ser superior quando da votação do orçamento. De um modo ou de outro – ou seja, com o “Fundo” vinculado às receitas da União ou não –, em função do vácuo deixado pelas doações provenientes de pessoas jurídicas, somado aos custos para a promoção das candidaturas nas eleições gerais, a maior parte dos recursos a serem aplicados nas eleições de 2018 tende a ser proveniente do Erário, de modo que se terá um sistema de financiamento eleitoral muito próximo do financiamento exclusivamente público. Tais custos são altíssimos, dada a extensão territorial do Brasil e as formas como a propaganda eleitoral é realizada, sobretudo nos programas de rádio e televisão.¹⁴

Desse modo, como efeito negativo da proibição de doações por pessoas jurídicas, mantido o atual sistema de propaganda eleitoral, há a necessidade de que o Erário custeie a maior parte dos recursos necessários para a promoção das candidaturas, o que é fundamental num regime democrático.

Ocorre, entretanto, que a transferência de elevadas somas de recursos públicos para candidatos e partidos políticos em momentos de dificuldade orçamentária e demandas sociais não assistidas tende a aumentar a crise de representatividade, como adverte Rubio (2005, p. 9):

¹⁴A respeito da importância das referidas ferramentas de *marketing* eleitoral, estudos apontam que nas Eleições de 2008, para o cargo de prefeito do Município de São Paulo, e 2010, para os cargos de governador do estado de São Paulo e presidente da República, houve “correlação entre o comportamento das urnas e o tempo de propaganda eleitoral gratuita. Sim, porque quanto mais tempo disponível em rádio e televisão, maior a probabilidade de sucesso eleitoral” (RIZEK; RIZEK JUNIOR, 2013, p. 144).

O financiamento público também apresenta algumas arestas problemáticas. Em países subdesenvolvidos ou propensos a crises econômicas severas, com altos índices de pobreza e amplos setores da população com necessidades básicas insatisfeitas, a sociedade questiona a alocação de recursos do orçamento público aos partidos políticos. Tal deslegitimação social é ainda maior no contexto de perda de confiança nos partidos.

A crise de representatividade pode ser agravada não só porque boa parte de seus recursos adveio de fontes públicas de financiamento, como também porque isso diminui a necessidade de que os partidos e os candidatos se relacionem com os cidadãos e atraiam novos filiados e simpatizantes para a promoção das candidaturas (ZOVATTO, 2005, p. 300; RUBIO, 2005, p. 10). Nesse cenário, os partidos tendem a enfraquecer-se e a ser cada vez mais partidos ligados a uma figura central, repercutindo negativamente sobre a democracia, a representação e a crença das pessoas nas instituições políticas.

A atuação do poder econômico para capturar o poder político não deve ser ignorada, tampouco se deve menosprezar o fato de que a pulverização de doações e os altos valores transferidos por empresas a políticos e candidatos podem constituir abuso do poder econômico. Contudo, os desvios ocorridos no financiamento privado por pessoas jurídicas devem ser corrigidos e não servir de fundamento para que toda a sistemática vigente seja implodida.

Como decorrência dessa solução radical, pode ser agravada a crise de representatividade com a necessidade de maior aporte de recursos públicos nas campanhas, sobretudo num momento de crise fiscal e de adoção de medidas econômicas rigorosas, com queda de investimentos públicos em políticas públicas.

Por fim, o argumento de que o financiamento público pode evitar o abuso do poder econômico (DECOMAIN, 2006, p. 20) e a cor-

rupção não tem comprovação empírica, como adverte Rubio (2005, p. 10), ao lembrar que “casos como o do chanceler alemão Helmut Kohl, o dos ‘Amigos de Fox’ no México e o dos que redundaram nos processos da operação Mãos Limpas (*Mani Pulite*) na Itália se deram em contextos de sistemas com financiamento público de partidos e campanhas”.

3. Poder econômico e financiamento eleitoral

As discussões a respeito do financiamento eleitoral por pessoas jurídicas não são exclusivas do cenário nacional. Apenas a título de argumentação (sem qualquer intuito de propagar soluções alienígenas para o cenário nacional): no julgamento do caso *Citizens United v. Federal Election Comm’n* – 558 US,¹⁵ a Suprema Corte norte-americana decidiu justamente o contrário, entendendo que as pessoas jurídicas, apesar de não votarem e não se candidatarem, teriam a possibilidade de influenciar no processo democrático.

Talvez seja o caso de lembrar Bonavides (2013, p. 238). Ele destaca que nas democracias contemporâneas – além dos partidos políticos, cidadãos e candidatos –, atuam os grupos de pressão. Desse modo, não seria exagero supor que, se durante o patrimonialismo a troca de favores entre o poder público e os coronéis solapava a vontade popular por meio dos votos de cabresto (LEAL, 2016, p. 44), na atual quadra os grandes grupos econômicos buscam obter poder de influência por meio do financiamento eleitoral.

A esse respeito, no livro *As modernas tecno-democracias: poder econômico e poder político*,

¹⁵ Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/558/08-205/>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

Maurice Duverger analisou a democracia desde a democracia liberal, demarcada por ele entre os anos de 1870 a 1939, até a tecnodemocracia, iniciada depois de 1945. Segundo o autor, a democracia liberal decorria das pequenas e médias empresas, ao passo que o neocapitalismo se estrutura sobre “grandes firmas integradas que programam, suas fabricações por antecipação e as impõem pela publicidade”, fazendo eclodir a tecnodemocracia (DUVERGER, 1975, p. 165).

Nesse sentido, ressaltou que o neocapitalismo necessita de um regime “em que poderosas organizações políticas correspondam às grandes firmas econômicas, onde as tecnoestruturas governamentais e administrativas correspondam a um prolongamento das tecnoestruturas industriais e colaborem com elas” (DUVERGER, 1975, p. 166).

Maurice Duverger observou de que maneira o poder econômico influencia o poder político, tanto na democracia liberal, como na tecnodemocracia, e constatou que as democracias nos regimes ocidentais são apenas parciais e deveriam ser chamadas de “plutodemocracias”, dado que o poder “nelas repousa sobre o povo (*demos*) e sobre a riqueza (*plutos*)” (DUVERGER 1975, p. 16).

Além disso, comparou o sistema ocidental a um deus de duas faces, que revela a ambivalência da relação entre democracia e poder econômico, referida de um lado na possibilidade de pluralismo de ideias e eleições competitivas e de outro no fato de que os cidadãos não detêm sozinhos o poder, mas o dividem com os detentores de capitais:

Como Janus, o deus de duas faces, cuja efígie marcava as moedas da República romana há vinte e dois séculos, o sistema ocidental apresenta duas faces opostas, mas complementares, constituindo esse dualismo a sua natureza profunda. De um lado o pluralismo, as liberdades, as eleições competitivas fornecem aos cidadãos possibilidade de ação contra os governantes maiores que em qualquer outra parte. Se estes meios continuaram por longo tempo mais aparentes do que reais, e assim permanecem em certa medida, o certo é que eles atingiram desde há cinquenta anos um grau de realidade que não se pode ser seriamente contestado (DUVERGER, 1975, p. 15).

Duverger complementou:

Entretanto, essa democracia continua parcial. No interior dos regimes ocidentais, os cidadãos e suas organizações não detêm sozinhos o poder político: eles o partilham principalmente com os detentores de capitais, indivíduos e sobretudo grandes firmas industriais, comerciais e financeiras. Esta é a outra face de Janus (DUVERGER, 1975, p. 15).

Bagnoli (2009, p. 39) destaca que as grandes empresas necessitam do Estado e têm estabelecido com ele, desde o século XIX, uma “imbricada

relação de poder-público privado”, que culminou na transformação das empresas como entes autônomos e detentores de direitos, orientados para a maximização dos lucros (BAGNOLI, 2009, p. 40).

Nesse contexto, o Estado regula o poder econômico, a fim de que os direitos dos cidadãos e a própria soberania estatal sejam preservados em face dos objetivos da eficiência produtiva e da maximização dos lucros, pois, como observou Polanyi (2001, p. 266), a autorregulação pelos mercados não passa de utopia.

No campo político, as relações entre poder econômico e democracia não podem ser ignoradas, como destaca Maurice Duverger. Ao contrário, é preciso estabelecer mecanismos para que a coexistência entre poder econômico e soberania popular ocorra de maneira a preservar a possibilidade de os cidadãos elegerem os seus representantes, livres de situações caracterizadas por abuso do poder econômico.

Nessa quadra, a legislação eleitoral poderia ser alterada para promover uma melhor regulamentação da matéria, mesmo permitindo o financiamento por pessoas jurídicas, mediante a criação de regras que evitassem situações abusivas, caracterizadas por doações em valores elevadíssimos e pulverizadas por candidatos e partidos políticos de ideologias distintas, e de mecanismos eficientes de fiscalização, somados ao aumento da estrutura técnico-contábil da Justiça Eleitoral.

A CRFB veda expressamente o abuso do poder econômico, como forma de garantir a legitimidade das eleições (art. 14, §§ 9º e 10) (BRASIL, 1988), mas não afasta a possibilidade de doações privadas, sem realizar qualquer distinção a respeito de as respectivas fontes derivarem de pessoas físicas ou jurídicas, mesmo porque “não traz disciplina específica a respeito da matéria” (ZAVASCKI, 2016, p. 740), que deve ser regulada pela legislação infraconstitucional.

A respeito do tema, Zavascki (2016, p. 740) escreveu que a CRFB não veda “o concurso econômico em campanhas eleitorais”, sobretudo porque não há como se promoverem candidaturas sem recursos financeiros, mas veda a influência abusiva, que o autor caracteriza como a que prejudica a normalidade e a legitimidade das eleições.

O abuso pode ser caracterizado, por exemplo, em situações nas quais ocorram doações excessivas em termos de valor ou pulverizadas, isto é, as realizadas em favor de inúmeros partidos e candidatos que concorrem como adversários num mesmo pleito. Tal conduta revelaria que a empresa ou grupo econômico não doa porque acredita numa ideologia, mas sim porque se utiliza do financiamento eleitoral como investimento para a cobrança de dividendos futuros.

Ambas as situações – as doações excessivas e as pulverizadas – foram verificadas nas eleições de 2014; de fato, as vinte e cinco maiores doadoras despenderam R\$ 1.172.497.682,23¹⁶, embora tenham doado dentro dos limites estabelecidos na legislação. Muitos desses doadores destinaram recursos a partidos e candidatos de diferentes ideologias e adversários no pleito.

Todavia, os abusos verificados não podem servir como fundamento para o desmonte completo do sistema, tampouco devem ser utilizados para que todo e qualquer interesse empresarial seja considerado espúrio.

Mesmo ao se posicionar contra o financiamento eleitoral por pessoas jurídicas, em razão do contexto trazido pela “Operação Lava Jato”, Tavares escreve que o fato de as empresas não votarem e não receberem votos não pode servir para alijá-las das discussões democráticas,

¹⁶ Dados disponíveis em: <<http://inter01.tse.jus.br/spceweb.consultareceitasdespesas2014/abrir/TelaReceitasCandidato.action>>. Acesso em: 5 set. 2017.

uma vez que tais entes “podem ter – e efetivamente têm – interesse(s) legítimos(s) em uma multiplicidade de temas que compõem o leque das ideologias partidárias” (TAVARES, 2016, p. 61).

Zavascki (2016, p. 742) vai além e reconhece que as empresas podem ter interesses legítimos em patrocinar determinadas campanhas, em casos nos quais direcionem seus recursos a certos candidatos ou partidos alinhados à sua posição no mercado.

A dificuldade reside em encontrar o meio termo, o ponto de equilíbrio (ZAVASCKI, 2016, p. 738). Nesse aspecto, a legislação poderia ser aperfeiçoada nos seguintes aspectos: a) estabelecimento de limites de doações incidentes sobre o faturamento da empresa, mas com a fixação de um teto por CNPJ ou grupo econômico; b) proibição da realização de doações para partidos e candidatos distintos, que se apresentassem como concorrentes em uma determinada eleição; c) vedação à realização de doações por pessoas jurídicas que tivessem contratos com a Administração Pública ou que, por qualquer outro meio, recebessem recursos públicos; e d) excepcionalmente, proibição de contratar com a Administração Pública na legislatura seguinte à eleição em que fossem realizadas as doações (ZAVASCKI, 2016, p. 755).

O que não se afigura razoável é proibir toda e qualquer doação de pessoas jurídicas, com o engessamento do legislador infraconstitucional, sem base constitucional clara, visto que as disposições da CRFB sobre financiamento se referem à vedação de que os partidos recebam recursos de origem estrangeira e abusem do poder econômico.

4. Transparência *versus* restrições excessivas

Zavascki (2016, p. 741) observou que a amplitude semântica dos princípios democráticos e republicanos da igualdade não poderia ser utilizada de maneira a considerar inconstitucional toda e qualquer contribuição de pessoas jurídicas com o financiamento eleitoral, a ponto de engessar o legislador infraconstitucional. Lembrou que as doações provenientes de empresas passaram a ser admitidas no ordenamento jurídico brasileiro após as conclusões da Comissão Parlamentar de Inquérito deflagrada no Governo Collor e que descortinou todo um sistema de financiamento ilegal oculto (“caixa dois”) realizado por empresas (ZAVASCKI, 2016, p. 744).

Lara Marina Ferreira analisou o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito e apontou que:

Como conclusão, o relatório apresenta proposta de lei para adoção de um sistema de financiamento misto de campanhas eleitorais, com o

aporte de recursos públicos e de recursos privados. No que toca ao financiamento privado, o relatório da CPI defende sua implantação com a adoção de parâmetros realistas e de controles severos (FERREIRA, 2011, p. 97).

Diante disso, a opção foi pela abertura de tal modalidade de financiamento, com o escopo de se buscar maior transparência (ZAVASCKI, 2016, p. 744). Sobre as diversas modalidades de regulamentar o financiamento eleitoral, Rubio (2005, p. 7) esclarece que há inúmeras estratégias que variam entre os métodos que (a) respeitam a autonomia dos partidos e fixam um marco legal para que eles se autorregulem; (b) privilegiam a transparência; e (c) são mais intervencionistas, ou seja, mais restritivos.

A determinação de que os partidos políticos prestem contas à Justiça Eleitoral, contida no texto constitucional (art. 17, III, da CRFB) (BRASIL, 1988), e a análise das referidas prestações de contas pela justiça especializada, consoante disposto na Lei dos Partidos Políticos e na Lei das Eleições, afastam a questão da autorregulação das finanças partidárias/eleitorais no direito brasileiro.

Por outro lado, a CRFB veda aos partidos políticos o recebimento de recursos de origem estrangeira (art. 17, *caput*, inciso I) (BRASIL, 1988) e a legislação ordinária impõe limitações ao financiamento eleitoral, tanto no que se refere às fontes de arrecadação de recursos, quanto aos limites quantitativos que cada doador pode destinar a candidatos e partidos políticos, visando a evitar desequilíbrios no processo eleitoral.

O estabelecimento das limitações seria inócuo se a atividade arrecadatória e os gastos realizados pelos partidos e candidatos não fossem fiscalizados pela Justiça Eleitoral. Nesse sentido, as limitações não podem ser excessivas a ponto de: (a) prejudicar a divulgação das candidaturas e o debate político, dado que a arrecadação de fundos é primordial para a realização da propaganda eleitoral; e (b) inviabilizar o exercício da atividade fiscalizatória.

Assim, a criação de limitações que não são passíveis de análise e acompanhamento pela Justiça Eleitoral, longe de contribuir para a melhora da questão, incentiva práticas tendentes a burlar a legislação de regência e, especialmente, a utilização de doações ocultas (“caixa dois”) (ZAVASCKI, 2016, p. 751).

Além disso, o ideal seria a adoção de um sistema de regulamentação que privilegiasse a transparência e a imposição de penalidades severas em caso de abuso de poder econômico. Para nós, portanto, o ponto central reside não na origem dos recursos (público ou privado, pessoa física ou jurídica), mas sim na transparência, na eficácia da fiscalização e na punição daqueles que comentem abusos. Desse modo, a proibição de

doações por pessoas jurídicas caminha na contramão da necessidade de que o eleitor tenha meios para conhecer os reais financiadores das campanhas eleitorais.

Por fim, é importante lembrar que os escândalos relacionados ao financiamento eleitoral não ocorrem somente no Brasil, mas atingem também os países desenvolvidos. Nesse sentido, Caggiano (2002, p. 93) relembra inúmeros casos nos quais comportamentos nada democráticos decorreram de relações entre partidos-candidatos-financiamento privado nos EUA, Alemanha e França. Isso faz com que o financiamento eleitoral seja um tema que demanda constante rediscussão, apresentando caráter flutuante e conjuntural, como destaca Zovatto (2005). A título de exemplo, o autor menciona que o financiamento eleitoral tem sido objeto de alterações legislativas na Alemanha nos últimos 50 anos, conhecidas lá como “legislação interminável” (ZOVATTO, 2005, p. 330).

Considerações finais

O STF considerou inconstitucionais os dispositivos contidos na Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995) e na Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997) que permitiam a realização de doações eleitorais por pessoas jurídicas.

A fundamentação dos votos que se manifestaram pelo acolhimento da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.650/DF (BRASIL, 2016), proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, contou com diversos argumentos de cunho metajurídico, levando em consideração o cenário descortinado pela “Operação Lava Jato” e ainda expressões de conteúdo semântico muito aberto, como os princípios democráticos, republicanos e da igualdade. Os votos também partiram da presunção de que empresas não poderiam participar do financiamento eleitoral por não votarem e não receberem votos.

A proibição de doações provenientes de pessoas jurídicas gerou algumas disfunções:

a) o aparecimento da figura de candidatos que se autofinanciam em quantias elevadas, como ocorrido nas capitais paulista e mineira, com o poder de prejudicar a igualdade entre os candidatos;

b) a necessidade de que sejam buscadas fontes alternativas de financiamento, para fazer frente aos elevados gastos para a realização de eleições em país de dimensões continentais, que culminou em propostas de aumento do financiamento público, por meio da tentativa de criação do “Fundo para Financiamento da Democracia”, inserido na Proposta de Emenda Constitucional nº 77/2003 (BRASIL, 2003), com o propósito de

que mais recursos advindos do erário sejam destinados às campanhas eleitorais.

Essa situação pode agravar a crise de representatividade tão mencionada nos votos que consideraram inconstitucionais as doações provenientes de empresas, diante da crise econômica enfrentada no país e das inúmeras demandas sociais não atendidas.

É inegável que o poder econômico, com o propósito de maximização de lucros, atua para cooptar a democracia e que, desse modo, grandes grupos tenham abusado de seu poderio financeiro. Isso ocorreu por meio da destinação de robustos numerários a distintos atores do processo eleitoral, de maneira pulverizada, que funcionava como investimento para recebimento de vantagens futuras.

Esses abusos são vedados pela CRFB e necessitam ser combatidos por meio de mecanismos como: a) estabelecimento de limites de doações incidentes sobre o faturamento da empresa, mas com a fixação de um teto por CNPJ ou grupo econômico; b) a proibição da pulverização de doações a candidatos e partidos de ideologias distintas; e c) a vedação às doações oriundas de pessoas jurídicas que mantenham contrato com a Administração Pública.

O poder econômico necessita ser regulado de forma eficiente e não alijado do processo eleitoral, uma vez que pode ter interesses legítimos a defender, de maneira a apoiar determinado candidato ou partido não com o objetivo de receber vantagens espúrias. Devemos confiar no possível intuito de estabelecimento de políticas que, em tese, poderiam licitamente contribuir com o desenvolvimento da empresa ou de determinados setores empresariais. A CRFB veda o abuso do poder econômico, mas não o recebimento de doações lícitas provenientes de empresas, dentro dos limites que podem ser definidos pela legislação eleitoral.

Sobre os autores

André Guilherme Lemos Jorge é doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, SP, Brasil; mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, SP, Brasil; diretor do Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho (Uninove), São Paulo, SP, Brasil; cursa o pós-doutorado na Universidade de Salamanca, Salamanca, Espanha; advogado.
E-mail: andre@lemosjorge.com.br

Michel Bertoni Soares é graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho, PR, Brasil; mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil; analista judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE-SP), São Paulo, SP, Brasil.
E-mail: michel.bertoni@homail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁷

ELECTORAL FUNDING THROUGH LEGAL ENTITIES: THE INFLUENCE OF BUSINESS POWER ABOUT DEMOCRATIC ISSUES

ABSTRACT: This article discusses the donations made by legal persons for electoral campaigns in Brazil. It starts from the analysis of the decision, made by the Brazilian Federal Supreme Court (STF in the original acronym) in the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) case n. 4650, by means of which were declared to be unconstitutional articles from the Law of Political Parties and Law of Elections. These articles authorise corporate donations to political parties and candidates. Consequently, will be examined: the key arguments in the votes of the members favourable to the winning thesis; possible dysfunctions resulting from the decision, as the possible growth in inequality among candidates, the worsening of the crisis of representativeness in Brazil and the eventual triggering to non-declared donations, i.e., slush fund. We will also examine the differences between the use and the abuse of the economic power. Finally, suggestions will be put forward as an attempt to contribute to the debate on the improvement of electoral financing in Brazil.

KEYWORDS: ELECTORAL FINANCING. CORPORATE DONATIONS. ECONOMIC POWER. USE AND ABUSE.

Como citar este artigo

(ABNT)

JORGE, André Guilherme Lemos; SOARES, Michel Bertoni. Financiamento eleitoral por pessoas jurídicas: a influência do poder econômico sobre a democracia. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, v. 54, n. 216, p. 87-104, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p87>.

(APA)

Jorge, A. G. L., & Soares, M. B. (2017). Financiamento eleitoral por pessoas jurídicas: a influência do poder econômico sobre a democracia. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(216), 87-104. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p87

Referências

BAGNOLI, Vicente. *Direito e poder econômico: os limites jurídicos do imperialismo frente aos limites econômicos da soberania*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

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

_____. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, 20 set. 1995.

¹⁷ Sem revisão do editor.

_____. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para eleições. *Diário Oficial da União*, 1º out. 1997.

_____. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 77, de 2003. Autor: Dep. Marcelo Castro. *Diário da Câmara dos Deputados*, 19 jun. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4650/DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intimado: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux. *Diário da Justiça Eletrônico*, 24 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=10331215&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%2034%20-%2023/02/2016>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. Eleições 2002: o financiamento das campanhas eleitorais e seu controle. Enquadramento jurídico. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 87-106, jan. 2002.

DECOMAIN, Pedro. Influência do poder econômico e financiamento público de campanhas eleitorais. *Resenha Eleitoral*, Florianópolis, v. 13, p. 11-28, 2006. Disponível em <http://www.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/ejesc/documentos/Artigo_Decomain.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2017.

DUVERGER, Maurice. *As modernas tecnodemocracias: poder econômico e poder político*. Tradução Max da Costa Santos. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

_____. *Os partidos políticos*. Tradução Cristiano Oiticica. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

FERREIRA, Lara Marina. O financiamento de partidos políticos e de campanhas eleitorais no contexto da reforma política brasileira. *Estudos Eleitorais*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 91-110, jan./abr. 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/320>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. A igualdade de oportunidades nas competições eleitorais: reflexões a partir da teoria da justiça como equidade de John Rawls. *Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política*, Curitiba, v. 2, n. 2, p.175-190, ago. 2013. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/pe/article/view/42764/25922>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. Boston: Beacon Press, 2001.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIZEK, Fernanda Montenegro de Menezes; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Marketing político x legislação eleitoral*. In: CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Direito eleitoral em debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 141-166.

RUBIO, Delia Ferreira. Financiamento de partidos e campanhas: fundos públicos versus fundos privados. *Novos Estudos – CEBRAP*, São Paulo, n. 73, p. 6-16, nov. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n73/a01n73.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*. 2010. 356 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/22321/Tese_Eneida_Desiree_Salgado.pdf;jsessionid=E05CF1E382C8083E68523E094CF9377B?sequence=1>. Acesso em: 14 nov. 2017.

SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. Financiamento de campanha eleitoral – entre o público e o privado. In: RAMOS, André de Carvalho. *Temas de direito eleitoral no século XXI*. Brasília: ESMPU, 2012. p. 251-270.

SANTANO, Ana Cláudia. Como sobreviver na selva: fontes alternativas de financiamento de campanhas eleitorais. In: PEREIRA, Rodolfo Vieira; SANTANO, Ana Cláudia (Org.). *Conexões eleitoralistas*. Brasília: Abradep, 2016. p. 35-62.

TAVARES, André Ramos. A jurisprudência sobre partidos políticos no STF: entre eleições, poder econômico e democracia. In: NORONHA, João Otávio de; KIM, Richard Pae (Coord.). *Sistema político e direito eleitoral brasileiros: estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 43-74.

TOMELIN, Georghio Alessandro. A fidelidade partidária entre o “candidatismo” e a ingerência positiva. In: LEMBO, Claudio; CAGGIANO, Monica Herman; ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de (Org.). *Juiz constitucional: Estado e poder no século XXI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 169-182.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2012. v. 1.

ZAVASCKI, Teori. Financiamento eleitoral de partidos políticos: a questão constitucional. In: NORONHA, João Otávio de; KIM, Richard Pae (Coord.). *Sistema político e direito eleitoral brasileiros: estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 737-758.

ZOVATTO, Daniel. Financiamento dos partidos e campanhas eleitorais na América Latina: uma análise comparada. *Opinião Pública*, Campinas, v. 11, n. 2, p. 287-336, out. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/op/v11n2/26417.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

You can't always get what you want

Repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos

GEORGE MARMELESTEIN LIMA

Resumo: Repensar os limites e as possibilidades da intervenção jurisdicional em demandas de saúde é o objetivo do presente artigo. Partindo de uma análise da evolução doutrinária e jurisprudencial, defende-se um modelo de judicialização da saúde mais restrito e comedido, em que a solução judicial deveria mirar o resgate e a autonomia do sistema público de saúde, e não a sua substituição por um sistema paralelo (via judicial) que tende a tornar a situação ainda mais caótica. O enfoque metodológico, portanto, é empírico-descritivo, mas com um propósito normativo.

Palavras-chave: Saúde pública. Direito à saúde. Judicialização da saúde. Autonomia do sistema de saúde.

*And you can't always get what you want
You can't always get what you want
You can't always get what you want
But if you try sometimes, yeah
You just might find you get what you need
The Rolling Stones*

1. Contexto problemático

Pode um juiz determinar que o poder público forneça a um paciente um medicamento não constante na Relação Nacional dos Medicamentos Essenciais – Renome? E se tiver havido uma expressa deliberação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias – Conitec no SUS pela sua não incorporação à lista de medicamentos essenciais? Mais

Recebido em 12/6/17
Aprovado em 14/8/17

ainda: e se o medicamento ainda nem sequer tenha sido registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa?

Embora seja bastante difícil responder de forma taxativa e abstrata a essas questões, o presente texto pretende lançar algumas luzes para ajudar a enfrentar o problema.

As ideias que serão apresentadas estão inseridas em um contexto muito específico do estado atual da discussão, já que a judicialização da saúde é um fenômeno dinâmico, que está em constante mutação¹. Parece bastante claro que já superamos uma fase romântica e ingênua em que se acreditava que o judiciário poderia ter um papel transformador e concretizador do direito à saúde para entrarmos em uma fase um pouco mais cética, em que são percebidos os excessos e abusos que, em nome do direito à saúde, podem ser cometidos. Hoje já se tem consciência de que a judicialização da saúde, em determinados contextos, pode até piorar os problemas do sistema de saúde, seja por dificultar o planejamento e a gestão, seja por encarecer os insumos e serviços, seja por propiciar a prática de conluíus e fraudes, seja por criar situações de iniquidade entre aqueles que conseguem ser favorecidos por uma decisão judicial e os que não conseguem.

Além disso, há uma certa compreensão de que a capacidade do judiciário para cumprir todas as promessas constitucionais é bastante limitada, sendo possível citar vários exemplos de decisões judiciais sem efetividade que não só geram desperdício de esforços para os órgãos públicos como também aumentam a angústia do paciente, piorando ainda mais a sua já debilitada condição.

Paradoxalmente, ao invés de se assistir a uma retração desse movimento judicializante, o que se nota é um crescimento cada vez maior da estrutura judicial voltada à análise de casos de saúde, com a criação de varas especializadas, treinamentos de juízes e servidores, criação de núcleos de apoio técnico, fóruns de discussão, comitês temáticos, tudo isso impactado pela correspondente expansão dos órgãos de litígio, tanto na arena pública (defensoria e ministério público) quanto na privada, em que tem surgido um promissor mercado para a advocacia e até para outros setores que têm lucrado com a judicialização. Curiosamente, os diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal que buscam estabelecer parâmetros mais rigorosos para a concessão de medicamentos fora dos protocolos oficiais, em vez de gerarem uma redução da quantidade

¹ Alguns textos de minha autoria acompanham as diversas fases de evolução do tema: Marmelstein (2003, 2004, 2008). Para uma compreensão do estado atual do debate que busca estabelecer limites mais precisos à atuação judicial com base na percepção dos transtornos causados pela judicialização da saúde, ver Barroso (2013), Perlingeiro (2015), Schulze e Gebran Neto (2015) e Silva (2008).

de demandas judiciais, têm servido como fonte de legitimação para uma atuação judicial mais intensa, ainda que mais criteriosa e sofisticada.

É diante desse cenário que se tentará desenvolver algumas ideias aparentemente simples, mas profundamente relevantes para compreender o sentido da judicialização da saúde. Pretende-se defender a importância de se resgatar a autonomia do sistema público de saúde, bem como de fortalecer suas instâncias de deliberação interna. Se isso for bem compreendido, será possível concluir que o papel da judicialização deveria ser bem mais restrito do que aquele que ocorre hoje, pois não é concebível que haja, na via judicial, um sistema paralelo e substitutivo das instâncias técnicas que existem precisamente para decidir o que deveria ser fornecido pelo sistema público de saúde.

Não se pode perder de vista que a judicialização da saúde também representa um *custo para a sociedade*, o que agrava ainda mais a situação de escassez econômica que tanto prejudica a implementação das políticas públicas. Portanto, transformar a judicialização em um caminho natural para a concessão de medicamentos ou de outros tipos de tratamentos não pode ser tratado como algo desejável.

As implicações dessas ideias serão aprofundadas ao longo do trabalho. É preciso, contudo, deixar desde já assinalado que defender o fortalecimento da autonomia do sistema público de saúde não significa recusar de modo absoluto a possibilidade do uso da via judicial para corrigir as falhas do sistema. A judicialização da saúde pode até mesmo ser um importante instrumento de proteção da autonomia do sistema, colaborando não só para desbloquear alguns canais burocráticos que emperram o bom funcionamento das instituições como também para impedir algumas ingerências espúrias que possam afetar a

independência dos órgãos técnicos². Portanto, não se pretende propor o fim da judicialização da saúde, mas apenas convidar a comunidade jurídica a realizar uma reavaliação crítica de seu papel.

Tendo como base essas premissas, vale começar a análise do problema tentando compreender com mais precisão o que se deve entender por *autonomia do sistema público de saúde*.

2. O resgate da autonomia do sistema público de saúde

A autonomia do sistema público de saúde é respeitada quando a atuação de seus participantes é balizada por critérios que respeitem os fundamentos do sistema, na forma estabelecida pela Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB (1988), ou seja, “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196) (BRASIL, 1988). Dito de modo mais claro: o fundamento do sistema público de saúde é a proteção da saúde da população; logo, sua atuação nunca pode perder de mira esse propósito.

As principais ameaças a essa autonomia não decorrem necessariamente de uma judi-

²O modelo processual de enfrentamento das demandas em saúde deveria se aproximar das técnicas de *litígio estrutural* que já têm sido adotadas, com sucesso, em vários outros países. Nesse modelo, a principal função do judiciário, em matéria de violações sistemáticas de direitos fundamentais, é a de coordenar um processo de mudança institucional por meio da emissão de ordens de “desbloqueio” que costumam emperrar a burocracia estatal e de um processo de monitoramento contínuo sobre as medidas adotadas pelo poder público (RODRÍGUEZ GARAVITO; RODRÍGUEZ FRANCO, 2010). Para perceber como esse modelo poderia ser adaptado à realidade brasileira, ver Marmelstein (2015).

cialização excessiva e equivocada, mas das interferências políticas e econômicas no correto funcionamento do sistema. Vejamos alguns exemplos.

Exemplo 1. Se um órgão técnico responsável por analisar a segurança e a eficácia de uma nova tecnologia médica importada cria uma estrutura burocrática para atrasar a apreciação do pedido de registro com o explícito escopo de proteger a indústria farmacêutica nacional, tem-se um nítido caso de violação da autonomia do sistema público de saúde, pois uma decisão que deveria ser tomada com base em critérios técnicos está sendo postergada por razões econômicas. Por mais que seja louvável proteger a indústria nacional, essa política econômica jamais poderia servir de base para justificar a privação de um tratamento mais seguro e mais eficaz do que os que atualmente estão disponíveis.

Exemplo 2. Se um medicamento for incorporado à lista oficial do SUS por pressão ou *lobby* de uma empresa farmacêutica nacional ou internacional, tem-se uma nítida interferência econômica em um processo que deveria se pautar por regras técnicas, o que viola claramente a autonomia do sistema.

Exemplo 3. Se é aprovada uma lei permitindo a comercialização e uso de um medicamento que ainda não passou por todos os testes científicos de segurança e eficácia, atropelando o processo de análise dos órgãos técnicos, como ocorreu no caso da chamada “pílula do câncer” (fosfoetanolamina), tem-se uma indesejada interferência do sistema político no sistema de saúde, o que põe em risco a sua autonomia.

Exemplo 4. Se as verbas da saúde pública são alocadas em função da capacidade de angariar votos sem qualquer preocupação com o uso racional dos recursos, tem-se novamente um caso de influência política no sistema de

saúde, potencialmente violadora da autonomia do sistema.

Exemplo 5. Se as verbas da saúde são contingenciadas ou usadas para finalidades diversas, acarretando um subfinanciamento das políticas públicas existentes, tem-se um fator que não só prejudica o funcionamento do sistema como também impede a concretização do direito à saúde.

Todos esses exemplos são situações relativamente comuns que demonstram que a autonomia do sistema de saúde é constantemente violada. Caso se reconheça que essas interferências são patologias que prejudicam o bom funcionamento do sistema de saúde, enfraquecem seus fundamentos e impedem o cumprimento de deveres jurídicos impostos constitucionalmente, já se pode ter uma noção mais precisa de como a judicialização pode contribuir ou prejudicar o sistema de saúde. A boa judicialização busca garantir o funcionamento eficiente e independente do sistema. A má judicialização interfere na autonomia, alterando os critérios objetivos que são condizentes com os fundamentos do sistema.

Uma forma de proteger a autonomia é fortalecer as instâncias de deliberação interna do próprio sistema de saúde. Não se trata apenas de devolver aos profissionais de saúde a capacidade de controlar as regras do sistema, pois muitas vezes esses profissionais também podem estar influenciados por interesses incompatíveis com a proteção da saúde, como interesses corporativos ou econômicos. Também não se trata apenas de garantir ou exigir que os órgãos deliberativos atuem de forma célere, pois tão importante quanto a eficiência é a qualidade das decisões. O aspecto mais relevante é que os órgãos atuem de forma independente, cumprindo cada qual o papel que lhe cabe dentro do sistema, sem atrasar ou acelerar suas deliberações injustificadamente.

Em síntese, a essência da autonomia do sistema público de saúde implica proporcionar aos órgãos do sistema um ambiente de deliberação livre de influências espúrias, devendo ser respeitadas tais deliberações quando tomadas com base em critérios técnicos fundamentados na proteção da saúde.

No próximo tópico, será explicado que, em grande parte, o fenômeno da judicialização da saúde decorre de uma falta de compreensão da importância da autonomia do sistema pelos próprios participantes do sistema, especialmente os médicos. Melhor dizendo, os que estão na linha de frente, por notarem com mais intensidade as influências externas que têm afetado as decisões estruturais do sistema de saúde, têm apostado na judicialização como forma de garantir a proteção da saúde de seus pacientes, mesmo que isso signifique, na prática, o abandono das bases normativas que mantêm a integridade do sistema. Vejamos, pois, como isso ocorre, na perspectiva de cada um dos atores envolvidos.

3. O caminho da judicialização de medicamentos

A judicialização começa, obviamente, com um ser humano portador de uma doença geralmente grave. O paciente é uma pessoa que costuma ter um intenso desejo de viver e fará tudo o que estiver ao seu alcance para vencer a doença, embora dificilmente tenha recursos suficientes para arcar com todos os custos do tratamento, especialmente em tempos de crise econômica. Além disso, é provável que esse paciente seja uma pessoa idosa, e sua doença exija um tratamento complexo, contínuo e de alto custo, como ocorre com as doenças oncológicas, genéticas, cardíacas, neurológicas, sanguíneas, entre outras. Diante da situação de vulnerabilidade, medo da morte, incerteza e desconhecimento dos detalhes técnicos de sua doença e do respectivo tratamento, tenderá a depositar suas esperanças na figura do médico, uma pessoa que supostamente estudou a vida toda para enfrentar aquele tipo de situação.

O médico não é apenas uma pessoa estudiosa que frequentou, no passado, uma faculdade de medicina e leu os autores clássicos da ciência médica. É, na verdade, uma pessoa conectada com o mundo, que tem acesso ao conhecimento de ponta, seja por meio da leitura da literatura especializada de sua área de atuação, seja pela troca de informações com seus colegas, que participam de seminários e recebem frequentemente a visita de representantes dos laboratórios que divulgam as últimas novidades do mercado farmacêutico. Como qualquer profissional, o médico tem uma reputação a zelar e, por isso, sofre pressão para seguir as práticas médicas adotadas pelos demais profissionais de sua área. Em

função disso, tende a se orientar pela opinião de alguns médicos influentes que são referências em seu campo de atuação, bem como a seguir a linha de atuação de seus pares. Mesmo atuando no sistema público de saúde, é raro encontrar um médico que conheça as diretrizes de tratamento estabelecidas nas normatizações do SUS, ou que compreenda a função dessas regras. Sua linha de atuação, conforme dito, é pautada primariamente pela opinião e prática de outros médicos de sua área, e não por regulamentos elaborados, supostamente, por algum burocrata em Brasília, o que o leva a tratar os protocolos oficiais com certa indiferença.

Por outro lado, o médico tem enorme receio de ser responsabilizado por erros, imperícias ou omissões. Em função disso, tende a pecar pelo excesso, prescrevendo exames e tratamentos apenas por cautela. Esse mesmo receio de falhar por omissão o leva a buscar os melhores tratamentos disponíveis para seu paciente, inclusive aqueles tratamentos que ainda não foram formalmente incorporados aos protocolos oficiais. Esse é um momento decisivo para se compreender a judicialização da saúde. Afinal, o que leva um médico do sistema público a prescrever um tratamento ainda não incorporado aos protocolos clínicos estabelecidos por seu empregador?

Podem ser citados inúmeros fatores: (a) o médico pode desconhecer os protocolos oficiais e não sabe que pode existir um tratamento alternativo já fornecido pelo SUS para aquela situação; (b) o médico pode estar apenas reproduzindo a sua prática médica na medicina privada, cujos protocolos contemplam aquele tipo de tratamento; (c) o médico pode ter plena noção de que aquele tratamento não é oferecido pelo SUS, mas acredita que é o melhor para o paciente, aconselhando-o a acionar a justiça para lutar por seus direitos; (d) o

médico pode ter tentado, sem sucesso, todas as linhas de tratamento previstas nos protocolos oficiais, e busca agora uma forma alternativa que pode ser promissora; (e) a situação clínica do paciente é tão peculiar que o tratamento padrão pode não ser recomendado, o que justifica uma prescrição médica fora do padrão; (f) o paciente pode ser acometido de múltiplas doenças (comorbidade), o que leva o médico a propor uma solução menos ortodoxa para a sua situação, a fim de não colocar em risco sua vida, já que um tratamento para uma enfermidade pode ter efeitos colaterais prejudiciais à outra; (g) o médico pode estar influenciado pelo *lobby* da indústria farmacêutica e optar por prescrever aquele tratamento por razões não confessáveis; (h) o médico pode estar afetado pelo *viés da conformidade*, adotando algum modismo passageiro que os seus colegas de profissão também estão seguindo; (i) o médico pode estar tentando dar ao paciente uma última esperança de sobrevivência, mesmo sabendo que as chances de sucesso são ínfimas, imbuído por uma obstinação terapêutica que não se conforma com a possibilidade da morte; (j) o médico pode estar tentando “lavar as mãos” para não sentir o peso da responsabilidade pela eventual morte de seu paciente, prescrevendo tratamentos por mero desengano de consciência, e assim por diante...

Como vê, são muitas as hipóteses que levam um médico público a prescrever uma medicação não fornecida pelo SUS. Algumas são legítimas e nobres; outras, nem tanto. O certo é que os hospitais não costumam exercer controle sobre as prescrições de seus médicos, nem sobre os motivos de suas decisões. Por outro lado, o tratamento daquele paciente será, em princípio, financiado pelo SUS; portanto, os valores serão repassados em conformidade com as regras e protocolos oficiais, independentemente do que for prescrito. Como o hos-

pital tem pouca autonomia orçamentária, dada a escassez de recursos e as limitadas fontes de financiamento, é provável que não tenha condições financeiras de arcar com o tratamento proposto. Assim, o próprio hospital em que o médico atua dirá que, ante a falta de recursos, não irá fornecer os insumos necessários para arcar com aquele tratamento e orientará o paciente a procurar o judiciário para forçar o poder público a custeá-los. Alguns hospitais já criaram até setores de apoio ao paciente com o propósito específico de facilitar o acesso à justiça nessas situações.

O advogado (público ou privado), pautado pela defesa incondicional dos interesses de seu cliente, irá buscar na justiça o melhor tratamento possível, tal como prescrito pelo médico, dando início ao processo que marcará o início formal da judicialização da saúde.

A decisão judicial será tomada por um juiz que, obviamente, não tem formação médica, nem conhece em detalhes toda a complexidade do sistema público de saúde e, portanto, tende a respeitar a autoridade do médico. Assim, se o próprio médico não leva em consideração as diretrizes previstas no protocolo oficial, também os juízes não levarão, o que certamente causará, em algum momento, o colapso do sistema. Além disso, esse juiz provavelmente estará afetado pela *heurística do afeto*, também conhecida nas anedotas jurídicas como o *princípio do coitadinho*, que nada mais é do que uma tendência a ser afetado emocionalmente pela condição de fragilidade da parte vulnerável e hipossuficiente. A depender da gravidade da doença e da urgência do caso, o juiz sentirá o peso da responsabilidade de ter uma vida em suas mãos. Deferir o pedido gerará um conforto psicológico e até um certo sentimento de orgulho por ter feito a diferença na vida de uma pessoa. Por sua vez, se o pedido for negado e o paciente morrer, o juiz, mesmo que

seja insensível, será cobrado por sua omissão³. Sendo assim, haverá uma forte predisposição para que sejam tomadas decisões defensivas, no sentido de deferir o pedido para evitar uma responsabilização em caso de infortúnio.

Do ponto de vista jurídico, o juiz tende a seguir a jurisprudência dominante que, no atual momento, é predominantemente pró-paciente, embora tenha havido um maior rigor na análise de casos de saúde diante da especialização técnica dos juízes e de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal recomendando mais cautela no julgamento desses pedidos. Apesar disso, o certo é que, muitas vezes, a estrutura judicial funciona como uma linha de produção automatizada, onde a maioria dos casos é decidida em conformidade com uma regra-padrão (*rule default*) planejada para que a solução “automática” seja no sentido de deferir o pedido. Dentro da lógica do menor esforço que orienta esse modelo decisório, é mais fácil conceder do que negar qualquer pedido de fornecimento de medicamento.

Uma tentativa de quebrar essa lógica do menor esforço tem ocorrido com a criação de Núcleos de Apoio Técnico de Saúde (NATS), que são órgãos consultivos multidisciplinares formados por diversos profissionais de saúde que auxiliam os juízes a tomarem decisões mais técnicas em casos de urgência (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2015, p. 83). Muitos desses órgãos de apoio alicerçam suas opiniões na chamada Medicina Baseada em Evidências (MBE), que gera informações muito mais confiáveis do que a prescrição de um médico individual, que, conforme vimos, pode estar afetado por inúmeros *vícios cognitivos*.

³Já houve, até mesmo no Conselho Nacional de Justiça, casos de juízes que sofreram punições administrativas em processos de saúde nos quais o autor da ação faleceu antes de ser analisado o pedido de liminar durante o plantão judicial (BRASIL, 2013a).

A MBE constitui, sem dúvida, um poderoso instrumento para fortalecer a autonomia do sistema de saúde, na medida em que as decisões sobre o fornecimento ou não de determinado medicamento passam a ser orientadas por critérios validados pela ciência médica, mas ainda assim é preciso reconhecer os seus limites. Conforme será demonstrado, a MBE pode funcionar como um mecanismo de *heurística negativa*, que indica de modo mais seguro as situações em que não deveriam ser fornecidos determinados medicamentos pela falta de certeza quanto à sua segurança ou eficácia. Por outro lado, mesmo que a MBE endosse um determinado medicamento para uma doença em particular, isso por si só não significa necessariamente que o SUS deve custear o tratamento, pois vários outros fatores devem ser levados em conta nessa análise. Esse ponto precisa ser bem compreendido, pois um dos grandes equívocos do modelo atual da judicialização da saúde, mesmo quando adota uma postura mais equilibrada e criteriosa, é criar um sistema paralelo de fornecimento de medicamentos, que não respeita a autonomia do sistema público tal como aqui defendida.

Para compreender melhor essa ideia, é preciso ter uma noção, ainda que panorâmica, sobre o procedimento de incorporação de uma nova tecnologia no sistema público de saúde e verificar como os tribunais costumam reagir diante de cada situação possível.

4. A jurisprudência e as fases da incorporação

De um modo esquemático, pode-se dizer que o caminho para a incorporação de uma nova tecnologia ao SUS passa por cinco etapas:

(1) registro na Anvisa, onde são avaliadas, com base em métodos científicos, a segurança e eficácia da tecnologia, tornando-a apta a ser comercializada e consumida no mercado interno;

(2) em se tratando de medicamento, é necessário que tenha havido a aprovação de preço pela Secretaria Executiva da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), órgão interministerial responsável por regular o mercado e estabelecer critérios para a definição e o ajuste de preços;

(3) aprovação pela Conitec, que levará em conta, além dos aspectos de segurança e eficácia, o chamado *custo-efetividade*, que envolve uma análise complexa sobre os benefícios proporcionados pela nova tecnologia quando comparada com outras tecnologias disponíveis e o seu custo econômico;

(4) inclusão na lista Rename, dando publicidade aos órgãos do sistema de saúde de quais medicamentos, procedimentos e serviços se-

rão custeados pelo SUS, o que proporciona não só o planejamento na aquisição e fornecimento daquela tecnologia como também a redução de custos e o melhor controle de estoque e de qualidade em função do processo de padronização;

(5) contratação de fornecedores e disponibilização do tratamento pelos órgãos de saúde do SUS.

Em uma situação de normalidade, em que o sistema funciona eficientemente, as cinco etapas são observadas, vale dizer: a medicação é registrada na Anvisa, seu preço é regulamentado pela CMED, a incorporação é recomendada na Conitec, há a inclusão na Rename e o espontâneo fornecimento pelo SUS. Quando isso ocorre naturalmente, não há necessidade de judicialização, pois todos os pacientes recebem o tratamento em conformidade com as regras do sistema. Essa situação é a que se presencia com mais frequência no dia a dia do SUS, embora os espectadores externos não percebam isso, pois tendem a ser afetados pelo *viés da disponibilidade*: extraem conclusões com base nas informações que costumam ser mais divulgadas, que sempre destacam as falhas do sistema. De qualquer modo, em um mundo perfeito, se todos os órgãos do sistema funcionassem com eficiência e independência, não seria necessária qualquer intervenção do judiciário para fazer valer o direito à saúde⁴.

Ocorre que o mundo não é perfeito e, obviamente, os órgãos do sistema falham por uma série de motivos, inclusive por fatores totalmente alheios à lógica do sistema.

Vejam, em primeiro lugar, a situação em que a falha é na ponta do sistema, ou seja, na contratação de fornecedores e disponibilização do tratamento pelos órgãos de saúde do SUS.

4.1. Falha do SUS

Em alguns casos, o medicamento é registrado na Anvisa, foi aprovado pela Conitec, incorporado à lista Rename, mas não é disponibilizado pelos órgãos do SUS, apesar da prescrição médica. Essa é uma situação

⁴ Um breve parêntesis a respeito disso. Certa feita, o juiz Reinhard Gayer, do Tribunal Constitucional Alemão, após proferir uma palestra sobre a reserva do possível em um evento em Curitiba, foi questionado se, na Alemanha, os juizes costumavam emitir ordens judiciais determinando que o poder público fornecesse medicamentos a uma pessoa doente que estaria à beira da morte. A resposta foi enfaticamente negativa. Seria impensável uma intervenção do Poder Judiciário no sistema de saúde alemão. Logo em seguida, foi perguntado o que um paciente deveria fazer se o hospital se negasse a fornecer o tratamento prescrito pelo médico. Depois de franzir os olhos como se não tivesse entendido a pergunta, o juiz respondeu perplexo: que hospital cometera tamanha loucura de se negar a fornecer o tratamento prescrito por um médico? Uma das lições que pode ser extraída desse episódio é esta: a judicialização da saúde não faz o menor sentido quando o sistema funciona corretamente (GAYER, 2011).

relativamente comum na prestação de serviços (sobretudo na realização de exames), mas também pode ser percebida no fornecimento de medicamentos⁵. São muitas as razões pelas quais isso pode ocorrer: má gestão, desorganização administrativa, falta de planejamento e de controle de estoque, atraso no repasse de verbas, problemas de licitação ou contratação, falha na entrega do produto por culpa dos fornecedores, ignorância por parte dos gestores de que aquele medicamento foi incorporado à lista, falta de definição sobre o órgão competente para fornecer o medicamento etc. Em qualquer caso, é uma situação de *falha do sistema* que, em princípio, não justifica a negativa do tratamento.

Em hipóteses assim, é natural e esperado que o paciente, cuja saúde está em jogo, não se conforme com a falha no serviço e busque no Judiciário a proteção de seus direitos. Também é natural e esperado que o juiz defira o pedido, pois são as próprias regras do sistema de saúde que estão sendo desrespeitadas. Portanto, quando se trata de uma falha de gestão no fornecimento de um medicamento incorporado, a judicialização é possível para forçar o cumprimento das regras do sistema.

O problema é que, se o juiz não se preocupar em investigar a raiz daquela falha, haverá uma grande probabilidade de sua decisão não surtir qualquer efeito, gerando uma “sentença de papel”, que pode ser comovente em sua retórica, mas incapaz de cumprir o que promete, por mais bem intencionada que seja. Mais à frente voltaremos a esse assunto, a fim de propor uma fórmula dialogal para solucionar esse tipo de situação. O que é relevante por enquanto é perceber que, nesses casos, uma

⁵Segundo estimativa da Interfarma, cerca de 3% a 4% dos casos envolvendo fornecimento de medicamentos na via judicial inserem-se nessa situação (BRITO, 2016, p. 10).

intervenção judicial não significa necessariamente uma quebra da autonomia do sistema, pois o que se está a cobrar é o próprio funcionamento do sistema⁶.

4.2. Falha na atualização da lista Rename

Outra possibilidade de falha no fornecimento de medicamentos ocorre quando uma nova tecnologia está registrada na Anvisa (portanto, é segura e eficaz) e foi aprovada pela Conitec (portanto, tem custo-efetividade), mas não foi incluída na lista Rename. Nesse caso, é preciso verificar se já decorreu o prazo legal (180 dias) para a inclusão na lista, pois há alguns precedentes indicando que, durante esse prazo, não é possível obrigar o SUS a fornecê-la na via judicial⁷. Embora essa posição restritiva possa não fazer tanto sentido sob o aspecto da proteção da saúde, já que os próprios órgãos técnicos oficiais concluíram

⁶No mesmo sentido: “As pessoas necessitadas podem postular judicialmente, em *ações individuais*, os medicamentos constantes das listas elaboradas pelo Poder Público [...]. Trata-se aqui de efetivar uma decisão política específica do Estado, a rigor já tornada jurídica” (BARROSO, 2013, p. 186).

⁷Ver, por exemplo, TRF 2 - AG 201202010154575: “ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO ABATACEPT. INCORPORAÇÃO AOS PROTOCOLOS CLÍNICOS. PRAZO DE 180 DIAS PARA EFETIVA OFERTA PELO SUS 1. Não deve haver, em princípio, interferência casuística do Judiciário na distribuição de medicamentos não contidos nas listas, porquanto a gestão do SUS deve observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, apresentando-se viável através de políticas públicas que venham a repartir os recursos da forma mais eficiente possível. 2. A medicação requerida não fazia parte da listagem do RENAME, o que somente veio a ocorrer com a edição da Portaria nº 24 da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, de 10/09/2012, possibilitando a incorporação do medicamento ABATACEPT ao protocolo clínico para tratamento da artrite reumatoide. 3. Em decorrência, deve ser considerado o prazo de 180 dias previsto na Portaria para efetivar a oferta do medicamento ABATACEPT pelo SUS, não obstante tenha sido incorporado ao protocolo clínico para tratamento da artrite reumatoide, de forma que a sua imediata concessão fere o princípio da isonomia. 4. Agravo de instrumento provido” (BRASIL, 2012).

que a medicação é segura, eficaz e tem custo-efetividade, faz sentido do ponto de vista da gestão e planejamento do sistema. Os prazos previstos na lei têm o propósito de possibilitar ao gestor realizar a aquisição dos insumos em conformidade com a lei de licitação e assim garantir o menor preço. Exigir que esses prazos sejam atropelados significa obrigar o gestor a adquirir o produto com urgência, o que pode gerar um indesejável sobrepreço. De um modo geral, se o processo de compra da medicação já está em andamento, não é razoável que o juiz determine uma aquisição com urgência, pois isso afeta intensamente a autonomia do sistema. O melhor é aguardar a conclusão do processo de compra, mesmo porque a dispensa de licitação também tem seus prazos e nem sempre significa a aquisição imediata. Ou seja: uma eventual ordem judicial determinando o fornecimento imediato pode não surtir o efeito desejado, gerar inconvenientes para a administração pública, trabalho inútil para os órgãos judiciais e frustração para a parte autora.

Uma situação diversa ocorre quando o prazo para a incorporação do medicamento na lista Rename já tiver expirado, sem justificativa. Nesse caso, como se trata de uma falha do sistema, o paciente terá todo o direito de reivindicar a medicação na via judicial, sem prejuízo de que haja um diálogo com os órgãos competentes para verificar a melhor saída para aquele problema em particular. Mais uma vez, o diálogo é importante para aferir qual a solução que, ao mesmo tempo, garanta o direito à saúde do paciente e evite a ocorrência de transtornos na gestão do sistema.

4.3. Falha da Conitec

Outra situação possível, que tem sido objeto de muitos casos de judicialização, ocorre quando a medicação é aprovada na Anvisa, mas não na Conitec. Essa é uma situação muito delicada e precisa ser avaliada com muito cuidado. Aliás, talvez essa seja a *situação-problema* dentro do contexto da judicialização da saúde, pois não há acordo nem mesmo entre os profissionais da saúde, muito menos entre os membros do judiciário.

A Conitec é um órgão que se tem aprimorado ao longo do tempo, em grande parte para responder ao fenômeno da judicialização da saúde. Sua missão é bastante complexa, pois tem que avaliar a presença de inúmeros fatores que justificariam o fornecimento de uma determinada tecnologia pelo sistema público de saúde, especialmente o chamado *custo-efetividade*, o que envolve a ponderação de diversos interesses, muitas vezes antagônicos.

Em razão da complexidade da análise, pode haver uma demora na apreciação dos pedidos de incorporação, gerando um *delay* entre a dis-

ponibilização do produto no mercado interno, que ocorre com o registro na Anvisa, e a sua incorporação ao SUS, que depende da análise da Conitec⁸.

Essa demora não costuma ser compreendida pelos médicos públicos, sobretudo por aqueles que também atuam na medicina privada, já que o sistema de saúde complementar tende a incorporar novas tecnologias de modo mais célere. Assim, esses médicos sentem-se compelidos a prescrever aquele medicamento para seus pacientes do SUS, já que, na sua perspectiva, não faz sentido discriminar o tipo de tratamento conforme a situação do paciente. Mesmo aqueles que atuam exclusivamente na medicina pública têm acesso a estudos científicos que podem indicar que aquele tratamento é, de fato, o mais recomendado para o seu paciente; logo, preferirão seguir as diretrizes terapêuticas mais atualizadas – e validadas pela comunidade médica – em vez de aguardar a manifestação da Conitec.

Muitas variáveis devem ser levadas em conta nessa situação. Por um lado, seria tentador culpar a Conitec por estar deliberadamente atrasando a incorporação de uma nova tecnologia apenas para não aumentar os gastos do SUS⁹. Por outro lado, em uma perspectiva diametralmente oposta, seria fácil acusar os médicos de estarem mancomunados com a indústria farmacêutica para queimar etapas no processo de incorporação, criando uma situação sem volta em que a própria judicialização se torna um critério, por si só, para justificar a inclusão do medicamento na lista¹⁰. É óbvio que nenhuma dessas perspectivas pode ser absolutizada, embora possam existir situações em que elas ocorrem.

⁸Obviamente, a demora no prazo de incorporação pode decorrer também de uma má vontade do poder público de aprovar uma tecnologia de alto custo, a fim de não elevar ainda mais os gastos nos serviços de saúde. A Conitec rebate essa acusação, que foi explicitamente formulada pela Interfarma (BRITO, 2016), alegando que “de janeiro de 2012 a junho de 2016, a média de tempo para emissão das recomendações da CONITEC foi de 134 dias”. Por sua vez, a Conitec alega que os casos de recomendação de incorporação (173) superam os de não incorporação (84) e que, entre os 25 medicamentos mais solicitados judicialmente, 19 nunca foram submetidos à avaliação pela Conitec, que não pode ter a iniciativa de iniciar um processo de incorporação (PETRAMALE, 2016).

⁹Essa acusação está contida em um documento elaborado pela Interfarma, em que se sustenta que a Conitec não aprova a incorporação de medicamentos por razões econômicas, o que leva os pacientes a buscarem na judicialização uma via para serem atendidos (BRITO, 2016).

¹⁰Essa acusação está contida no comunicado da Conitec em resposta à acusação da Interfarma, no qual é narrada a seguinte estratégia da indústria farmacêutica para burlar a legislação brasileira: “Solicitar registro na Anvisa, obtê-lo, muitas vezes utilizando a priorização de análise visto serem medicamentos para doenças órfãs, e depois não solicitar preço para a CMED e não comercializar o produto no Brasil tem sido um artifício usado por algumas empresas para burlar a regulação brasileira e iludir prescritores. O fato é que, tão logo o registro do produto é publicado pela Anvisa, as campanhas de *marketing* são deflagradas, os médicos e as associações de pacientes recebem a informação de que o produto finalmente ‘está no Brasil’ e a judicialização deslancha” (PETRALAME, 2016, p. 7).

O certo é que, em um modelo de judicialização que tenha em mira a preocupação com a autonomia do sistema de saúde, é preciso reconhecer que a Conitec tem um importante papel a cumprir, já que o custo-efetividade é um aspecto decisivo para justificar a incorporação de uma nova tecnologia em um sistema que se pauta pela integralidade e universalidade do serviço de saúde. É óbvio que nada justifica uma demora excessiva na análise dos pedidos de incorporação, já que alguns critérios de decisão já foram apreciados por outros órgãos, como a eficácia e segurança, que foi objeto de apreciação da Anvisa. De qualquer modo, a função da Conitec, dentro da estrutura do sistema, é extremamente relevante e, em princípio, não deveria ser desconsiderada, mesmo porque sua competência decorre de lei.

A percepção da importância da análise do custo-efetividade talvez seja capaz de demonstrar a insuficiência da consulta aos NATS ou mesmo às fontes da *medicina baseada em evidência* como parâmetro para definir se uma ordem judicial deve ou não ser deferida em situações em que um médico prescreve uma medicação não fornecida pelo SUS antes da apreciação pela Conitec.

Se estamos diante de um medicamento registrado na ANVISA, já se pode dizer que há uma presunção de que a medicação é segura e eficaz. Se o médico prescreve essa medicação em conformidade com a bula (*in label*), parece óbvio que ele não está cometendo nenhum erro do ponto de vista da prática médica. Porém, isso por si só não significa que esse médico está respeitando as regras do sistema, pois segurança, eficácia e adequação não são os únicos fatores a serem levados em conta para definir uma política pública de fornecimento de medicamento. O medicamento também precisa estar na lista de produtos fornecidos pelo sistema, pois é isso que garante a viabilidade e a integridade da política pública.

Para perceber isso, pode-se fazer uma analogia relativamente grosseira, mas útil, pelo menos sob a ótica do planejamento e da gestão. Imagine que o Ministério da Educação pretenda selecionar os livros de geografia que serão fornecidos aos alunos do ensino médio, levando em conta não só a qualidade dos livros disponíveis, mas também o seu preço. É constituída uma comissão que selecionará, entre os diversos livros existentes no mercado, os cinco que serão distribuídos às escolas públicas. Uma vez selecionados os livros, as escolas públicas poderão indicar a seus alunos qualquer um daqueles livros selecionados, custeados integralmente pelo Ministério da Educação. Mesmo que logo após a seleção seja lançado no mercado um livro que seja infinitamente superior aos que foram escolhidos, as escolas públicas continuam vinculadas à lista já padronizada. Nesse caso, para que aquele novo livro seja incorporado

à lista do Ministério da Educação, será necessário aguardar a avaliação seguinte, sob pena de inviabilizar qualquer procedimento de padronização da política pública de educação. Se um professor de geografia resolver adotar o livro de ponta, recém-lançado, não estará necessariamente cometendo qualquer erro pedagógico, mas estará quebrando a lógica do sistema. Seria muito difícil planejar e ter um controle sobre que tipo de livro adquirir se cada professor fosse livre para indicar o material pedagógico de sua escolha, sem levar em conta a lista oficial. Dada a quantidade de alunos e de professores, a padronização cumpre uma função fundamental para o equilíbrio e sustentabilidade do sistema.

Logicamente, a analogia não é perfeita, já que, no âmbito da saúde, a decisão pode envolver a vida humana. Mas a base da ideia pode ser aproveitada: é fundamental, para uma política pública, que algumas soluções sejam padronizadas, sobretudo quando envolvem o fornecimento de serviços para uma grande quantidade de pessoas e não há recursos para tratar de cada situação de modo individualizado.

É preciso compreender que a realização dos direitos sociais ocorre de forma progressiva e gera custos de implementação. Portanto, o fator econômico não pode ser ignorado, por mais valiosa que seja a saúde humana. O custo-efetividade, como metodologia de avaliação que compara tecnologias médicas levando em conta seus efeitos clínicos e seus custos, é o fator mais adequado para verificar se um novo medicamento deve ser incorporado ou não ao sistema público de saúde, e tal avaliação compete à Conitec.

Desse modo, caso seja compreendida a importância da análise de custo-efetividade realizada pela Conitec, já se podem traçar algumas linhas que deveriam ser observadas na judicialização da saúde.

Em primeiro lugar, quando há uma resposta negativa da Conitec, indicando que uma tecnologia não deve ser incorporada ao SUS, essa decisão deve ser respeitada, a não ser que se consiga demonstrar o seu equívoco em face das regras do sistema. Isso não significa dizer que um médico que receitou um medicamento não aprovado pela Conitec tenha errado do ponto de vista da prática médica. É possível que o médico esteja até mais correto do que a Conitec. Aliás, é até mesmo possível que os NATS endossassem a decisão do médico, baseando-se nas melhores evidências científicas atualmente disponíveis. Mas se a decisão da Conitec tiver sido fundamentada na análise de *custo-efetividade* e se a decisão do médico ou dos NATS não tiver levado em conta tal análise, há de prevalecer a decisão da Conitec, pois o que está em jogo não é a eficácia e a segurança, mas o custo-efetividade.

Em situações assim, ou o autor demonstra que a Conitec se equivocou na avaliação do custo-efetividade, ou seu pedido deve ser indeferi-

do, por mais que o tratamento prescrito seja adequado, eficaz e seguro.

Uma situação relativamente diversa ocorre quando a Conitec ainda não apreciou o mérito do pedido de incorporação. Se ficar demonstrado que o tratamento é adequado, eficaz e seguro, é preciso investigar mais a fundo por que não foi apreciado o pedido de incorporação do medicamento. Se a Conitec não tiver culpa pela demora na análise, é temerário obrigar o SUS a fornecer o medicamento, mesmo porque, em muitas situações, a indústria farmacêutica pode estar incentivando, indiretamente, a judicialização para forçar a incorporação de seu medicamento¹¹. Além disso – e isso é o mais importante –, é preciso respeitar o procedimento de padronização, que passa pela análise da Conitec.

Por outro lado, se a culpa pela demora na apreciação do pedido de incorporação for da própria Conitec, tem-se uma falha do sistema que, em princípio, poderia justificar a judicialização. Porém, mesmo nesse caso, o debate judicial não pode abrir mão da análise do custo-efetividade, que é um pressuposto necessário para a incorporação de medicamentos nos protocolos clínicos oficiais. Assim, não basta que o autor demonstre que a medicação é segura e eficaz (o que é presumido com o registro na Anvisa) e adequada ao tratamento da doença (o que é presumido com a prescrição médica, desde que *in label*). É preciso também demonstrar que, dentre as opções terapêuticas adequadas, o tratamento escolhido é o de melhor custo-efetividade.

¹¹ Segundo informações da Conitec, há vários medicamentos, inclusive de altíssimo custo, que estão sendo fornecidos pelo SUS por força de ordem judicial, cujo fabricante nem sequer solicitou a avaliação da Conitec, o que certamente é uma grave violação da autonomia do sistema (PETRAMALE, 2016). Essa informação foi elaborada em resposta a um texto divulgado pela Interfarma intitulado “Por que o brasileiro recorre à Justiça para adquirir medicamentos? Entenda o que é a judicialização da saúde”, que apresenta a perspectiva da indústria farmacêutica sobre a judicialização da saúde (BRITO, 2016).

Logicamente, a investigação sobre o custo-efetividade de uma nova medicação exigiria um aprofundamento probatório que dificilmente seria alcançado satisfatoriamente na prática, diante da estrutura que se tem hoje, mesmo com o auxílio dos NATS. Assim, um método relativamente simples de se presumir o custo-efetividade consiste em verificar se algum outro órgão técnico já realizou tal análise. Por exemplo: se o medicamento foi incluído nos protocolos clínicos aprovados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), tem-se um indicativo presuntivo de que aquela tecnologia tem custo-efetividade, já que tal análise técnica também é feita pelo sistema de saúde suplementar. Ressalte-se, contudo, que a substituição da análise da Conitec só se justifica se ficar demonstrada a falha da comissão.

Mas há um outro aspecto que é decisivo no julgamento de pedidos de fornecimento de medicamentos ainda não analisados pela Conitec: a ausência de um tratamento adequado e eficaz já fornecido pelo SUS. Para ser mais preciso: ainda que uma nova tecnologia seja segura, eficaz, adequada e tenha custo-efetividade, isso por si só não gera para o paciente o direito de obtê-la na via judicial, mesmo que um médico público tenha prescrito seu uso. Se o sistema público de saúde possui uma linha de tratamento para uma determinada doença, essa linha de tratamento deve ser tentada antes de buscar soluções fora do protocolo, salvo se a peculiar situação clínica do paciente recomendar um tratamento diverso.

Esse entendimento decorre diretamente dos precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal logo após a famosa audiência pública que tratou da judicialização da saúde. De fato, no AgRegSL 47/PE (BRASIL, 2010a) e na STA 175/CE (BRASIL, 2010b), ambos julgados em 17/3/2010, vários pontos polêmicos

sobre a possibilidade de concessão de medicamentos pela via judicial foram pacificados, inclusive a conclusão de que o fornecimento de medicamento ou tratamento fora dos protocolos oficiais adotados pelo SUS deve ser vista com cautela, sobretudo quando há tratamento alternativo oficial. Em princípio, deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS sempre que não for comprovada a sua impropriedade. Por isso, como regra, o Estado não deve ser obrigado a fornecer nenhuma nova tecnologia ainda não avaliada pela Conitec.

Infelizmente, como a jurisprudência ainda não detalhou quais são as razões excepcionais que justificariam o afastamento do protocolo oficial, há uma margem de incerteza que tem sido interpretada, de um modo geral, contra o sistema de saúde. A depender da opinião médica, o protocolo oficial tem sido deixado de lado, mesmo sem uma demonstração de sua inadequação. Conforme já dito, a opção terapêutica definida pelo médico tende a seguir as práticas mais atuais adotadas pelos médicos de uma determinada área de atuação e, possivelmente, validadas pela comunidade científica, independentemente de terem sido ou não incorporadas ao protocolo oficial. Essas práticas nem sempre estão em conformidade com os protocolos estabelecidos pelo SUS, gerando a dissonância entre o tratamento proposto pelo médico e o oferecido pelo sistema, sobretudo quando não há uma revisão periódica dos protocolos existentes, bem como a elaboração constante de novos protocolos capazes de assimilar os avanços científicos.

Para evitar a desintegração do sistema, é fundamental que se demonstre não apenas que a linha de tratamento proposta pelo médico é baseada nas melhores práticas científicas, mas também que o tratamento previsto nas políticas oficiais não é adequado naquela situação em particular.

É possível mais uma vez invocar a analogia com os livros distribuídos para as escolas públicas. O fato de haver um livro didático de melhor qualidade recém-lançado no mercado não afasta a necessidade de se respeitar a seleção já realizada e de se aguardar a próxima avaliação para incluir aquele novo livro na lista oficial. Assim, diante da ausência de comprovação da inadequação dos produtos já disponibilizados, o processo de padronização deve ser, em princípio, respeitado.

Esse entendimento pode ser reforçado com a compreensão do caráter progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais. A pergunta fundamental, quando se está diante de uma situação envolvendo a efetivação de direitos prestacionais (como a saúde ou a educação), é analisar se a estrutura criada pelo poder público cumpre de forma razoável o dever constitucional. Um tratamento razoável nem sempre significa o tratamento de ponta, mesmo porque nem todo tratamento de pon-

ta pode ser universalizado, ou seja, estendido a todos os pacientes na mesma situação¹². Tão grave quanto negar um tratamento de ponta a todos os pacientes é conceder o direito apenas a alguns que tiveram a sorte de obter uma ordem judicial favorável. Por isso, como já afirmou o Supremo Tribunal Federal,

obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente (BRASIL, 2010a)¹³.

É preciso detalhar com mais profundidade as situações excepcionais que justificariam o afastamento do protocolo oficial para evitar a banalização das exceções. A excepcionalidade que justifica o abandono do protocolo está relacionada com casos clínicos muito particulares que recomendariam um tratamento diferenciado. Por exemplo, quando todas as linhas de tratamento previstas oficialmente tenham sido tentadas, sem sucesso, talvez seja possível, para aquele caso específico, considerar a possibilidade de tentar um novo tratamento que seja seguro, eficaz e tenha custo-efetividade, à luz das melhores evidências científicas. Ou então, tratando-se de paciente portador de comorbidade, que pode sofrer algum efeito colateral grave caso seja usado o medicamento previsto para o tratamento de uma das enfermidades, talvez seja possível autorizar a realização de um procedimento alternativo, validado pela comunidade científica, sempre observando os critérios de segurança, eficácia e custo-efetividade. Enfim, é esse tipo de situação excepcional que justificaria relativizar a opção terapêutica padronizada.

O ideal seria que o próprio sistema estivesse preparado para lidar com esse tipo de situação excepcional, criando órgãos colegiados para avaliar o tratamento proposto pelo médico e, se for o caso, autorizan-

¹² Em razão disso, o modo de lidar com tratamentos de alto custo, que nem sempre são eficazes, merece ser mais bem avaliado pela sociedade. O atual modelo de judicialização, na medida em que não tem levado em conta o custo-efetividade, tem gerado grandes distorções. Segundo dados do Ministério da Saúde, “em 2016, foram gastos R\$ 654,9 milhões na compra de apenas 10 medicamentos para atender 1.213 pessoas beneficiadas com ordens judiciais” (PIERRO, 2017, p. 20). Em muitos casos, esses pacientes têm recebido um tratamento que nenhum outro hospital público do mundo é capaz de fornecer universalmente à sua população, especialmente porque muitos dos medicamentos de alto custo são ainda experimentais. Enquanto isso, a maior parte da população brasileira não consegue um tratamento básico minimamente digno, em função do subfinanciamento da saúde, da corrupção e da má gestão dos recursos públicos.

¹³ Voto do Min. Gilmar Mendes na SL 47/PE – AgReg.

do a realização do procedimento às custas do SUS, independentemente de ordem judicial. Para isso, os protocolos oficiais deveriam sempre contemplar cláusulas de exceção para acomodar as situações singulares (como doenças raras ou situações inusitadas), possibilitando a flexibilização dos procedimentos sem que se quebre de modo absoluto a lógica da padronização. Se houvesse uma estrutura criada para atender situações especiais, a judicialização desse tipo de questão, que tem um forte componente técnico, não seria necessária. Conforme se verá, no âmbito da Anvisa, já existem regras para lidar com situações excepcionais, que certamente poderiam ser adaptadas para orientar a atuação de outros órgãos do sistema.

4.4. Falha da CMED

A comercialização de medicamentos, no Brasil, é regulamentada não apenas sob os aspectos da eficácia e segurança, mas também do preço, “com a finalidade de promover a assistência farmacêutica à população, por meio de mecanismos que estimulem a oferta de medicamentos e a competitividade do setor” (art. 1º da Lei nº 10.472/2003) (BRASIL, 2003).

Um dos pressupostos para a análise do pedido de incorporação de um novo medicamento pela Conitec é a definição de seu preço de mercado pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, até para que seja possível realizar, com mais segurança, a avaliação de custo-efetividade. Por isso, é importante que o juiz verifique, antes de conceder uma ordem para o fornecimento de um medicamento não aprovado pelo Conitec, se tal medicamento já passou pelo devido processo de regulação de mercado.

Não se trata apenas de um mecanismo de cautela para prestigiar o órgão de regulação,

mesmo porque muitos medicamentos que estão sendo objeto de judicialização e que ainda não foram avaliados pela CMED são, muitas vezes, de altíssimo custo, geralmente produzidos por empresas farmacêuticas fora do país, e cuja patente impede a ampla concorrência. A relevância maior desse processo de limitação do preço é garantir uma base monetária para a sua comercialização e, conseqüentemente, possibilitar a análise de seu custo-efetividade junto à Conitec.

Atualmente, dos 25 medicamentos que mais consumiram recursos da União pela via da judicialização, 7 não têm registro de preço no Brasil, inclusive o Eculizumabe (Soliris), que sozinho consome cerca de 30% de todo o orçamento federal gasto com a compra de medicamentos por força de ordens judiciais (BRITO, 2016, p. 12).

Diante disso, é preciso que se tenha mais cautela quanto à concessão de ordem judicial para o fornecimento de medicamentos cujo preço ainda não foi limitado pela CMED, sob pena de se criar um sistema paralelo de comercialização de medicamentos com valores superiores aos do mercado internacional, às custas do SUS. Apenas se ficar demonstrada uma falha da CMED é que poderia haver, em tese, a intervenção judicial visando corrigi-la.

4.5. Falha da ANVISA

A última situação de judicialização no fornecimento de medicamentos ocorre quando a medicação não é sequer registrada na Anvisa, mas assim mesmo o médico a prescreve. Aqui também a resposta não é tão simples, pois há uma imensidade de circunstâncias que podem afetar a decisão.

Assim como a Conitec, a Anvisa também tem uma função muito específica e importante dentro do sistema de saúde: exercer o controle

sanitário dos produtos que podem ser consumidos no país, avaliando em que condições os medicamentos podem ser usados de forma segura e eficaz pela população. Por força de lei, a aprovação de qualquer produto pela Anvisa é condição para sua industrialização, comercialização e importação com fins comerciais (art. 12 da Lei nº 6.360/1976) (BRASIL, 1976). Portanto, em princípio, nenhum médico da saúde pública ou suplementar poderia prescrever uma medicação ainda não registrada na Anvisa, já que o órgão responsável, no Brasil, não analisou a sua segurança e eficácia para uso em solo nacional.

A necessidade de aguardar a análise da Anvisa justifica uma visão cética quanto à possibilidade de concessão de ordem judicial para obrigar o poder público a fornecer tratamento meramente experimental. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal foi taxativo ao reconhecer que o poder público não pode ser obrigado a fornecer tratamento meramente experimental, cuja eficácia ainda não tenha sido cientificamente comprovada. Tais tratamentos experimentais são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, no contexto de pesquisas clínicas que seguem normas específicas de controle e análise, não cabendo, portanto, condenar o SUS a fornecê-los (BRASIL, 2010a).

Mesmo que se trate de medicamento cuja segurança e eficácia já tenham sido atestadas por outras agências técnicas existentes em outros países, ainda assim há de ser respeitada, em princípio, a avaliação realizada pela Anvisa, já que, para essas situações, é previsto um procedimento mais simplificado e mais célere de registro.

Obviamente, a análise da eficácia e segurança pressupõe diferentes procedimentos, como realização de estudos clínicos, revisão de literatura, análise de documentos, o que demanda tempo e pode gerar um atraso na disponibilização de uma nova tecnologia no mercado nacional em comparação com a sua comercialização em outros países. Isso por si só não justifica o afastamento da exigência e o atropelamento das instâncias de deliberação, sob pena de se criar um inconveniente sistema paralelo de autorizações na via judicial. Mais uma vez é preciso reforçar a ideia de autonomia do sistema como critério para definir os escopos da judicialização. A judicialização só se justifica se ficar demonstrado que está havendo uma falha no funcionamento do sistema, como um atraso injustificado na apreciação do pedido ou um erro de avaliação grosseiro.

No caso do registro na Anvisa, nem mesmo a excepcionalidade da situação justifica o abandono das regras do sistema, pois há normas prevendo mecanismos simplificados e excepcionais para autorização do uso de medicamentos em contextos particulares mesmo quando ainda não registrados. A Resolução – RDC 38, de 12 de agosto de 2013 (BRASIL, 2013b), por exemplo, regulamenta os programas de acesso

expandido, o uso compassivo e o fornecimento de medicamento pós-estudo, justamente para contemplar situações excepcionais decorrentes da gravidade e estágio da doença, ausência de alternativa terapêutica satisfatória no país para as condições clínicas e seus estágios, a gravidade do quadro clínico, a presença de comorbidades e a avaliação da relação risco-benefício do uso do medicamento solicitado. Ou seja, há, nessas situações, um caminho dentro do sistema capaz de contemplar casos especiais. Logo, o procedimento previsto pelo sistema deve ser, em princípio, respeitado, não sendo conveniente um atropelo de etapas pela via judicial.

A mesma lógica há de ser adotada para o uso de medicação *off-label*, ou seja, uso diferente daquele descrito na bula. O uso de medicamento em hipóteses não incluídas na bula do produto é, em princípio, proibido. Mesmo que existam estudos baseados nas melhores evidências científicas indicando a segurança e eficácia do uso de um medicamento em hipóteses diferentes daquelas que foram previamente autorizadas e registradas na Anvisa, é preciso aguardar o processo de incorporação antes de obrigar o SUS a fornecê-lo a seus pacientes.

Desse modo, diante da previsão normativa que contempla a possibilidade de concessão especial de autorização para compra e uso de medicamentos ainda não registrados pela Anvisa, nada justifica que uma ordem judicial autorize a dispensação de medicamentos sem que antes seja dada a oportunidade para análise do pedido pelo órgão técnico. A judicialização somente seria legítima se ficasse demonstrado, consistentemente, o equívoco da atuação da Anvisa.

O fator tempo no processo de análise da segurança e eficácia de uma nova tecnologia deve ser levado em conta nessa decisão. Apenas se ficar provado um excesso injustificado de prazo, seria possível cogitar em permitir a intervenção judicial, ainda assim limitada ao controle da falha, visando não substituir a atuação do órgão estatal, mas fazer com que ele funcione corretamente. Atropelar qualquer etapa deve ser sempre considerado como uma anormalidade.

Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o pedido liminar na ADI 5501/DF (BRASIL, 2016b), em que estava em jogo a constitucionalidade da Lei 13.269/2016 (BRASIL, 2016a), que autorizou o uso da fosfoetanolamina sintética (conhecida como “pílula do câncer”) por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, reconheceu a importância de se respeitarem todas as etapas antes de se permitir o uso de uma nova tecnologia que pode ter efeitos sobre a saúde da população.

A decisão foi extremamente importante no sentido de fortalecer a autonomia do sistema de saúde, já que reconheceu a inconstitucional-

lidade da interferência política na permissão de distribuição de medicamento sem o controle prévio de viabilidade sanitária pela Anvisa. De acordo com o voto do relator (Min. Marco Aurélio), “ante a ausência do registro, a inadequação é presumida”, sendo temerária “a liberação genérica do medicamento sem a realização dos estudos clínicos correspondentes, em razão da ausência, até o momento, de elementos técnicos assertivos da viabilidade da substância para o bem-estar do organismo humano” (BRASIL, 2016b). Em igual sentido, o Min. Luís Roberto Barroso reconheceu uma violação à *reserva de administração*, na medida em que “o Poder Legislativo substituiu o juízo essencialmente técnico da Anvisa, por um juízo político, interferindo de forma indevida em procedimento de natureza tipicamente administrativo” (BRASIL, 2016b). Na mesma linha, o Min. Teori Zavascki assinalou que “não parece constitucionalmente legítimo que o legislador, além de legislar, assumira para si uma atividade tipicamente executiva” (BRASIL, 2016b).

O que todos esses votos parecem ter em comum é a necessidade de se respeitar a autonomia do sistema, evitando interferências espúrias que possam pôr em risco o princípio básico de proteção da saúde.

5. Conclusões

Ao longo deste texto, foram lançadas várias ideias sobre a judicialização da saúde, mais especificamente sobre a exigência de fornecimento de medicamentos pela via judicial.

Em termos simplificados, as principais conclusões podem ser assim expostas:

(a) *a decisão sobre fornecer ou não medicamentos deve ser tomada pelas instâncias de deliberação do sistema de saúde e, em princípio, deve ser respeitada;*

Essa ideia-chave constitui a essência da jurisprudência do STF sobre o assunto, reforçada recentemente com o julgamento do pedido liminar na ADI 5501/DF (BRASIL, 2016b). Embora seja uma fórmula *prima facie* (ou seja, que vale em princípio, mas pode ser relativizada em determinadas circunstâncias), isso não deve servir como pretexto para flexibilizar de tal modo o seu sentido que as exceções se tornem a regra. As situações que justificam o afastamento do protocolo oficial devem estar relacionadas às especificidades do quadro clínico do paciente, devendo ser devidamente fundamentadas pelo corpo médico. Aliás, é essencial que os médicos também percebam que fazem parte de um sistema mais amplo, cujas regras, em princípio, devem ser observadas. É preciso que

se tenha algum tipo de vinculação forte, ainda que relativa, em relação aos protocolos oficiais.

Mais ainda: mesmo que o sistema não tenha um protocolo para o tratamento adequado em um caso específico, não se deve obrigar o SUS a fornecer medicamentos cuja segurança, eficácia e custo-efetividade ainda não tenham sido comprovados por evidências científicas, preferencialmente validadas pelos órgãos do sistema. Experimentalismos médicos devem ser realizados em conformidade com as regras da pesquisa científica, somente podendo ser custeados pelo poder público os tratamentos que já tenham alcançado um mínimo de aprovação pela comunidade médica e científica.

Assim, as seguintes heurísticas deveriam estar na base da análise dos pedidos de concessão de medicamentos: (a) se o SUS dispõe de um *tratamento* adequado, deve-se dar preferência ao referido tratamento, ainda que não seja o tratamento de ponta; (b) se o SUS não dispõe de um tratamento adequado para aquele caso específico, seja porque os tratamentos disponíveis não surtiram o efeito desejado, seja porque o quadro clínico do paciente não recomenda o tratamento-padrão, o SUS somente deve ser obrigado a custear o tratamento fora do protocolo que tenha respaldo da comunidade médico-científica; (c) mesmo que o tratamento fora do protocolo seja baseado nas melhores evidências científicas, ainda assim há de se fazer uma análise mais profunda para verificar qual, entre os tratamentos possíveis, tem a melhor relação de custo-efetividade.

(b) é fundamental que as instâncias do sistema de saúde funcionem não apenas de forma eficiente e transparente, mas também independente, e se baseiem em critérios validados pela ciência médica, e não em razões espúrias;

A deferência às instâncias decisórias presuppõe o bom funcionamento de sua estrutura interna. É inconcebível que as decisões

técnicas relacionadas à saúde pública sejam influenciadas por fatores estranhos, como a influência da indústria farmacêutica ou interesses políticos. Também não se pode aceitar que as deliberações não sejam transparentes e sujeitas à prestação de contas, inclusive no que se refere a prazos de análise.

A despeito disso, mesmo que se perceba que os órgãos do sistema de saúde não estão funcionando a contento, é preferível buscar soluções para corrigir as falhas do sistema a substituir as instâncias competentes.

O juiz, sempre que possível, deve investigar a raiz do problema, a fim de tentar encontrar uma solução que não seja meramente paliativa, até para que não cause um caos na organização do sistema, a ponto de ameaçar a universalidade, integralidade e equidade no acesso à saúde. Não é razoável que todo paciente na mesma situação tenha que ingressar com uma demanda individual para resolver seu caso, sobretudo quando tal solução não pode ser universalizada. A judicialização deve servir para otimizar o sistema, e não para causar ainda mais problemas.

(c) o sistema deve prever situações de exceção e criar órgãos internos de deliberação para avaliar prescrições que se afastem do padrão estabelecido, de modo a evitar um caminho judicial paralelo;

Assim como a Anvisa previu um caminho para situações excepcionais, em que é possível autorizar provisoriamente a compra de um medicamento antes de ser registrado, seria interessante que houvesse, dentro da estrutura do sistema público de saúde, órgãos colegiados que tivessem a prerrogativa de autorizar o fornecimento de medicamentos não incorporados à lista oficial. Se um órgão dessa natureza existisse, haveria uma grande redução das situações que justificariam a judicialização da saúde tal como ocorre hoje. Assim, toda vez

que um médico prescrevesse um tratamento fora do protocolo, o caso seria analisado por uma junta de profissionais de saúde que avaliariam a viabilidade de se autorizar ou não aquele tratamento, independentemente de qualquer intervenção judicial.

(d) o sistema de saúde deveria prever mecanismos de análise de ofício de incorporação de medicamentos de alto custo que estejam sendo deferidos na via judicial;

Grande parte dos gastos federais com aquisição de medicamentos por força de ordem judicial envolve tecnologias que não foram aprovadas na Conitec, seja por falta de iniciativa da empresa produtora que não solicitou a incorporação, seja pelo não preenchimento de algum requisito formal. Em situações assim, em que já está havendo um gasto público na aquisição do medicamento, seria importante que a Conitec avaliasse, com base nos critérios técnicos definidos na lei, a conveniência ou não de incorporar aquela tecnologia, a fim de facilitar o planejamento, baratear o processo de compra e proporcionar o tratamento igualitário de todos os pacientes. Por sua vez, se não houver razões técnicas que justifiquem a incorporação, a resposta negativa da Conitec daria maior segurança ao órgão julgador para negar o pedido, facilitando inclusive a reforma de uma eventual decisão contra o SUS em nível recursal.

(e) o papel da judicialização deveria ser mais restrito e voltado principalmente para o desbloqueio dos canais burocráticos e o fortalecimento da autonomia do sistema de saúde contra interferências espúrias;

Conforme defendido ao longo do texto, a boa judicialização prestigia e fortalece a autonomia do sistema de saúde, tentando compreender seus problemas e conferindo uma margem de discricionariedade para que o próprio sistema busque o melhor caminho a seguir.

(f) o diálogo entre os órgãos responsáveis deve ser constante e direcionado à solução estrutural do problema, por meio da qual se busque enfrentar a raiz do problema, e não suas consequências;

Por fim, o mais importante: de nada adiantam intervenções judiciais forçadas sem que cada órgão envolvido assuma sua responsabilidade pelo bom funcionamento do sistema. O modelo de jurisdição mais propício a uma proteção da autonomia do sistema é aquele fundado em um diálogo interinstitucional, em que os próprios integrantes do sistema são chamados a desenvolver a melhor solução e a indicar os obstáculos para a sua implementação. Uma vez estabelecida consensualmente uma proposta de solução para o problema, o poder judiciário atuaria não apenas como um órgão de controle e monitoramento, mas sobretudo de cooperação, com vistas a superar os bloqueios institucionais que costumam prejudicar a boa atuação administrativa.

Sobre o autor

George Marmelstein é doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Fortaleza, CE, Brasil; professor de Direito Constitucional no Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Fortaleza, CE, Brasil; juiz federal no Ceará, Brasil.
E-mail: george@jfce.jus.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁴

YOU CAN'T ALWAYS GET WHAT YOU WANT: RETHINKING THE JUDICIAL CONTROL OF HEALTH PUBLIC SYSTEM BASED ON THE ISSUE OF DRUG SUPPLY

ABSTRACT: The aim of this article is to rethink the limits and possibilities of judicial intervention in health demands. Taking as a parameter the evolution of doctrine and jurisprudence, we advocate a more restricted and measured model of judicialization. In this model, the judicial decision should aim at the autonomy of the public health system and not its replacement by a parallel system (in the judicial process) that tends to make the situation even more chaotic. The methodological approach, therefore, is empirical-descriptive, but with a normative purpose.

KEYWORDS: PUBLIC HEALTH. HEALTH LAW. JUDICIALIZATION. AUTONOMY OF THE PUBLIC HEALTH SYSTEM.

Como citar este artigo

(ABNT)

LIMA, George Marmelstein. You can't always get what you want: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p105>.

(APA)

Lima, G. M. (2017). You can't always get what you want: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(216), 105-130. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p105

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Direitos sociais em debate*. São Paulo: Elsevier, 2013.

¹⁴ Sem revisão do editor.

BRASIL. Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. *Diário Oficial da União*, 24 set. 1976.

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

_____. Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003. Define normas de regulação para o setor farmacêutico, cria a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED e altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 7 out. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na suspensão de liminar n. 47/PE. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União et al. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, 30 abr. 2010a. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087061/agreg-na-suspensao-de-liminar-sl-47-pe/inteiro-teor-102749994?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada n. 175/CE. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal et al. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, 30 abr. 2010b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de instrumento n. 2012.02.01.015457-5. Agravante: União Federal. Agravado: Célia Regina Corrêa. Relator: Des. Luiz Paulo da Silva Araujo Filho. *Diário Eletrônico da Justiça Federal*, 13 nov. 2012. Disponível em: <<https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23375712/ag-agravado-de-instrumento-ag-201202010154575-trf2?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Processo administrativo disciplinar n. 0004931-56.2012.2.00.0000*. Relator: Jefferson Luis Kravchychyn. [S.l.: s.n.], 2013a.

_____. Ministério da Saúde. Resolução – RDC nº 38, de 12 de agosto de 2013. Aprova o regulamento para os programas de acesso expandido, uso compassivo e fornecimento de medicamento pós-estudo. *Diário Oficial da União*, 13 ago. 2013b.

_____. Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016. Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. *Diário Oficial da União*, 14 abr. 2016a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 5501/DF. Requerente: Associação Médica Brasileira. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, 20 maio 2016b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=11016420&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%20105%20-%2020/05/2016>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

BRITO, Antônio. *Por que o brasileiro recorre à Justiça para adquirir medicamentos?*: entenda o que é a judicialização da saúde. Interfarma: São Paulo, 2016.

GAYER, Reinhard. Prestações positivas contra o Estado e a cláusula da reserva do possível na Jurisprudência da Corte Constitucional Alemã [gravação de vídeo]. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL BRASIL-ALEMANHA, 2., 2011, Florianópolis. *EMAGIS TRF4...* Florianópolis: [s.n.], 2011.

MARMELSTEIN, George. *A efetivação do direito fundamental à saúde pelo poder judiciário*. 2003. 90 f. Monografia (Especialização em Direito Sanitário) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2003. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/monografia.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

_____. *A efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. 2004. [239 f.]. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2004. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/dissertacao.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

_____. *Proteção judicial dos direitos fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha*. 2007. 149 f. Monografia (Especialização em Direito Processual Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/alemanha.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

_____. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Estado de coisas inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, Paulo Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (Org.). *Diálogos jurídicos luso-brasileiros*. Salvador: FBD, 2015. p. 241-264.

PERLINGEIRO, Ricardo. Demandas judiciais sobre internação hospitalar e medicamentos e escassez de recursos públicos: a Justiça faz bem à saúde?. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. v. 3, n. 17, p. 115-132, mar./abr. 2015.

PETRAMALE, Clarice Alegre. Nota de esclarecimento à Interfarma [on-line]. [S.l.: s.n., 2016]. Disponível em: <http://conitec.gov.br/images/pdf/Esclarecimento_Interfarma_08.08.2016.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2017.

PIERRO, Bruno de. Demandas crescentes. *Revista Pesquisa Fapesp*, [S.l.], v. 18, n. 252, p. 18-25, fev. 2017. Disponível em: <http://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2017/02/018-025_Judicializacao_252_NOVO.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2017.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à saúde: análise à luz da judicialização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

A sucumbência recursal no CPC/2015

LEONARDO OLIVEIRA SOARES

Resumo: Este artigo examina criticamente a sucumbência recursal conforme sua disciplina no novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Honorários advocatícios. Novo Código de Processo Civil. Remessa necessária. Contraditório dinâmico. Devido processo legal.

Considerando-se que o Estado Constitucional de Direito conta com uma tríplex fonte normativa (Constituição Federal, Tratados, convenções e pactos de Direito Internacional dos Direitos Humanos e legislação ordinária) já não se pode estudar o princípio do devido processo legal e suas garantias mínimas sem que sejam levados em conta esses três diversos níveis normativos. (GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 73)

A irresignação que as decisões desfavoráveis causam no espírito do vencido também justifica a noção de um sistema recursal. Com efeito, é da própria natureza humana não se conformar com a decisão que beneficia o adversário, especialmente a primeira. Daí a conveniência de se conferir ao inconformado algum remédio jurídico capaz de tornar insubsistente a decisão causadora de sua insatisfação. Evita-se, assim, pelo menos em tese, que a irresignação dê azo a expedientes maléficos ao Estado, como a inaceitável manifestação de inconformismo contra a própria pessoa do juiz. (SOUZA, 2014)

1. Sucumbência recursal e Juizados Especiais: possível aproximação

Antes mesmo de o anteprojeto do atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015 – CPC) (BRASIL, 2015) ter sido apresentado ao Congresso Nacional, surgiram objeções teóricas à instituição da sucumbência recursal no plano da jurisdição cível ordinária (SOARES, 2010).

Recebido em 17/8/17
Aprovado em 18/9/17

Como fonte próxima da inovação, pode-se apontar a sistemática impugnativa do microcosmo dos Juizados Especiais, atualmente composto pelas Leis nºs 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009 (BRASIL, 1995, 2001a, 2009).

É fato que, em aludido universo normativo, sequer é obrigatória a presença de advogado. Realmente, dado que em ambiente procedimental marcado pela informalidade (art. 2º da Lei nº 9.099/1995), prepondera o escopo conciliatório para as demandas cíveis *sub judice*, consideradas pelo legislador como de menor complexidade. Por isso mesmo, e nos limites dispostos no art. 9º dessa lei, é prescindível a figura do profissional técnico a quem a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB, 1988) qualificou, em seu art. 133, como indispensável à Administração da Justiça.

Sob essa óptica, pode-se sustentar que é admissível existir previsão de medida restritiva ao exercício do direito constitucional ao recurso consistente na fixação de honorários advocatícios em grau de reexame. Afinal, o funcionamento de todo o sistema será posto em xeque, desde quando negada a conciliação, introduzido o advogado e interposto o recurso da sentença proferida no processo (art. 41, § 2º da Lei nº 9.099) (BRASIL, 1995).

Por sua vez, as especificidades procedimentais – aí incluída a (constitucional?) autorização de dispensa do advogado em primeiro grau de jurisdição – reclamam análise em estudo específico.

Não se afigura ilegítima, porém, a aproximação desse mecanismo encontrado na Lei nº 9.099/1995 com aquele que foi disposto no novo CPC, diante do comum caráter inibitório de que se revestem tais expedientes no plano recursal.

Sem prejuízo do marco teórico Estado Transnacional de Direito, sinteticamente delineado na primeira das epígrafes do texto (GOMES; MAZZUOLI, 2009), pretende-se, agora, lançar novas luzes sobre o tema.

Para tanto, foram examinados posicionamentos jurisprudenciais relativos à entrada em vigor do novo CPC (BRASIL, 2015), em 18 de março de 2016.

2. Sucumbência recursal ao longo da tramitação legislativa do projeto do CPC

Finalizados os trabalhos legislativos afins, pode dizer-se que o instituto da sucumbência recursal fora contemplado:

1) no art. 73, § 6º, da proposta apresentada ao Congresso Nacional pela Comissão de Juristas para tanto designada;

2) no art. 87, § 7º, do Substitutivo (PLS 166/2010) (BRASIL, 2010) votado no Senado Federal em 15 de dezembro de 2010;

3) no art. 85, § 11, da Consolidação normativa (PL 8.046/2010) (BRASIL, 2011) aprovada na Câmara dos Deputados, em 26 de março de 2014;

4) no art. 85, § 11, do texto votado pelo Senado Federal em dezembro de 2014 e sancionado pela Presidência da República em 16 de março de 2015.

Em suma, ao longo da tramitação legislação em destaque, sempre se prestigiou a sucumbência recursal.

3. Delimitação quantitativa para a majoração de honorários advocatícios

Admita-se que um dos propósitos da inovação consista em frear o ânimo (ilegítimo?) do recorrente para, com isso, alcançar-se mais rápido desfecho da demanda – em outras palavras, concretizar o mandamento constitucional de julgamento e satisfação em tempo razoável no processo, nos termos do art. 5º, LVIII, da CRFB e art. 4º do CPC (BRASIL, 1988, 2015).

Ora, sabe-se que um dos critérios para a fixação de honorários advocatícios corresponde à complexidade da demanda (art. 85, § 2º, III, do CPC) (BRASIL, 2015).

Em virtude de peculiaridades intrínsecas, pode-se dizer que causas mais complexas ostentam aptidão para questionamentos via recurso cuja interposição se poderia desestimular, com base no risco financeiro passível de ser suportado pelo recorrente.

No entanto, em ações do gênero, precisamente em virtude da complexidade apontada, poder-se-á alcançar em primeiro grau de jurisdição o percentual máximo autorizado pelo art. 85, § 11, do CPC segundo o qual:

O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento (BRASIL, 2015).

Em tais casos, a contribuição da inovação para a celeridade processual não será, a bem dizer, digna de nota.

Sem que se faça juízo de valor quanto à natureza da demanda propriamente dita, em que são arbitrados os honorários advocatícios, transcreve-se ementa de recente pronunciamento do STJ sobre o assunto:

PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. HONORÁRIOS. MAJORAÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. VERBA FIXADA PARA ALÉM DO LIMITE MÁXIMO.

1. Não é possível a majoração da verba honorária, a título de sucumbência recursal, quando já fixada para além do limite máximo na instância *a quo*.
2. Embargos de declaração rejeitados (BRASIL, 2016b).

4. Sucumbência recursal e recorribilidade num mesmo grau de jurisdição

Não bastasse a limitação quantitativa apontada no tópico anterior, já existe entendimento de que a recorribilidade num mesmo grau de jurisdição – não obstante adie o trânsito em julgado respectivo – não autoriza a majoração de honorários advocatícios. Assim:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARA FINS DE ESCLARECIMENTOS QUANTO AOS HONORÁRIOS RECURSAIS, SEM EFEITOS MODIFICATIVOS.

1. De início, destaco que fica prejudicado o pleito relativo à inversão do ônus da sucumbência, uma vez que os Embargos de Declaração opostos pelo autor foram acolhidos com efeitos modificativos para rejeitar os Aclaratórios opostos pela União às fls. 552-562, e-STJ, restabelecendo o acórdão que negou provimento ao Agravo Interno.
2. Quanto aos honorários recursais, para evitar novos questionamentos, acolhem-se os Embargos Declaratórios para prestar esclarecimentos, sem, no entanto, emprestar-lhe efeitos infringentes.
3. O STJ tem jurisprudência firme no sentido de que, nos casos em que o grau inaugurado com a interposição do Agravo em Recurso Especial ocorreu em momento anterior à vigência da nova norma, como nos presentes autos, é indevida a aplicação da nova legislação processual civil, sob pena de retroação de seus efeitos.
4. Já em relação ao pedido de arbitramento/majoração da verba honorária de sucumbência no Agravo Interno, formulado pela embargante, ele deve ser rejeitado, em razão do entendimento da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira – Enfam, adotado no seminário “O Poder Judiciário e o Novo CPC”, no qual se editou o enunciado 16, com o seguinte teor: “Não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição (art. 85, § 11, do CPC/2015)”.
5. Dito de outro modo, como se trata (o Agravo Interno) de recurso que apenas prorroga, no mesmo grau de jurisdição, a discussão travada no

Recurso Especial, o caso concreto não comporta a aplicação do art. 85, § 11, do CPC/2015.

6. Embargos de Declaração parcialmente acolhidos sem efeito modificativo, apenas para prestar esclarecimentos (BRASIL, 2016a).

É certo que o disposto no art. 85, § 11, do CPC não proíbe de modo expresso o acréscimo na situação ora delineada. De fato, o comando legal tão somente estatui que “O Tribunal, ao julgar o recurso, majorará os honorários fixados anteriormente” (BRASIL, 2015).

No entanto, as objeções outrora lançadas ao instituto da sucumbência recursal em si mesmo considerado (SOARES, 2010) – e que podem, grosso modo, ser resumidas na incompatibilidade do instituto com o Estado Transnacional de Direito brasileiro – acabam por sinalizar uma, por assim dizer, simpatia com o posicionamento restritivo em pauta.

Em verdade, na espécie, restringe-se o alcance do disposto no art. 85, § 11, do CPC, em prol do exercício do direito constitucional ao recurso. Essa interpretação, sem prejuízo de outras ponderações, pode ser justificada:

1) pela limitada possibilidade de reforma de decisões (pense-se, por exemplo, na finalidade dos embargos declaratórios);

2) pela ordinária ausência de óbice a que o pronunciamento jurisdicional recorrido produza efeitos, diferentemente do que ocorre quando da apresentação de apelação (art. 1.012, *caput*, do CPC) (BRASIL, 2015).

3) por fim, pela existência de sanção específica, nos moldes do que estatui o § 4º do art. 1.021 do CPC (BRASIL, 2015) para o caso de o agravo interno ser declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime. Ressalte-se que o agravo em pauta será cabível nas decisões monocráticas proferidas pelo Relator, a contemplar, portanto, expressivas hipóteses da recorribilidade em mesmo grau de jurisdição.

Para dimensionar o possível impacto da inserção da restrição recursal em exame na órbita da jurisdição cível ordinária, outro instituto preservado pelo CPC, deve ser examinado: a remessa necessária – especialmente em virtude do número expressivo de demandas em curso no Poder Judiciário que poderá vir a sujeitar-se à reapreciação oficiosa.

5. Sucumbência recursal e reexame necessário

Nos últimos anos, presenciou-se sensível redução do âmbito de cabimento do reenvio obrigatório, ilustrada, *v.g.*, pelas disposições da Lei nº 10.352/2001 (BRASIL, 2001b). Nem por isso, a remessa *ex officio* deixou de ser contemplada:

1) no art. 478 do Anteprojeto do CPC apresentado ao Congresso Nacional;

2) no art. 483 do PLS 166/2010 votado no Senado Federal;

3) no art. 507 da Consolidação normativa aprovada na Câmara dos Deputados;

4) no art. 496 do CPC.

A manutenção legislativa do instituto foi alvo, contudo, de respeitável crítica doutrinária, segundo a qual “como não há mais um legítimo fundamento que justifique esse tratamento diferenciado em favor da Administração Pública, é difícil defender a compatibilidade da remessa necessária com o princípio constitucional da isonomia” (TALAMINI, 2016, p. [2]).

Além disso, não se pode deixar de registrar que, durante a tramitação da matéria na Câmara dos Deputados, o Instituto Brasileiro de Direito Processual apresentou proposta de CPC, na qual a remessa fora abolida. A rigor, nela foram afastados todos os denominados “privilégios” processuais da Fazenda Pública (SOARES, 2013b).

Seja como for, o CPC prevê – e em mais de uma oportunidade (art. 496) (BRASIL, 2015) – a extensão procedimental, ainda que não seja interposta a apelação pelo órgão de representação da pessoa jurídica de direito público. Por isso, defende-se que o legal e constitucional prolongamento em destaque afasta, salvo melhor juízo, a incidência de sucumbência recursal.

Diz-se constitucional, pois

O que se quer é assegurar o controle da decisão de primeiro grau por órgão hierarquicamente superior, a fim de evitar que a pessoa jurídica de direito público – e, portanto, a coletividade – seja prejudicada sem fundamento sólido. Ao ver do legislador, está em jogo interesse público (MOREIRA, 2001, p. 90).¹

¹ Pela inconstitucionalidade, ver Martins e Gomes (2010).

Em síntese, não haverá espaço para fazer incidir sobre o Estado (*rectius*: sobre a coletividade) o ônus em exame, desde quando presente o reexame – *v.g.*, em se tratando de sentenças contrárias ao Poder Público proferidas em ações declaratórias, constitutivas e mesmo condenatórias sem conteúdo econômico imediato. Ao menos no âmbito de reapreciação em 2º grau de jurisdição. Com efeito, os autos, nestas e noutras hipóteses, são enviados ao Tribunal competente para que se proceda à reapreciação da causa, tenha ou não sido interposta a apelação (art. 496, § 1º, do CPC) (BRASIL, 2015). Dito de outra maneira: o prosseguir da cadeia procedimental não depende de manifestação volitiva da pessoa jurídica de direito público.

Haverá, portanto, extensão do procedimento por força de regra infraconstitucional vigente, não se prestando, no particular, a inovação como fator de aceleração do desfecho da demanda. Sem contar, por fim, que a atuação das respectivas Procuradorias – aí incluídas as hipóteses de dispensa de recurso – se submete ao princípio constitucional da legalidade.

Nesse sentido, a interposição de recurso corresponde ao exercício de dever funcional instituído em benefício da coletividade, afastada, tanto quanto factível, a discricionariedade no agir. Em resumo, não deve a coletividade ser onerada financeiramente pela atuação processual, precisamente conforme o ordenamento jurídico em vigor.

Dado o significativo acervo de processos (em tese, passível de ser submetido ao reexame), deve-se destacar que um dos propósitos da inovação consiste, por suposto, em conferir máxima eficácia à garantia fundamental de julgamento e satisfação tempestivos, consoante o art. 5º, LXXVIII, da CRFB (BRASIL, 1988).

6. Marco temporal para a hipotética incidência de sucumbência recursal

Admita-se, a título argumentativo, a superação das limitações oriundas:

- 1) da prévia fixação de honorários em percentual máximo autorizado pelo CPC;
- 2) da restrição ao alcance do comando do art. 85, § 11, do CPC (BRASIL, 2015);
- 3) da submissão da demanda ao reexame necessário.

Ainda assim, do ponto de vista temporal, somente se pode cogitar de hipotética majoração de honorários quando a intimação da parte sucumbente se tenha efetivado na vigência do CPC. Sobre o tema, confira-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 85, § 11, CPC/2015. INAPLICABILIDADE. DECISÃO AGRAVADA PUBLICADA ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO.

1. O Enunciado Administrativo nº 7 do Superior Tribunal de Justiça deliberou que somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015.

2. Embargos de declaração acolhidos para fins de esclarecimentos, sem efeitos modificativos (BRASIL, 2017).

De fato, pois, do contrário, o insucesso da impugnação se fará acompanhar de consequência jurídica inexistente no ordenamento jurídico ao tempo da interposição respectiva.

Mas, e o princípio constitucional da duração razoável do processo? Por que razão se faz tão intransigente defesa do exercício do direito constitucional ao recurso?

7. Democrática limitação sistêmica (implícita?) à recorribilidade no CPC/2015

Nem de longe, considera-se o processo jurisdicional como um jogo. A previsão de respeito, notadamente à coerência, remete a uma espécie de elemento cognitivo padrão a ser observado nos processos, em proveito da isonomia, pelo Estado-juiz não menos que pelas partes. Eis o quanto se deixou registrado:

Bem, aí está, sim senhor, a razão do escrito, a saber: sustenta-se que, desde a entrada em vigor do NCPC, como elemento cognitivo ordinário, por assim dizer, de cada processo, sempre estará submetido ao crivo do contraditório a visão institucional acaso existente dos temas *sub judice*. (SOARES, 2016, p. 37).

Em suma, opor-se à positivação desta ou daquela restrição ao exercício de direito processual/constitucional não equivale a conferir caráter absoluto à aludida prerrogativa. Afinal, da cláusula genérica do devido processo legal – ou, se se preferir, justo processo (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 172-175) – deve extrair-se um conjunto de direitos e deveres a serem harmonicamente conjugados para a efetivação dessa cláusula e, de resto, dos direitos acaso reconhecidos no processo.

Bem por isso, não se nega que o art. 10 do CPC (BRASIL, 2015) poderá ensejar, ao fim e ao cabo, uma democrática diminuição no manejo de recursos ao proibir decisões surpresa e, dessa forma, assegurar às partes o direito efetivo de influenciar no desfecho da demanda. Realmente, em virtude de o desestímulo se harmonizar com o Estado Democrático e Transnacional de Direito, uma vez que o fundamento (subjetivo?) da inibição corresponderá ao fato de os destinatários da decisão poderem considerar-se como seus respectivos coautores (SOARES, 2013a, p. 113).

Ao propósito, veja-se lição doutrinária segundo a qual o CPC/2015:

parte da premissa de cooperação/comparticipação entre juiz e partes (e seus advogados), idealizada pela doutrina tedesca e que, se levada a sério, conduzirá à idealização de uma nova forma de implementação da cognição ao se perceber que um debate bem feito conduz à redução do tempo processual e à formação de decisões mais bem construídas, com a decorrente diminuição da utilização de recursos (BAHIA et al., 2015, p. 95).

8. Uma (desnecessária?) ponderação

A prévia observância do contraditório dinâmico não deve levar a uma espécie de “criminalização” da recorribilidade no processo, dado que a garantia constitucional de participação em contraditório autoriza ambas as partes a nutrir legítima expectativa de obter êxito na causa. E tal expectativa poderá ser atendida somente após o reexame da demanda, a bem do particular – não menos que da Fazenda Pública (leia-se: da coletividade).

Daí, e sem nenhum menoscabo ao sistema multiportas de acesso à justiça, a relevância de conferir-se máxima eficácia também ao exercício do direito fundamental ao recurso.

9. Conclusões

Com apoio no entendimento jurisprudencial aqui examinado, extraem-se as seguintes conclusões:

a) inibem a incidência do ônus recursal as situações com anterior fixação de honorários advocatícios no percentual máximo autorizado pelo CPC e de recorribilidade no mesmo grau de jurisdição;

b) a fim de a parte não ser surpreendida, apenas se a intimação da decisão recorrida houver ocorrido na vigência do CPC se poderá cogitar da majoração em pauta ao tempo da respectiva reapreciação pelo órgão *ad quem*.

De outro lado, defende-se que a submissão da demanda ao reexame necessário afasta, por si só, a incidência do ônus recursal. Ainda que venha a ser interposta a apelação pela pessoa jurídica de direito público, haja vista que a extensão procedimental não dependerá, no caso, de manifestação volitiva do recorrente.

O princípio do contraditório dinâmico apresenta-se como espécie de democrática limitação sistêmica implícita ao direito de recorrer.

Com efeito, já que pode propiciar a construção participada de decisões, leva os envolvidos a se considerarem coautores do provimento final.

Por isso, não devem ser criminalizadas as possibilidades impugnativas no processo, dada a legítima expectativa de êxito na demanda inerente aos direitos constitucionais de ação e defesa, respectivamente.

Em todo caso, o aumento da condenação ao pagamento de honorários advocatícios pressupõe admitir-se a compatibilidade do instituto da sucumbência recursal com o transnacional Estado Democrático de Direito.

Sobre o autor

Leonardo Oliveira Soares é mestre em Direito Processual pela PUC-MG, Belo Horizonte, MG, Brasil; membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil e do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; Procurador do Estado de Minas Gerais, atualmente na condição de Advogado Regional em Ipatinga, MG, Brasil; professor de Teoria Geral do Processo e Processo Civil na Faculdade de Direito de Ipatinga, Ipatinga, MG, Brasil.

E-mail: leonardo.soares@advocaciageral.mg.gov.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês²

ATTORNEY FEES ON APPEAL IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

ABSTRACT: The present article performs the analysis to criticize of the civil procedural innovation, that is, the creation of attorney fees on appeal in the new Brazilian Civil Procedure Code.

KEYWORDS: ATTORNEY FEES. NEW CIVIL PROCEDURE CODE. NECESSARY REVIEW. DYNAMIC CONTRADICTION. DUE PROCESS OF LAW.

Como citar este artigo

(ABNT)

SOARES, Leonardo Oliveira. A sucumbência recursal no CPC/2015. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 216, p. 131-141, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p131>.

(APA)

Soares, L. O. (2017). A sucumbência recursal no CPC/2015. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(216), 131-141. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p131

Referência

BAHIA, Alexandre Franco Melo et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*: Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. *Diário Oficial da União*, 27 set. 1995.

_____. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. *Diário Oficial Eletrônico*, 13 jul. 2001a.

_____. Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001. *Diário Oficial da União*, 27 dez. 2001b.

_____. Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009. *Diário Oficial da União*, 23 dez. 2009.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010. Autor: Sen. José Sarney. *Diário do Senado Federal*, 9 jun. 2010. [Tramitação encerrada].

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8.046, de 2010. Autor: Sen. José Sarney. *Diário da Câmara dos Deputados*, 4 fev. 2011. [Transformado na Lei Ordinária 13.105/2015].

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

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo interno no agravo em recurso especial n. 833.822/SC. Embargante: União.

²Sem revisão do editor.

Embargado: Márcio Augusto Schlemm Costa. Relator: Min. Herman Benjamin. *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 dez. 2016a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67102055&num_registro=201503176472&data=20161213&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 10 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração no agravo interno no agravo em recurso especial n. 918.001/MG. Embargante: Estado de Minas Gerais. Embargado: Elisa de Jesus Pedrosa Aurelio. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. *Diário da Justiça Eletrônico*, 19 dez. 2016b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1563880&num_registro=201601232735&data=20161219&formato=PDF>. Acesso em: 10 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo interno no agravo em recurso especial n. 835.197/DF. Embargante: Marcelo Montalvão Ferreira; Karla Cristina Guimaraes Monnerat. Embargado: VBE Empreendimentos Imobiliários Ltda. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. *Diário da Justiça Eletrônico*, 28 mar. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1581803&num_registro=201503247919&data=20170328&formato=PDF>. Acesso em: 10 nov. 2017.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Márcia de Azevedo; GOMES, Magno Federici. O reexame necessário e os princípios da igualdade e da proporcionalidade. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 65, p. 50-82, maio/jun. 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Juízo de retratação e reexame necessário em segundo grau de jurisdição. In: _____. *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

SOARES, Leonardo Oliveira. Primeiras considerações sobre a denominada sucumbência recursal no estado de direito transnacional. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 66, p. 69-75, jul./ago. 2010.

_____. Nova definição de sentença. In: _____. *Novos escritos de direito processual: entre presente e futuro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013a.

_____. O princípio da isonomia, o projeto de CPC e uma singela constatação. *Revista Jurídica: doutrina, legislação, jurisprudência*, São Paulo, v. 61, n. 430, p. 59-70, ago. 2013b.

_____. Coisa julgada, coerência jurisprudencial e o NCPC: ligeiro apontamento. In: _____. *Terceiros escritos de direito processual: agora mesmo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TALAMINI, Eduardo. Remessa necessária: (reexame necessário) *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 24, p. 129-145, maio/jun. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A constitucionalização do processo no Estado democrático de direito brasileiro. In: GAIO JÚNIOR, Antonio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas (Coord.). *Novo CPC: reflexões e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

A cumulação de pedidos na ação civil pública ambiental

MÁRCIA DIEGUEZ LEUZINGER

PAULO CAMPANHA SANTANA

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade da cumulação da indenização em dinheiro com o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer na ação civil pública ambiental. Para tanto, apresentará um breve resumo da evolução da proteção do meio ambiente no Brasil, bem como uma análise da ação civil pública como instrumento processual para essa proteção. Ao final, abordará os pedidos na referida ação, interpretando-os gramaticalmente e sistematicamente, destacando posicionamentos doutrinários a respeito, bem como decisões judiciais pertinentes, para concluir se tais pedidos são alternativos ou cumulativos.

Palavras-chave: Meio Ambiente. Interesses difusos e coletivos. Ação Civil Pública. Cumulação de pedidos.

1. Introdução

O Brasil foi palco de exploração intensa de seus recursos naturais durante muitos séculos, período em que praticamente não havia preocupação com a proteção do meio ambiente. Com a independência do país, começaram a surgir atores sociais que externaram esse sentimento, mas o modelo de economia extrativista colonial foi intensificado, tendo a Mata Atlântica como seu ativo fundamental.

Somente na década de 1930, o Brasil começou a editar normas de proteção ao meio ambiente, como o primeiro Código Florestal (BRASIL, 1934a) e o Código de Águas (BRASIL, 1934b), e a instituir unidades de conservação. Em 1981, sob forte influência dos resultados da Conferência de Estocolmo/1972, foi editada a Lei nº 6.938 (BRASIL, 1981a), que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e, em

Recebido em 22/6/17

Aprovado em 4/7/17

1988, a Constituição Federal destinou um capítulo exclusivo para tratar da proteção ambiental, tendo elevado o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à categoria de direito fundamental. Tanto a Lei nº 6.938/1981 quanto a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB (BRASIL, 1988) preveem a responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente, informada por vários princípios, como os da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador e da reparação integral.

Essa responsabilidade pelos danos ambientais ocorrerá nas esferas administrativa, civil e penal, podendo ser, inclusive, consequência de um mesmo fato. Para tutelar os direitos difusos e coletivos, existem normas processuais, que são a soma do que está contido no Título III do Código de Defesa do Consumidor – CDC (BRASIL, 1990), na Lei da Ação Civil Pública – LACP (BRASIL, 1985), na Lei da Ação Popular – LAP (BRASIL, 1965) e na Lei do Mandado de Segurança (BRASIL, 2009).

O presente trabalho ater-se-á à LACP, como instrumento de proteção ambiental, tendo como objeto a controvérsia quanto à possibilidade de cumulação da indenização em dinheiro com o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ou seja, se esses pedidos são cumulativos ou alternativos.

Inicialmente, o artigo tratará da proteção do meio ambiente, apresentando um sucinto panorama da exploração dos recursos naturais e da evolução da legislação ambiental no país. Em seguida, será abordada a ação civil pública, destacando-se o objeto da ação, a legitimidade para sua propositura, o foro competente para julgamento, entre outros aspectos relevantes. Por fim, o trabalho abordará os elementos da ação, tratando de cada um especificamente, bem como a cumulatividade de pedidos na ação civil pública, ressaltando a evolução das decisões no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e entendimento doutrinário a respeito.

2. A proteção do meio ambiente

O Brasil, muito antes da chegada dos portugueses, já era uma terra habitada por diversos povos indígenas, os quais usavam recursos naturais, praticando, inclusive, agricultura de coivara, aquela que utiliza técnica de queimada (LEUZINGER, 2009, p. 84-85). O uso da natureza pelos ameríndios, contudo, não comprometia os ecossistemas locais, pois não ultrapassava sua capacidade de resiliência.

Após o descobrimento, o período colonial brasileiro foi marcado por intensa exploração de recursos naturais, bem como por uma po-

lítica fiscalista, voltada ao abastecimento dos cofres portugueses por meio do pagamento de impostos. Franco (2002, p. 24-25) destaca que esse período foi de rápida destruição: em três séculos, a natureza foi mais devastada do que em mais de mil anos de exploração continuada nas civilizações do Egito, da China e da Mesopotâmia.

Em 1822, o Brasil tornou-se independente e, em 1824, teve outorgada a sua primeira Constituição, mas as políticas adotadas pelo então imperador intensificaram o modelo de economia extrativista colonial, tendo sido a Mata Atlântica um ativo fundamental, o que deu continuidade à sua destruição. No século XIX, a queimada da floresta para plantar cafezais foi a principal causa do desflorestamento, apesar de não ter sido a única (DEAN, 1996, p. 206). Em 1889, a república foi proclamada, também com pouca inclinação a poupar recursos naturais. Até a década de 1930, a despeito de diversos atores sociais terem externado sua preocupação com o meio ambiente, não existiam políticas públicas para sua proteção. Em 1934, com a edição do primeiro Código Florestal e do Código de Águas, começam a ser produzidas normas que efetivamente buscavam tal objetivo.

No final da década de 1960, no âmbito internacional, apontou-se que o crescimento econômico e o processo de industrialização predatória estavam produzindo resultados danosos para o planeta. Por conseguinte, a Suécia propôs que a ONU realizasse uma conferência internacional para discutir os problemas ambientais, que já atingiam dimensão global (MILARÉ, 2011, p. 1.510).

Assim, em 1972, foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo (Suécia), na qual diversos chefes de Estado debateram sobre o meio ambiente e o desenvolvimento do pla-

neta, inclusive do Brasil. Um dos produtos da Conferência foi o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que lançou as bases do “compromisso” humano com o meio ambiente. Em 1973, como parte dos compromissos assumidos pelo país durante a Conferência, o Brasil criou a Secretaria Especial do Meio Ambiente (SEMA), vinculada ao Ministério do Interior.

Em 1981, foi editada a Lei nº 6.938 (BRASIL, 1981a), que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), seus fins e mecanismos de formulação e aplicação. Entre os diversos conceitos que apresenta, encontra-se, em seu artigo 3º, o de meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. O inciso I do artigo 2º da Lei considera que o meio ambiente é um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo.

Poucos anos mais tarde, a CRFB, em seu artigo 225, estabeleceu como direito fundamental o meio ambiente equilibrado, definindo-o como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Impôs ainda ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nesse contexto, é importante ressaltar que o Brasil é um país megadiverso, abrigando cerca de 20% de todas as espécies do planeta. Por isso, após séculos de destruição dos recursos naturais, a proteção do meio ambiente é dever de todos, sendo a responsabilidade pelos danos uma das formas de repará-los e, a partir de seu efeito didático, obter também um resultado de prevenção.

Sobre a matéria, a Lei nº 6.938/1981 (BRASIL, 1981a) prevê, em seu artigo 14, § 1º,

que o poluidor é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou a reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade. Esse dispositivo estabelece a responsabilidade objetiva pelos danos causados. Ele foi recepcionado pela CRFB, cujo artigo 225, § 3º, prevê que as condutas consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Enquadrado na categoria de valor fundamental da sociedade, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem jurídico tutelado, inerente à própria dignidade da pessoa humana. Torna-se, assim, imprescindível o estabelecimento de mecanismos de responsabilização pelo descumprimento desse dever jurídico, por meio da aplicação de institutos de responsabilidade administrativa, civil e penal (MONTENEGRO, 2005, p. 35-36), o que significa que um mesmo fato pode ocasionar consequências em todas essas esferas.

Tal responsabilidade é informada e orientada por princípios. No caso da responsabilidade civil, um deles é o do poluidor-pagador, introduzido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 26 de maio de 1972, com a adoção da Recomendação C(72) 128, do Conselho Diretor, que trata dos aspectos econômicos das políticas ambientais. O próprio enunciado 16 da Declaração do Rio – ECO/92 expressamente prevê que o poluidor deve, em tese, arcar com o custo decorrente da poluição. O princípio procura imputar ao poluidor o custo social da poluição por ele gerada, tendo como consequência um mecanismo de responsabilidade por dano ecológico aos bens, às pessoas e à natureza (MILARÉ, 2011, p. 1.074).

Além dele, também o princípio da prevenção pode ser considerado fundamento da responsabilidade civil, tomada em seu aspecto pedagógico, baseando-se em critérios de antecipação de um resultado certo, que não se quer. Ele tem o objetivo de impedir a cristalização de danos ao meio ambiente, conferindo contornos jurídicos ao popular aforismo segundo o qual “mais vale prevenir que remediar” (COSTA NETO, 2003, p. 71-72). Está a prevenção relacionada ao perigo concreto.

Entretanto, quando se trata de perigo abstrato, há o princípio da precaução (MILARÉ, 2011, p. 1.069-1.071). Esse princípio surge como manifestação de uma antiga tensão entre a exaltação da prudência e a do risco, aplicada às sociedades tecnológicas (HERMITTE; DAVID, 2004, p. 93-94). Ele sugere a ponderação das preocupações ambientais e a cautela diante de perigos desconhecidos, mas prováveis. Em outras palavras, recomenda a realização de estudos científicos para avaliar a correta dimensão dos perigos a fim de informar os processos decisórios no planejamento ambiental (STEIGLEDER, 2011, p. 164).

O princípio da precaução está previsto em convenções internacionais, como a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, cujo artigo 3º dispõe que as partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar e minimizar as causas da mudança do clima. Ademais, o preâmbulo da Convenção sobre Diversidade Biológica, de 1992, trata de medidas para evitar as correspondentes ameaças, tal qual o princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, também de 1992.

Falhando as medidas de prevenção/precaução, ou diante da inevitabilidade do dano ambiental, impõe-se a sua reparação integral, que constitui um princípio alinhado com a

CRFB – art. 225, § 3º – e com a Política Nacional do Meio Ambiente – art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938, de 1981 (BRASIL, 1981a). A Declaração do Rio de Janeiro também estabelece, em seu princípio 13, que os Estados deverão desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e à indenização das vítimas da poluição e outros danos ambientais. A Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas estuda, inclusive, a possibilidade de os Estados poderem ser responsabilizados internacionalmente pelas consequências prejudiciais de seus atos (MACHADO, 2014, p. 120).

Mas, enfim, o que caracteriza um dano ambiental? Não há uma definição legal a respeito, mas pode-se afirmar que ele não se limita a uma mera redução patrimonial ou ofensa à honra (FURLAN; FRACALOSI, 2010, p. 497). O artigo 3º da Lei nº 6.938/1981 (BRASIL, 1981a) define degradação ambiental como a alteração adversa das características do meio ambiente. O inciso III desse artigo estabelece que poluição é a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que diretamente ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Milaré (2011, p. 1.123) entende que o dano ambiental se diferencia dos demais pela amplitude das vítimas e pela dificuldade da ação reparatória e da sua valoração. Como exemplo, ele aponta os acidentes nucleares ocorridos no passado, que afetaram milhões de pessoas. Além dessas, outras características desse tipo de dano podem ser citadas, como não respeitar fronteiras políticas e prolongar-se indefinidamente no tempo.

O dano ambiental pode ainda ser material ou extrapatrimonial, em que se inclui o dano moral coletivo. A responsabilidade coletiva decorre da solidariedade existente entre seres humanos que vivem em grupos e comunidades. O dano ambiental coletivo pode afetar interesses tanto coletivos *stricto sensu* quanto difusos. Estes últimos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato, enquanto aqueles são os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si com a parte contrária por uma relação jurídica base (MILARÉ, 2011, p. 1.121).

Infere-se do § 3º do artigo 225 da CRFB que a reparabilidade não encontra restrição no texto constitucional, tornando possível a indenização por danos ambientais que afetem tanto interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais individuais, como difusos e coletivos (OLIVEIRA,

2007, p. 81-82). Ao lado da coletividade, é possível a identificação de um ou alguns lesados em seu patrimônio particular, caracterizando-se o dano ricochete ou reflexo, que é uma modalidade de dano ambiental (MILARÉ, 2011, p. 1.122).

Rodrigues (2004, p. 36) salienta que as regras processuais que tutelam esses direitos ou interesses são reconhecidas como: “Sistema Processual Coletivo” ou “Jurisdição Civil Coletiva”. Ele é a soma das normas processuais do Título III do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990), com as Leis da Ação Civil Pública (LACP), Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (BRASIL, 1985), da Ação Popular, Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (BRASIL, 1965), e do Mandado de Segurança, Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009). Nesse sistema, a LACP destina-se aos direitos coletivos e difusos; os artigos 91 a 100 do CDC, aos interesses individuais homogêneos, e todo o restante (artigos 81 a 90 e 103 e 104, todos do CDC), aos direitos ou interesses coletivos *lato sensu*.

É justamente sobre a Ação Civil Pública, como instrumento de proteção do meio ambiente, que o próximo tópico tratará.

3. A ação civil pública como instrumento de proteção do meio ambiente

A ação civil pública está prevista na Lei nº 6.938/1981 (BRASIL, 1981a), que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente; no inciso III do artigo 3º da Lei Complementar nº 40/1981 (BRASIL, 1981b), que estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual; além, é claro, de na já mencionada Lei nº 7.347, de 1985 (BRASIL, 1985). Essa ação alcançou *status* constitucional em 1988, estando prevista no inciso III do artigo 129, que estabelece ser função institucional do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e dos interesses difusos e coletivos.

O artigo 1º da LACP dispõe que, sem prejuízo da ação popular, a Lei rege as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; por infração à ordem econômica; à ordem urbanística; à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; e ao patrimônio público e social.

Impende destacar que a Lei tem caráter unicamente processual. O pedido e a condenação deverão estar baseados em lei material dos

entes da federação que tipifique a infração ambiental, para buscar a condenação judicial (GUERRA; GUERRA, 2014, p. 377).

A LACP, em conjunto com o CDC, é o principal instrumento processual para a tutela dos interesses supraindividuais ambientais. Não há, na legislação estrangeira de tradição romano-germânica, mecanismo de igual importância para tal tutela (LEITE, 2015, p. 687).

Rodrigues (2010, p. 98-99) corrobora que a ação civil pública é a técnica processual mais vantajosa para a tutela jurisdicional do meio ambiente, a despeito de a condução ativa da ação ser de entes coletivos, não tendo o indivíduo legitimidade para atuar na ação, seja individualmente, seja em litisconsórcio. Todavia, para a tutela do meio ambiente, o cidadão pode propor ação popular.

É importante ressaltar que a consciência de que a defesa judicial de interesses de grupos possui peculiaridades distintas das demandas individuais surgiu a partir de 1970, com os trabalhos e as conferências de Mauro Cappelletti, na Europa continental e no Brasil. Com isso, passou-se a questionar a representação de grupo lesado, a extensão da coisa julgada para além das partes formais do processo, a repartição do produto da indenização, entre outros aspectos (MAZZILLI, 2012, p. 48).

O foro competente para processar e julgar eventual ação proposta será o do local onde ocorrer o dano ambiental, cujo juízo terá competência funcional, nos termos do artigo 2º da LACP. Portanto, a competência será relativa (prorrogável) quando o critério for o local do fato, pois seu critério é o território, e será absoluta (improrrogável e inderrogável) quando levar em consideração a competência funcional.

A Justiça competente para o processamento e o julgamento da ação dependerá da natureza do bem e dos seus interessados. Para exemplificar, pode ser citado o conhecido caso

de Mariana, desastre social e ambiental decorrente do rompimento da barragem de Fundão, no dia 5 de novembro de 2015, na unidade industrial de Germano, entre os distritos mineiros de Mariana e Ouro Preto (aproximadamente a 100 km de Belo Horizonte/MG), que poluiu o Rio Doce.

No referido caso, houve o interesse da União na causa, pois esse rio é um bem público federal. Logo, a Justiça Federal tornou-se competente para o caso. Tal fato foi corroborado no Conflito de Competência nº 144.922/MG (BRASIL, 2016), julgado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 22/6/2016, publicado no DJe de 9/8/2016. É importante observar que, havendo continência, na Justiça Federal, reúnem-se as ações. Nesse sentido, o próprio STJ sumulou entendimento na Súmula nº 489 (BRASIL, 2012), com o verbete: “reconhecida a continência, devem ser reunidas na Justiça Federal as ações civis públicas propostas nesta e na Justiça estadual”.

Quanto à sentença civil proferida nas ações civis públicas, o artigo 16 da LACP dispõe que ela fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá ajuizar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, diante da inexistência de coisa julgada material na demanda inicial.

Com relação à coisa julgada em questões ambientais, Sirvinskas (2014, p. 939) destaca a polêmica existente sobre a sua relativização. Há autores que a defendem, pois sustentam que o princípio da segurança jurídica não pode se sobrepor ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Dessa forma, prevalecerá o direito fundamental à vida, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sem a necessidade de propositura de ação rescisória.

A legitimidade ativa para propor a ação civil pública está prevista no artigo 5º da LACP: o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, a empresa pública, a fundação ou a sociedade de economia mista, e a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. É pacífico na doutrina que essa legitimação é concorrente e disjuntiva, haja vista todos poderem agir isoladamente, sem que se necessite da aquiescência dos demais (COSTA NETO, 2003, p. 282).

No que se refere à legitimidade da associação, cumpre destacar que o tempo mínimo de existência de 1 (um) ano pode ser dispensado quando presente o interesse social, em razão da dimensão do dano e da relevância do bem jurídico a ser protegido – STJ, REsp 706.449/PR (BRASIL, 2008). Todavia, é imprescindível que a defesa do meio ambiente seja uma das suas finalidades institucionais, havendo pertinência temática na ação proposta – STJ, REsp 332.879/SP (BRASIL, 2003). Merece destaque ainda o fato de que a legitimidade da associação evidencia a força da participação da sociedade diante dos direitos fundamentais (MARINONI, 2014, p. 209).

E se os juízes, no exercício de suas funções, tomarem conhecimento de fatos que possam ensejar ação civil pública? O artigo 7º da LACP dispõe que eles deverão remeter as peças ao Ministério Público para as providências cabíveis. Consequentemente, o *parquet* tem sido o principal autor das ações civis públicas propostas. Quando o Ministério Público não for

autor da ação, ele deverá atuar como fiscal da lei (artigo 5º, § 1º, da LACP). Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o órgão ministerial ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa (artigo 5º, § 3º, da LACP).

O novo Código de Processo Civil – CPC (BRASIL, 2015b) prevê que incumbe ao juiz, quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se refere o artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 (BRASIL, 1985). Tal dispositivo não era previsto no CPC de 1973 (BRASIL, 1973).

Além desse dispositivo, o artigo 19 da LACP dispõe sobre a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e do Título III do CDC na defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais (artigo 21 da LACP). No Título III, encontra-se o artigo 83 (CDC), que estabelece: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Portanto, norteados pelos princípios da responsabilidade por danos ao meio ambiente, esse comando corrobora a busca da tutela efetiva.

A LACP expressamente prevê a possibilidade do litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos previstos na referida Lei (artigo 5º, § 5º, da LACP).

Como instrumento de composição ambiental, a LACP prevê que os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações (artigo 5º, § 6º, da LACP). Tal termo terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Quando o direito material envolvido for o meio ambiente equilibrado, que é considerado um bem jurídico indisponível e irrenunciável, o termo de ajustamento de conduta (TAC) apenas tratará de prazos e/ou condições para o cumprimento das normas previstas. O termo contemplará o que seria objeto de ação civil reparatória ou inibitória (LEITE, 2015, p. 692).

Todavia, para que o TAC seja um título executivo extrajudicial, deve haver uma obrigação líquida, certa e exigível, ou seja, se for uma obrigação de fazer, como o reflorestamento de determinada área, devem ser especificados a quantidade de árvores, a área de plantio, o tipo de vegetação, entre outros dados relevantes (RODRIGUES, 2010, p. 235). Sobre a sua importância, Ferraresi (2009, p. 238) aponta que, na seara ambiental, a restauração ou recuperação do ecossistema é mais importante do que a punição ao responsável. Logo, se o ajuste for cumprido, oferecer denúncia pelo delito correlato não é a melhor medida.

Para eventual instrução inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e as informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias (artigo 8º, *caput*, da LACP). Se houver necessidade de instauração de inquérito civil, somente o Ministério Público poderá instaurá-lo e presidi-lo. Todavia, as ações civis públicas ambientais podem ser propostas sem que seja necessário instaurar esse inquérito.

Com relação ao inquérito civil, na ADI 1285 MC/SP (BRASIL, 1995b), sob a relatoria do Ministro Moreira Alves, o Supremo Tribunal Federal destacou: “O inquérito civil é procedimento pré-processual que se insere na esfera do direito processual civil como procedimento, à semelhança do que sucede com relação ao inquérito policial em face do direito processual penal”.

O Ministério Público pode, após esgotadas todas as diligências, convencer-se da inexistência de fundamento para propor ação civil. Nesse caso, promoverá o arquivamento dos autos ou das peças informativas (artigo 9º, *caput*, da LACP). Entretanto, diferentemente do inquérito policial, o MP não requer o arquivamento, e sim o promove. Os autos arquivados devem ser remetidos para o Conselho Superior do Ministério Público, a quem caberá homologar ou rejeitar o arquivamento (artigo 9º, § 3º, da LACP). Se rejeitar, designará outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação (artigo 9º, § 4º, da LACP).

Por fim, o artigo 3º da LACP dispõe que a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Portanto, surge o questionamento: esses pedidos são cumulativos ou alternativos? É o que será abordado a seguir.

4. A cumulação de pedidos na ação civil pública ambiental

A ação é identificada por seus elementos. Por meio deles, uma ação poderá ser comparada com outra, para que se verifique a existência de coisa julgada, litispendência ou preempção, as quais exigem que as ações sejam idênticas, assim como conexão, continência ou prejudicialidade, que ocorrem em ações parecidas (NEVES, 2016, p. 79).

A ação tem como elementos as partes, a causa de pedir e o pedido. As partes dividem-se em processual e material. A primeira é a que está em uma relação jurídica processual, exercendo o contraditório. A segunda é o sujeito da situação jurídica que está sendo discutida em juízo, que pode ou não coincidir com a primeira (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 289-290).

O pedido representa a providência jurisdicional que se pretende. Ele é considerado o bem da vida pretendido. É o que se espera para em tese solucionar o problema apresentado. Ele pode ser imediato (aspecto processual) e imediato (aspecto material) (NEVES, 2016, p. 81).

A causa de pedir revela o interesse na busca da solução judicial (FUX, 2008, p. 183). Ela pode ser dividida em remota e próxima. Há autores que entendem que a primeira diz respeito aos fatos constitutivos, e a segunda, aos fundamentos jurídicos do pedido. Para outros autores, a causa de pedir próxima refere-se aos fatos, enquanto a causa remota, aos fundamentos do pedido, sendo este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (NEVES, 2016, p. 95).

Com relação à atuação do juiz, o artigo 141 do novo CPC dispõe que o juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte. Na mesma sintonia, o artigo 492 do novo CPC estabelece que é vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

O pedido é o núcleo da petição inicial. A prestação jurisdicional não pode ser *extra, ultra* ou *infra/citra petita*, conforme se depreende da leitura desses artigos (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 574). Ela será *extra petita* quando o pronunciamento tratar do que não for objeto do pedido; *ultra petita* quando for além do pedido; e *infra/citra petita* quando se omitir quanto à apreciação da lide (ALVIM, 2013, p. 1.157-1.161).

O pedido e a causa de pedir delimitarão a atuação jurisdicional, pois o julgador não poderá prestar a tutela de forma diversa da pretendida, nem além, nem aquém, nem fora do que se pleiteia.

O processo civil busca a estabilidade da demanda. Para tanto, ao dispor sobre os requisitos da petição inicial, o inciso IV do artigo 319 do novo CPC prevê que ela indicará o pedido com as suas especificações; o *caput* do artigo 322 estabelece que o pedido deve ser certo; e o inciso I do artigo 329 determina que o autor poderá, até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu.

Sobre os elementos da estabilidade, Rodrigues (2010, p. 110-111) adverte que, nas demandas ambientais, a análise e a interpretação do pedido e da causa de pedir devem ter enfoque diferente do adotado no direito processual clássico. Isso se deve ao fato de que o bem ambiental é instável, e, em razão de sua sensibilidade, variações no espaço e no tempo podem alterar a situação jurídica ambiental. Desse modo, uma pequena alteração na água, no ar, no clima, entre outros, pode ocasionar mudanças no equilíbrio ecológico, tendo como consequência grande prejuízo ao meio ambiente.

Para Rodrigues (2010, p. 112), nas causas ambientais, a tutela jurisdicional deve ser capaz de acompanhar possíveis alterações do bem ambiental. Como exemplo, ele cita: “basta imaginar a hipótese de ter sido formulado um pedido de reflorestamento de uma área indevidamente desmatada: quando a demanda chega ao seu final, a área desmatada tornou-se ou já era maior do que havia sido delimitada pelo pedido inicialmente”. Todavia, destaca o autor que, se o pedido não for interpretado de forma extensiva, haverá injustiça. Por conseguinte, há de admitir-se que, nas lides ambientais, o pedido deve sempre ser interpretado extensivamente.

O artigo 3º da LACP dispõe que a ação poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou

não fazer. Nesse sentido, o artigo 11 da LACP estabelece que, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

A obrigação de fazer pode ser fungível ou infungível. Esta última somente pode ser cumprida pelo devedor, enquanto a primeira pode ser cumprida por pessoa diversa. Todavia, em ambas, o obrigado citado cumprirá o mencionado artigo 11. A execução específica prevista nesse artigo é a realização do objeto da obrigação, que pode ser, por exemplo, uma reparação do meio ambiente degradado por um explorador de recursos minerais (SILVA, 2013, p. 348).

A obrigação de não fazer, por sua vez, refere-se a não atuar em determinado sentido, não praticar certa atividade ou ato, abstando-se. Como exemplo, pode ser citada a proibição de exploração de recursos naturais nos parques e reservas biológicas, a não derrubada de florestas em áreas de determinada inclinação, a proibição de caça profissional, entre outras (SILVA, 2013, p. 349-350).

A indenização e as multas processuais não irão para as vítimas diretas e indiretas do prejuízo, mas sim para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, conforme dispõe o artigo 13 da LACP. Esse Fundo foi regulamentado pelo Decreto nº 1.306, de 1994, e, no âmbito federal, a Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995 (BRASIL, 1995a), criou, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal Gestor do FDD.

O § 1º do artigo 1º da Lei nº 9.008/1995 (BRASIL, 1995a) dispõe que o FDD tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos. O problema, nesse caso, é que apenas uma pequena parcela do que é arrecadado pelo FDD, no plano federal, vem sendo efetivamente aplicada em projetos de direitos difusos. O restante tem sido destinado a fazer superávit financeiro para o governo federal.

Diante dos esclarecimentos sobre os tipos de obrigação e sobre a indenização, surge a seguinte questão: eles podem ser cumulados? Primeiramente, cumpre esclarecer que a cumulação de pedidos pode ser classificada em sentido estrito (cumulação própria), quando a procedência simultânea de todos os pedidos for possível, e em sentido amplo (cumulação imprópria), quando somente um dos pedidos formulados puder ser concedido (NEVES, 2016, p. 92).

Utilizando o método literal ou gramatical para a interpretação do artigo 3º da LACP, o intérprete é conduzido ao entendimento de que a cumulação não é possível, pois a conjunção “ou” indica valor alternativo. Todavia, tal técnica busca desvendar o significado das palavras, o que, por si só, não é suficiente, principalmente quando se trata de normas que buscam proteger o meio ambiente. Logo, elas devem ser interpretadas num universo contextual, de forma sistemática. Segundo essa técnica, deve-se considerar o sentido das palavras e frases, comparando-o com os demais dados que o constituem, confrontando-o com outros textos (GOMES, 2012, p. 168-169).

Dessa forma, interpretando-se sistematicamente o supracitado artigo, no contexto do transcrito artigo 83 do CDC, bem como da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938, de 1981) e da Constituição Federal, o resultado mais adequado e útil para que se alcance a maior efetividade das normas de proteção ambiental é o de possibilitar a cumulação dos pedidos na ação civil pública.

Com relação à possibilidade de cumulação, Marchesan, Steigleder e Cappelli (2004, p. 179) defendem que ela é possível, tendo em vista o princípio da reparação integral do dano, de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Elas exemplificam o caso de uma obrigação de reparação natural juntamente com a indenização por dano extrapatrimonial.

No mesmo sentido, Dantas (2009, p. 230) defende que, em princípio, nada obsta a cumulatividade, pois o próprio CPC permite a cumulação de pedidos, desde que haja compatibilidade entre eles, competência do juízo para todos e adequação ao tipo de procedimento. Na mesma direção, Steigleder (2011, p. 212) ressalta que eles poderão ser cumulados, não se caracterizando *bis in idem*, uma vez que seus fundamentos são diversos.

Milaré (2011, p. 1.436) corrobora esse entendimento e aponta que o emprego da conjunção disjuntiva “ou” não impede, diante do caso concreto, a cumulação dos pedidos previstos no artigo 3º. Ele ressalta que o dano ambiental pode ter efeitos a longo prazo, e a ação civil pública terá duplo objetivo, que é estancar o fato gerador e imputar ao poluidor o ressarcimento monetário pelos estragos ocorridos.

O entendimento inicial do Superior Tribunal de Justiça estava orientado no sentido da impossibilidade de cumulação, conforme trecho de decisão que se segue: “A ação civil pública não pode ter por objeto a condenação cumulativa em dinheiro e cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Se o legislador ordinário disse ou, estabeleceu ele a alternativa” – REsp nº 94.298/RS (BRASIL, 1999).

Posteriormente, aquela Corte rompeu com o que vinha sendo decidido e passou a entender como possível a condenação cumulativa, conforme o seguinte julgado: “a conjunção ‘ou’ deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo, com a cumulação dos pedidos, a tutela integral do meio ambiente) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins...)” – REsp nº 605.323/MG (BRASIL, 2005).

Nesta decisão, destacou-se que o sistema jurídico de proteção do meio ambiente está fundado em vários princípios, entre os quais o da prevenção, o do poluidor-pagador e o da reparação integral. Ressaltou-se que exigir uma ação civil pública autônoma para cada espécie de prestação daria ensejo à possibilidade de sentenças conflitantes para demandas semelhantes, além de atentar contra os princípios da instrumentalidade e da economia processual.

Com isso, torna-se efetivo o processo civil, pois a cumulação de pedidos concretiza a tutela jurisdicional para proteção do meio ambien-

te, atendendo aos princípios da reparação integral do dano, do poluidor-pagador e da prevenção. Conforme destacam Wambier e Talamini (2014, p. 75), pelo próprio princípio da efetividade do processo, ele deve propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados.

Com relação aos princípios da economia e da instrumentalidade das formas, Cintra, Grinover e Dinamarco (2000, p. 79) argumentam que o processo é um instrumento, não podendo exigir dispêndio exagerado referente aos bens em disputa. Logo, deve-se buscar o máximo resultado com o emprego mínimo de atividades processuais. Os institutos processuais buscam assegurar um resultado predeterminado, tendo de ser desconsiderado eventual vício de atividade processual, pois o meio não pode ser mais importante que o fim (CÂMARA, 2014, p. 255).

O Superior Tribunal de Justiça, corroborando tal entendimento, também decidiu: “A conjunção “ou” deve ser considerada no sentido de adição, e não como alternativa excludente. Pode-se, pois, pedir a condenação em dinheiro acrescida do cumprimento de obrigação de fazer” – REsp nº 625.249/PR (BRASIL, 2006). Desde então, este tem sido o entendimento do STJ, a despeito de nenhuma decisão nesse sentido ter sido tomada em sede de recursos repetitivos.

No âmbito dos tribunais locais, todavia, a questão não está pacificada, havendo Cortes decidindo pela impossibilidade de cumulação da condenação em dinheiro e do cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Como exemplo, podem ser citadas algumas decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que foram reformadas pelo STJ, tornando-se possível a cumulação da indenização com a obrigação de fazer: REsp nº 1.229.502/MG (BRASIL, 2011); REsp nº 1.328.753/MG (BRASIL, 2015a); e REsp nº 1.160.708/MG (BRASIL, 2015c). Em todas, o recorrente foi o Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

5. Conclusão

A LACP, em conjunto com o CDC, é o principal instrumento processual para a tutela dos interesses supraindividuais ambientais. A sentença civil proferida nas ações civis públicas faz coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá ajuizar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (artigo 16 da LACP). Com relação à coisa julgada nas ACPs ambientais, há autores que defendem a sua relativização, argumentando que o princípio da segurança jurídica não pode se sobrepor ao direito ao meio ambiente ecologicamente

equilibrado. Dessa forma, prevalecerão os direitos fundamentais à vida e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sem a necessidade de propositura de ação rescisória.

Quanto à legitimidade ativa, é pacífico na doutrina ser ela concorrente e disjuntiva, haja vista todos os legitimados poderem agir isoladamente, sem que seja necessária a concordância dos demais. No que se refere à legitimidade das associações civis, o tempo mínimo de existência de 1 (um) ano pode ser dispensado quando presente o interesse social, em razão da dimensão do dano e da relevância do bem jurídico a ser protegido.

É possível a realização de Termo de Ajustamento de Conduta para a solução de litígio de natureza ambiental; mas, sendo o direito ao meio ambiente equilibrado indisponível e irrenunciável, o TAC apenas poderá tratar de prazos e/ou condições para o cumprimento das normas ambientais.

O artigo 3º da LACP dispõe que a ação poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Quando a ação tiver por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou a cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor. A maior parte da doutrina e as atuais decisões do Superior Tribunal de Justiça estão orientadas no sentido de ser possível a cumulação de condenação em dinheiro e cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, nas ações civis públicas ambientais, remanescendo divergência em outras instâncias judiciais. É importante ressaltar, contudo, que deve ser sempre privilegiada a reparação total do ambiente degradado, pois somente assim será garantido a todos o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

Sobre os autores

Márcia Dieguez Leuzinger é doutora em Desenvolvimento Sustentável e mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF; Brasil; pós-doutora pela University of New England, Armidale, Austrália; professora de Direito Ambiental do mestrado e do doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília, DF, Brasil; procuradora do Estado do Paraná em Brasília.

E-mail: marcia.leuzinger@uol.com.br

Paulo Campanha Santana é mestre e doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília, DF.

E-mail: pcampanhap@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹

THE CUMULATION OF REQUESTS IN THE ENVIRONMENTAL PUBLIC CIVIL ACTION

ABSTRACT: The paper aims to analyze the possibility of cumulation of the indemnity in cash with the fulfillment of the obligation of to do or not to do in the environmental civil public action. For this purpose, a brief summary of the evolution of the protection of the environment in Brazil will be presented, as well as an analysis of the civil public action as a procedural instrument for this protection. In the end, it will study the requests in the mentioned action, interpreting them grammatically and systematically, highlighting doctrinal positions regarding them, as well as pertinent judicial decisions, to conclude if such requests are alternative or cumulative.

KEYWORDS: ENVIRONMENT. DIFFUSE AND COLLECTIVE INTERESTS. CIVIL PUBLIC ACTION. CUMULATION OF REQUESTS.

Como citar este artigo

(ABNT)

LEUZINGER, Márcia Dieguez; SANTANA, Paulo Campanha. A cumulação de pedidos na ação civil pública ambiental. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 216, p. 143-159, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p143>.

(APA)

Leuzinger, M. D., & Santana, P. C. (2017). A cumulação de pedidos na ação civil pública ambiental. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(216), 143-159. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p143

Referências

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934. *Diário Oficial*, 23 jan. 1934a.

_____. Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934. *Diário Oficial*, 10 jul. 1934b.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial da União*, 5 jul. 1965.

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

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Diário Oficial da União*, 2 set. 1981a.

_____. Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. *Diário Oficial da União*, 15 dez. 1981b.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. *Diário Oficial da União*, 25 jul. 1985.

¹ Sem revisão do editor.

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

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 set. 1990.

_____. Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995. *Diário Oficial da União*, 22 mar. 1995a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1285.1/SP. Relator: Min. Moreira Alves. *Diário de Justiça*, 25 out. 1995b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 94.298/RS. Relator: Min. Garcia Vieira. *Diário de Justiça*, 21 jul. 1999.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 332.879/SP. Relator: Min. Eliana Calmon. *Diário de Justiça*, 10 mar. 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 605.323/MG. Relator: Min. José Delgado. *Diário de Justiça*, 10 out. 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 625.249/PR. Relator: Min. Luiz Fux. *Diário de Justiça*, 31 ago. 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 706.449/PR. Relator: Min. Fernando Gonçalves. *Diário de Justiça Eletrônico*, 9 jul. 2008.

_____. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 10 ago. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.229.502/MG. Relator: Min. Sidnei Beneti. *Diário de Justiça Eletrônico*, 3 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 489. *Diário de Justiça Eletrônico*, 1º ago. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.328.753/MG. Relator: Min. Herman Benjamin. *Diário de Justiça Eletrônico*, 3 fev. 2015a.

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

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.160.708/MG. Relator: Min. Og Fernandes. *Diário de Justiça Eletrônico*, 29 set. 2015c.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência n. 144.922/MG de 2015. Relator: Min. Diva Malerbi. *Diário de Justiça Eletrônico*, 9 ago. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. *Proteção jurídica do meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Ação civil pública e meio ambiente: teoria geral do processo, tutela jurisdicional e execução*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DEAN, Warren. *A ferro e fogo: a história e a devastação da Mata Atlântica brasileira*. Tradução Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DECLARAÇÃO do Rio de Janeiro. *Estud. av.*, São Paulo, v. 6, n. 15, p. 153-159, ago. 1992. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000200013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 5 jul. 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1.

FERRAREZI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- FRANCO, José Luiz de Andrade. *Proteção à natureza e identidade nacional: 1930-1940*. Brasília: UnB, 2002.
- FURLAN, Anderson; FRACALOSSO, William. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.
- GOMES, José Jairo. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro*: LNDB. São Paulo: Atlas, 2012.
- GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Curso de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- HERMITTE, Marie-Angèle; DAVID, Virginie. Avaliação dos riscos e princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 93-94.
- LEITE, José Rubens Morato (Coord.). *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Natureza e cultura: unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes*. Curitiba: Letra da Lei, 2009.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito ambiental*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MONTENEGRO, Magda. *Meio ambiente e responsabilidade civil*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- OLIVEIRA, William Figueiredo de. *Dano moral ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- _____. *Processo civil ambiental*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 10. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

Direito e desenvolvimento no Brasil e a inserção histórica da política pública do microempreendedor individual

GEORGE FELÍCIO GOMES DE OLIVEIRA

Resumo: O trabalho analisa o contexto em que o campo de estudos do Direito e Desenvolvimento progrediu no Brasil, buscando apontar a origem das discussões (sociais, políticas, econômicas e jurídicas) que proporcionaram a inserção da política pública do Microempreendedor Individual em nosso cotidiano.

Palavras-chave: Direito e Desenvolvimento. Política pública. Microempreendedor Individual.

1. Introdução

O verbo *desenvolver*, origem do termo *desenvolvimento*, é utilizado em acepções as mais diversas: desde a simples expressão de uma ideia à complexa economia de um país, passando pela concreta elaboração de um veículo ou mesmo à abstrata noção de espírito humano. Reside aí a dificuldade mais intensa no tratamento da matéria: a clareza quanto ao significado.

Para fins deste trabalho, *desenvolvimento* será tratado como o processo em busca do bem-estar por meio do crescimento econômico. Ocorre que é necessário esclarecer melhor essa noção de desenvolvimento, a qual não se compõe de aspectos estritamente econômicos.

De acordo com Sen (2000, p. 18), o desenvolvimento é elemento essencial à expansão das liberdades humanas, e para atingi-lo é preciso “que se removam as principais fontes de privação de liberdade, pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistêmica, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de estados repressivos”.

Recebido em 25/8/17
Aprovado em 17/10/17

O desenvolvimento, então, deve proporcionar oportunidades sociais adequadas para os indivíduos, as quais se relacionam com as liberdades políticas e as facilidades econômicas.

A perspectiva de atuação do Estado interessado na promoção do desenvolvimento em prol do fortalecimento e da proteção das capacidades humanas (e das liberdades instrumentais) é de incentivador, especialmente nos países em desenvolvimento. Torna-se essencial, então, a elaboração de políticas públicas fomentando a criação de oportunidades sociais.

E, a se considerar o Direito como a reunião de múltiplos atos normativos produzidos para veicular regras, presume-se que as políticas públicas precisam do aparato jurídico para poderem ser postas em prática. Entre elas, encontra-se o Programa do Microempreendedor Individual (MEI).

A problematização da pesquisa ora apresentada é encontrar a origem da legislação brasileira sobre o assunto à luz das ideias provenientes do campo do Direito e Desenvolvimento.

Disseminado por estudiosos norte-americanos que voltaram seu olhar interdisciplinar para os problemas relacionados ao desenvolvimento de países do então chamado Terceiro Mundo, aquele movimento descortina uma longa história contendo inúmeras situações reveladoras da interação entre Direito, economia e práticas institucionais.

2. Direito e desenvolvimento no Brasil

Explorar as relações entre Direito e desenvolvimento no Brasil é a tarefa a ser delineada neste tópico.

Os primeiros estudiosos do Direito e Desenvolvimento, ainda em seu momento inicial, escolheram o Brasil como objeto para suas análises (TRUBEK, 2009). À época, o Brasil apresentava um dos maiores índices de crescimento econômico e seguia em busca de sua industrialização plena. Ao mesmo tempo, tinha um dos piores cenários de pobreza da América Latina.

Quando examinou os 50 anos do movimento *Law and Development*, Trubek (2012) constatou que o Direito podia ser uma barreira para o desenvolvimento. No Brasil, mais de cem anos antes desse debate acadêmico, já se utilizava o Direito como instrumento dificultador do desenvolvimento.

Caldeira (1995) relata que, por volta de 1822, a legislação brasileira proibia aos comerciantes a ocupação de cargos públicos. O comércio era tido e havido como prática menor, a qual devia ser desestimulada. No

entanto, “o comércio era a única carreira que um pobre alfabetizado [...] podia tentar para ganhar a vida – as únicas opções eram a posse de terras ou um emprego público, campos bem mais limitados” (CALDEIRA, 1995, p. 64).

Ainda assim, o País alcançou, na segunda metade do século XX, um salto de desenvolvimento, o qual propiciou um comando maior e mais eficiente da economia pelo Estado e um rápido crescimento. Contudo, ao mesmo tempo, via-se o aumento do autoritarismo e o surgimento de uma tensão entre o governo e os juristas, pois, entre 1964 e 1970, “mais de dez mil leis e decretos foram baixados, muitos de grande significação” (TRUBEK, 2009, p. 110-111). Foi o momento da criação de um Código Tributário Nacional e de sistemas inteiros de financiamento habitacional, mercado de capitais e atividade bancária de modo geral, em sua maioria veiculados por decretos do Executivo, voltados para o desenvolvimento econômico.

Num primeiro momento, os operadores do Direito brasileiro não conseguiram lidar muito bem com essa nova ordem de normas jurídicas, de cunho mais técnico e muito menos dedutivo do que as então existentes. Por outro lado, os estudiosos estrangeiros do Direito e Desenvolvimento ali encontravam farto material para pesquisa, tanto no que diz respeito às normas jurídicas quanto a propósito da educação jurídica, a qual precisava modificar-se para compreender a nova realidade.

O pressuposto básico das pesquisas era que, no Brasil, o mercado seria a fonte principal de alocação econômica. Logo, ele devia ser regulamentado para garantir aquilo que se considerava prioritário para o desenvolvimento. E essa regulamentação estava além do Direito puramente privado: era necessário a apreensão de habilidades jurídicas instrumentais.

Essa era a linha de desenvolvimento jurídico a ser implementada mediante a reforma da educação jurídica. Ocorre que o aumento do autoritarismo no País entrava em conflito com esse pensamento de reforma. O que acontecia na prática era a destruição da própria ordem jurídica pelo regime civil-militar ditatorial.

Por conseguinte, poucas ideias foram postas em ação, em que pese ter havido uma expansão considerável do mercado de capitais; e uma reforma jurídica visando a técnicas mais instrumentais foi proposta e parcialmente implementada. Não obstante, Trubek (2009, p. 118) conclui que “os esforços liberalmente motivados para auxiliar a reforma educacional talvez tenham ajudado na consolidação do regime autoritário”, pois o pensamento instrumental que se assumiu no Brasil tomou a forma do instrumentalismo autoritário.

Diante da necessidade de reavaliar a experiência brasileira até ali, Trubek aferiu que o regime brasileiro estava mais preocupado em assegurar o controle sobre a atividade econômica do que com o tipo de desenvolvimento de mercado autônomo defendido pelos teóricos do Direito e Desenvolvimento. Além disso, observou que o mercado brasileiro era composto por uns poucos favorecidos pelo governo, e não tão dependente assim de um império do Direito que garantisse previsibilidade. Essa última característica acabava por favorecer a dependência mútua entre o Estado e certos atores econômicos, os quais eram beneficiados em detrimento de outros.

Pari passu ao recrudescimento do regime autoritário, os estudos sobre Direito e Desenvolvimento no Brasil entravam em declínio, pelas razões apontadas, sendo retomados somente após as crises do petróleo e o alvorecer das novas ideias trazidas pelo neoliberalismo, ao mesmo tempo em que se reconstruía o Estado democrático.

Dos anos 1930 até o final dos anos 1980, as políticas econômicas consistiam em iniciativas estatais para promover a substituição de importações, desenvolver o País por intermédio de empresas estatais, planejamento econômico, controle de preços, regulação e autorização administrativa para setores-chave e o uso de tributação e de incentivos financeiros.

Após o Consenso de Washington, o foco era o mercado e aquela estrutura estatal foi parcialmente desartada em troca de abordagens pró-mercado. Em 1988, a promulgação de uma nova Constituição trouxe à tona uma política fortemente democrática, mas também consagrou o ideário neoliberal no tocante às questões financeiras e orçamentárias.

A partir daí, houve uma parcial reversão do modelo desenvolvimentista, com privatizações, liberalização da economia, desmantelamento de instrumentos de política industrial e tentativa de passos em direção à redução da pobreza. Após a eleição de Luiz Inácio Lula da Silva, em 2002, o governo retomou um papel mais ativo no desenvolvimento industrial e realizou medidas mais agressivas visando a aliviar a pobreza e a reduzir as desigualdades (TRUBEK; COUTINHO; SCHAPIRO, 2012).

Nesse momento, houve o reconhecimento da importância do mercado para o crescimento, mas não de sua suficiência. Para crescer com equidade, era preciso intervenção estatal seletiva na economia. Afastou-se do neoliberalismo, é certo. Contudo, manteve-se a abertura comercial, para que se garantisse a competitividade da indústria nacional. Novas políticas enfatizavam a infraestrutura, a tecnologia, a ciência e a inovação e deu-se uma parceria entre o Estado e a indústria. Além disso, fortaleceram-se as políticas sociais e de redistribuição na tentativa de combiná-las com as estratégias de desenvolvimento.

Emergia, diante desse cenário, o novo Estado ativista no Brasil. No palco, viam-se oportunidades políticas, impedimentos estruturais ao crescimento e restrições nacionais e internacionais. Foram esses os componentes que permitiram o surgimento das novas ideias e a possibilidade de sua efetivação.

A oportunidade política é caracterizada pela ascensão de Lula ao poder e a mudança provocada pelo distanciamento, ainda que relativo, do neoliberalismo puro. Os impedimentos estruturais ao crescimento são as falhas de mercado que impedem a atividade econômica de crescer, a exemplo da falta de inovação e do baixo nível de investimento em infraestrutura; a longa dívida social brasileira; e a inserção internacional da economia brasileira, a qual gerou a necessidade de estimular a competitividade.

O novo modelo de ativismo estatal gerou um ciclo de crescimento econômico com redução da pobreza e da desigualdade e a melhoria dos indicadores sociais básicos. Em resumo, um período de desenvolvimento inclusivo, de acordo com Arbx e Martin (2010, p. 5). Nesse momento, foi marcante a união de aspectos econômicos e sociais numa mesma política, esferas sempre distintas no Brasil, em termos de objetivos e instituições, o que deixava transparecer o surgimento de novas sinergias, constituintes daquele novo Estado.

Essa escolha, vale mencionar, pautada por um objetivo de inclusão, parece apresentar potencial gerador de instituições econômicas inclusivas, as quais, segundo estudo de Acemoglu e Robinson (2012, p. 89), “não só conferem às pessoas a liberdade de realizar em sua vida aquela vocação mais adequada aos seus talentos, mas também criam condições iguais para todos, capazes de lhes proporcionar oportunidade para tanto”.

Assim, enquanto as instituições inclusivas propiciam, no longo prazo, prosperidade e

crescimento econômico, as extrativistas levam à estagnação e à pobreza, pois impedem a formação de incentivos para que as pessoas poupem, invistam e inovem – ou seja, desenvolvam-se. Por consequência, as instituições extrativistas constituem a razão do fracasso das nações, embora elas possam fomentar algum tipo de crescimento (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012).

Além disso, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB, 1988) trouxe elementos que proporcionaram ao Estado adquirir maior capacidade de instrumentalização. Um dos fatores contribuintes para tanto, a exigência de concursos públicos para assumir cargos na administração pública, permitiu o surgimento de ilhas de excelência na burocracia estatal. Assim, determinadas instituições-chave para a coordenação do desenvolvimento são administradas com racionalidade e eficiência (TRUBEK; COUTINHO; SCHAPIRO, 2012, p. 21). É o caso do BNDES, da Petrobras, da Embraer, da Embrapa, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), do Banco Central, entre outras.

No tocante ao relacionamento desse novo Estado com o Direito, observa-se que certas necessidades funcionais podem ser atendidas com o aparato jurídico. Por um lado, leis são necessárias para a criação de novas instituições, a exemplo do Cadastro Único¹ e da Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI). Por outro lado, e mais importante, é necessário encontrar novas funcionalidades para o Direito.

A identificação dessas novas funcionalidades e responsabilidades legais, de acordo com Trubek, Coutinho e Schapiro (2012, p. 24), ocorre mediante o estudo de casos e a aplicação de engenharia reversa – procedimento que se inicia com a escolha de uma política pública para o estudo das funções a ela associadas. Em seguida, verifica-se se o Direito contribui, ou em que medida poderá contribuir, para essas funções.

Os autores defendem que o sucesso do novo ativismo estatal e das políticas de desenvolvimento relacionadas exigem a manutenção da flexibilidade, a orquestração entre os agentes públicos e os atores do setor privado, a criação de condições para maximizar a sinergia entre os atores e a preservação da legitimidade. São esses os novos papéis a serem desempenhados pelo Direito (TRUBEK; COUTINHO; SCHAPIRO, 2012, p. 24).

A manutenção da flexibilidade ocorre mediante o uso das normas para permitir a experimentação, promover a inovação e facilitar o acompanhamento de experimentos para políticas públicas. Desse modo, é

¹ Nos termos do art. 2º do Decreto nº 6.135/2007, o “Cadastro Único para Programas Sociais – CadÚnico é instrumento de identificação e caracterização socioeconômica das famílias brasileiras de baixa renda, a ser obrigatoriamente utilizado para seleção de beneficiários e integração de programas sociais do Governo Federal voltados ao atendimento desse público” (BRASIL, 2007d).

possível aprender com a prática e corrigir rotas, se necessário. Portanto, o Direito incorpora aprendizados com o uso de novas racionalidades e estratégias. Daí porque o novo Estado ativista emprega diversas ferramentas de governança.

O estímulo à orquestração entre os agentes públicos e privados representa o uso do Direito para estruturar as atividades estatais para novos modelos de política industrial e social. No caso, deve-se facilitar a coordenação e a articulação dentro do setor público, tanto do ponto de vista horizontal – entre instâncias de mesmo nível hierárquico ou federativo – quanto verticalmente – entre instâncias de níveis hierárquicos ou federativos distintos. Na prática, as normas podem ser usadas para estimular a cooperação, mais que a competitividade, incluindo regras para encorajar o governo a trabalhar em parceria com o setor privado. Ademais, é possível promover a harmonia entre novas políticas com os programas preexistentes.

Maximizar sinergias, por sua vez, significa a utilização de normas para estruturar parcerias público-privadas de modo a permitir que elas tenham mais eficácia que as soluções puramente públicas ou unicamente privadas. Isso pode ocorrer por meio de um sistema de governança colaborativa que crie incentivos àquelas parcerias – a exemplo de alinhamento de incentivos ou o uso de contratos privados por entes públicos –, compartilhe os riscos e estabeleça instâncias híbridas e fóruns de diálogo e interação entre os agentes públicos e privados.

A preservação da legitimidade, ao seu modo, ocorre mediante a transparência contínua do governo e a asseguuração de participação adequada. Ou seja, o regime legal deve garantir transparência, prestação de contas e participação nas políticas de desenvolvimento, o que exige normas de divulgação, ferramentas de participação, regras para responsabilizar pelos resultados os agentes políticos competentes e caminhos para estimular o diálogo público-privado.

Aplicando essa ordem de ideias ao Brasil atual, Trubek, Coutinho e Schapiro (2012, p. 25-29) destacam empiricamente a manutenção da flexibilidade na política industrial e de inovação; o estímulo à orquestração na política social; a maximização de sinergias no Direito do Trabalho e a construção da capacidade legal para o desenvolvimento mediante o comércio internacional.

Concluem os autores que o novo ativismo estatal brasileiro é real e configura-se como um trabalho em construção. Em razão disso, algumas questões são postas para discussão: o modelo do novo ativismo estatal é coerente com o novo desenvolvimentismo? Ele pode consolidar-se? O governo brasileiro tem capacidade para gerir os novos processos e políticas postos em prática? As instituições brasileiras podem desen-

volver e sustentar os novos papéis que lhes são atribuídos por esse novo Estado? E, por fim, a experiência brasileira é exclusiva ou pode ser replicada?

O novo ativismo estatal no Brasil precisa resistir ao teste do tempo, já que seu formato existe há pouco mais de uma década. Logo, não há ainda um novo modelo de Estado. As novas políticas e procedimentos são recentes, mas constituem uma tendência que pode redundar num modelo sustentável. Há uma política industrial, assim como existe assistência estatal para a inovação combinada com uma firme política social. Resta verificar se haverá continuidade ou rompimento, dado que um novo governo, o de Michel Temer, tomou corpo a partir de setembro de 2016.

A capacidade do Brasil para gerir esses novos processos é temperada pelo profissionalismo que se notabilizou dentro dos entes estatais. No entanto, o risco da corrupção está sempre presente.

O sistema jurídico brasileiro dá sinais de que pode desenvolver e sustentar os novos papéis que se lhe apresentam. Novas leis são criadas e antigas normas são reformuladas; contudo, isso não basta para afirmar que todas as alterações necessárias ocorrerão. As regras jurídicas ainda se compõem de certa rigidez que se torna obstáculo muitas vezes.

Decerto, a experiência brasileira poderá ser replicada, na vertente de serem atendidas as condições socioeconômicas da outra localidade. A nova política industrial de estímulo ao setor privado, inclusive com o uso de um banco estatal de desenvolvimento, traz lições que merecem atenção internacional. E da mesma forma a fusão dessa temática industrial com a política social deve ser estudada. Os experimentos brasileiros de Direito e Desenvolvimento seguem no mesmo rumo, condicionados às adaptações necessárias.

Não é, porém, a prática brasileira um modelo a ser seguido por todos os países em desenvolvimento. A conjuntura socioeconômica própria do Brasil dificilmente se repete em outra parte do globo: setor industrial bem desenvolvido, centros de pesquisa avançada, grande mercado interno, constituição democrática, burocracia profissionalizada em órgãos-chave para o desenvolvimento, uma longa história de intervenção estatal na economia e capacidade de transformação das instituições legais.

Todos esses aspectos reunidos no mesmo lugar e contexto histórico fazem da experiência brasileira um excelente vetor de observação e aprimoramento para o Direito e Desenvolvimento. A história continua.

3. Direito, microempreendedor individual e desenvolvimento

O Direito integra o processo de desenvolvimento. Quando são estabelecidas as trajetórias, tornam-se necessárias políticas públicas para alcançá-las. E essas políticas serão implementadas por ações e processos influenciados por determinadas instituições, cujo molde, criação e definição decorrem de uma atividade eminentemente jurídica.

No contexto do Direito e Desenvolvimento das últimas décadas, especialmente após o segundo momento neoliberal, alguns entes nacionais e internacionais cumprem o papel de propulsores das estratégias de desenvolvimento econômico, realizando estudos institucionais e promovendo, inclusive mediante financiamento, sua efetivação.

Nesse aspecto, os bancos de desenvolvimento têm papel central. A teoria financeira a seu respeito apresenta três motivações para sua criação (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2010, p. 278-281).

Primeiramente, verifica-se que o mercado financeiro tradicional é incompleto no tocante às necessidades do desenvolvimento econômico. Isso decorre da exigência de envolver setores, produtos e processos novos, o que gera incerteza e elevados custos. Por conseguinte, os investidores tradicionais, os quais tendem a rejeitar altos riscos, não conseguem prever com exatidão o retorno dos investimentos, e isso os afasta das empreitadas.

Além disso, a implementação de políticas de desenvolvimento exige maior autonomia financeira e a rigidez das disposições orçamentárias é uma barreira ao seu pleno dispor. Essas políticas envolvem medidas de estímulo a investimentos em setores estratégicos, como infraestrutura, além de investimentos públicos acima da média. Os orçamentos, como se sabe, sofrem influências políticas as mais diversas. Logo, os bancos de desenvolvimento, autônomos em relação a esse ponto específico, contribuem para ampliar aquela autonomia em prol da efetivação das políticas de desenvolvimento econômico.

O terceiro fator é a capacidade de atuação anticíclica dos bancos de desenvolvimento no mercado de crédito, isto é, a sua oferta de fundos pode ser mantida ou até aumentada mesmo durante períodos de recessão.

Diante desse contexto, em âmbito internacional, o Banco Mundial cumpre papel de destaque. De acordo com Santos (2006, p. 269-277), a partir da década de 1990 houve uma inflexão da atuação do Banco Mundial em direção ao império do Direito, o qual foi considerado: a) uma ferramenta institucional; b) um conjunto substantivo de regras e regulações jurídicas; c) capaz de combater a corrupção, desde que expandido; e d) capaz de reduzir a pobreza e aumentar as capacidades dos indivíduos, desde que reinterpretado.

Entre os estudos realizados com frequência pelo Banco Mundial, aponta-se o *World*

Developmental Report, apresentado anualmente desde 1978, com uma temática desenvolvimentista diferente, como um dos mais influentes do setor. Em 2017, por exemplo, o tema é a governança e a lei². Interessa, especialmente para este estudo, verificar o relatório do ano de 2005, intitulado “Um melhor clima de investimento para todos”, em que se debate, entre outras, a questão da informalidade no mercado.

Antes, porém, analise-se a relação entre a informalidade e o desenvolvimento.

3.1. Informalidade e desenvolvimento

Atreladas à informalidade no mercado de trabalho estão algumas características que lhe são atribuídas numa conotação negativa, tais como condições inferiores de trabalho, empresas de baixa produtividade e o desrespeito às normas jurídicas. No entanto, sabe-se que a informalidade atingiu grandes patamares a partir da década de 1990 e, por isso, mereceu estudos que se preocuparam em propor alternativas àquele crescimento.

Verifica-se, então, se a informalidade é empecilho para o desenvolvimento, não sem antes alertar que o termo apresenta conteúdo indefinido. Em uma de suas perspectivas, os trabalhadores informais estão mais distantes dos benefícios públicos ou mesmo da economia moderna, num cenário de exclusão (PERRY, 2007, p. 1). Outra perspectiva, contudo, verifica que muitas pessoas avaliam seu nível de envolvimento com a coisa pública e escolhem manter-se distantes das instituições formais, num cenário de saída.

Saída e exclusão são faces complementares componentes da informalidade. Essa conjuntura representa a crítica dos indivíduos ao Estado,

² Disponível em: <<http://www.worldbank.org/en/publication/wdr2017>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

seja no tocante à onerosa regulamentação para as empresas e os mercados de trabalho, seja em relação à proteção social deficiente. Para modificá-la, são necessárias ações que aumentem a produtividade na economia, a exemplo de um clima melhor de investimento combinado com a elevação dos níveis de capital humano.

Essa espécie de capital é medida por meio da escolaridade e da experiência. Refere-se ao capital incorporado aos indivíduos em razão de suas habilidades e conhecimentos, o qual determinará a capacidade produtiva e os rendimentos do sujeito. Quando se verifica a categoria dos microempreendedores, tem-se que formação técnica e capacidade de gestão também compõem o capital humano (FONTES; PERO, 2011, p. 638-639).

A melhoria no clima geral de investimento, por sua vez, exige aumento tanto do capital financeiro quanto do capital social. O primeiro diz respeito ao acesso ao crédito, ao passo que o segundo representa as relações sociais que facilitam as ações individuais.

A explicação técnica para a dificuldade do acesso dos microempreendedores ao crédito baseia-se em dois fatores: o problema informacional e a ausência ou a incapacidade de definição de colateral (FONTES; PERO, 2011, p. 639).

Aquele que vai emprestar dinheiro decide fazê-lo após certificar-se de uma base mínima de segurança. Ocorre que, no caso dos microempreendedores, são estes que detêm maiores informações sobre os retornos potenciais e os riscos envolvidos no projeto. A falta de informações por parte do credor deve-se ao fato de os microempreendedores, em geral, não possuírem sistemas de contabilidade ou gerenciamento, além de terem dificuldades de comprovação de renda. Essa assimetria de informação gera dois entraves: a seleção adversa e o risco moral.

A incompletude das informações detidas pelo credor torna-o incapaz de avaliar precisamente o risco do empréstimo. Logo, não consegue diferenciar a contento os bons dos maus pagadores. Em razão disso, decidirá sempre por taxas de juros mais elevadas, terminando por atrair tomadores com risco de crédito também maiores.

O risco moral, por sua vez, ocorre durante a transação. O credor, por não deter todas as informações envolvidas no negócio, corre outro risco: o da mudança de comportamento do devedor, o qual pode vir a não mais pagar o empréstimo. Esse outro fator também influencia o aumento da taxa de juros. Da mesma forma, o tomador de empréstimos, diante das altas taxas, apresenta os projetos mais arriscados do ponto de vista creditício.

Assim, há uma taxa de juros que maximiza o retorno do banco. A partir de certo ponto, o aumento dos juros provoca uma redução na qualidade dos tomadores de crédito pelos problemas de risco moral e seleção adversa apresentados acima. Se a taxa de juros, a demanda por crédito exceder a oferta, há racionamento de crédito, ou seja, os emprestadores se recusam a fazer empréstimos mesmo que os tomadores estejam dispostos a pagar a taxa de juros vigente (FONTES; PERO, 2011, p. 640).

Uma das soluções que o mercado apresenta para a assimetria informacional é a exigência, pelas instituições financeiras, de um colateral para garantir o empréstimo. Porém, no caso dos microempreendedores, eles não possuem ativos que se prestem a servir como colaterais de garantia; ou, quando os possuem, os valores são baixos e não bastam.

Também é tido como uma possível solução o chamado microcrédito, destinado justamente àqueles que têm dificuldades de acesso ao crédito formal, e que se vale de instrumentos

substitutos como o aval solidário e a concessão de crédito por intermédio do agente de crédito (ou agente de desenvolvimento), o qual realiza análise presencial das condições de pagamento.

O outro aspecto que precisa ser melhorado no enfrentamento da informalidade é o do capital social. As relações sociais de um indivíduo permitem-lhe acessar instrumentos ou serviços que auxiliam a implementação e o crescimento do seu negócio, a exemplo do crédito para iniciar ou da mão de obra não remunerada de amigos e parentes próximos. Da mesma forma, essa rede de relacionamentos possibilita a transferência de informações relevantes para o negócio, caso de fornecedores confiáveis ou de bons canais de comercialização. Há ainda o apoio emocional que proporciona conforto psicológico a quem tem boas relações sociais.

O capital social é, ainda, um dos modos de enfrentar a assimetria informacional no mercado de crédito. Por meio dele é possível utilizar dois instrumentos facilitadores do acesso ao crédito: as cooperativas de crédito e o aval solidário. Este último, inclusive, é muito utilizado no CrediAmigo³, maior programa de microcrédito produtivo orientado da América do Sul.

Combater a informalidade, portanto, significa enfrentar uma questão que afeta a produtividade da economia, a arrecadação do governo e o bem-estar dos indivíduos. Logo, melhorar as vertentes de capital humano, financeiro e social apresenta-se como um dos caminhos adequados para tanto. Daí porque se defende a formalização como espaço destinado a alterar essa realidade, permitindo o aperfeiçoamento do ambiente empreendedor.

Afirma-se que há duas espécies bem definidas de empreendedor: aquele que o faz por oportunidade e o que é movido pela necessidade.

O primeiro caso reflete o empreendedor nato, aquele sujeito sempre alerta às melhores condições de negócio, apto a descobrir e explorar as novas oportunidades. Kirzner (1979, p. 154-181), tomando por parâmetro o personagem de Robinson Crusóé (DEFOE, 2012), foi quem reconheceu essas características no indivíduo empreendedor.

O outro caso diz respeito àquele indivíduo que promove atividade empreendedora por necessidade de sobrevivência. São pessoas que, muitas vezes, não reúnem condições de inserir-se adequadamente no mercado formal de trabalho (VALE; CORRÊA; REIS, 2014, p. 315).

Assinale-se, todavia, que há outras motivações para empreender, além da necessidade ou da oportunidade. O cenário, portanto, é de mul-

³Maiores informações em <<http://www.bnb.gov.br/crediamigo>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

tipicidade de razões, as quais envolvem desejo de independência financeira, talento, suporte familiar, liberdade, tempo disponível, dentre outros, inclusive oportunidade e necessidade, e até mesmo os dois fatores conjugados.

Há uma pesquisa de cunho internacional cujos resultados sobre o Brasil contribuem para as investigações acerca do desenvolvimento. Trata-se do *Global Entrepreneurship Monitor* (GEM), que se propõe a medir, em diversos países, o nível de empreendedorismo ao qual se lançam os indivíduos e as razões de empreender⁴.

A análise realizada leva em conta o empreendedorismo em seu aspecto processual, considerando as seguintes etapas que o caracterizam: a intenção dos indivíduos de iniciar um negócio; a criação do empreendimento; seu desenvolvimento considerando dois estágios, nascentes e novos; e culmina com a etapa em que o empreendimento é estabelecido⁵.

Vejam-se alguns desses indicadores, para melhor visualização da situação do empreendedorismo no Brasil de 2016.

A taxa total de empreendedores é de 36% e a taxa de empreendedorismo inicial (com-

posta por empreendedores nascentes e novos) é de 19,6%, ou seja, “a cada 100 brasileiros, aproximadamente 20 estavam envolvidos com atividades empreendedoras em estágio inicial em 2016” (GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR, 2016, p. 23).

Verificou-se que houve diminuição dessas taxas em relação a 2015, e o agravamento da crise econômica no último ano tem sido apontada como possível fator para tanto. Outro dado importante no diagnóstico da informalidade é que apenas 17,5% declararam ter Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), apesar do aumento do número total de microempreendedores individuais (de 5,6 milhões em 2015 para 6,5 milhões em 2016).

Diante do contexto apresentado no ano de 2016, o estudo supõe que tais números decorram da falta de confiança na economia nacional⁶.

No tocante à mentalidade empreendedora, ter o próprio negócio é uma opção desejável de carreira, um sonho compartilhado por 31,7% da população – o sonho de fazer carreira numa empresa, por exemplo, é compartilhado por 19,5% do total da população.

Sobre as condições para empreender no Brasil, os principais fatores ambientais que favorecem o empreendedorismo são: a abertura de mercado e a redução das barreiras para a entrada de novas empresas, a capacidade empreendedora e programas governamentais que favorecem o empreendedorismo (GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR, 2016, p. 88).

Diante desse quadro, que se mostra coerente com o debate teórico traçado até aqui,

⁴O Instituto Brasileiro da Qualidade e Produtividade – IBQP, em parceria com o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – o SEBRAE e apoio técnico do Grupo de Pesquisa Inovação, Sustentabilidade e Empreendedorismo em Pequenas Empresas da Universidade Federal do Paraná – UFPR, apresenta os resultados do *Global Entrepreneurship Monitor* – GEM para o ano de 2016. A pesquisa GEM iniciou-se em 1999, fruto de uma parceria entre a Babson College e a London Business School e, atualmente, é a mais abrangente pesquisa anual sobre atividade empreendedora no mundo, que explora o papel do empreendedorismo no desenvolvimento social e econômico” (GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR, 2016, p. 17).

⁵Além disso, “são analisados aspectos contextuais do processo empreendedor em que são relevantes as características sociodemográficas dos indivíduos, o ambiente institucional da sociedade em termos econômicos, políticos, sociais e de desenvolvimento, e, por fim, a postura da sociedade em relação ao empreendedorismo enquanto atividade socialmente valorizada em termos de ocupação e geração de renda” (GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR, 2016, p. 17).

⁶Em razão disso, “em 2016 os empreendedores não se mostravam preocupados com o crescimento, mas apenas com a sobrevivência das suas empresas, formais ou não” (GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR, 2016, p. 73).

fica evidenciada a relação entre a superação da informalidade e o desenvolvimento. Todavia, não basta apenas permitir a formalização por intermédio de políticas públicas: é necessário fomentar a mentalidade empreendedora em todos os cenários, públicos ou privados, e promover desde melhorias no acesso ao crédito até a redução dos entraves burocráticos tão criticados no País.

Introduzido pela Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008 (BRASIL, 2008)⁷, o Programa do Microempreendedor Individual é voltado a pessoas que trabalham por conta própria, em categorias até então à margem de qualquer formalização especial⁸. Essa lei propiciou a trabalhadores como cabeleireiros, pintores de parede e pipoqueiros, entre outros⁹, sua legalização como pequenos empresários, trazendo como consequência, por exemplo, a possibilidade de acesso à previdência social e a financiamento bancário, em razão do registro no CNPJ.

A razão precípua do referido programa é combater a informalidade. No caso, o conceito de informalidade segue a vertente restrita da ausência de registro formal da atividade econômica. De acordo com dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) referentes a 2009, 76,5% dos empresários (empregadores e trabalhadores por conta própria) no momento da pesquisa poderiam ser enqua-

drados na categoria dos informais consoante aquele critério¹⁰.

Com fundamento em tudo o que se expôs, conclui-se que o Programa do Microempreendedor Individual apresenta as características essenciais para promover o desenvolvimento.

Antes, porém, investigue-se uma hipótese do nascedouro desse formato de combate à informalidade nas linhas de estudo do Banco Mundial, bem como sua implicação na formação legislativa da política pública em foco.

3.2. Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial e sua suposta influência sobre o legislador brasileiro

Para o ano de 2005, como mencionado, o Banco Mundial apresentou seu Relatório para o Desenvolvimento, intitulado “Um melhor clima de investimento para todos” (WORLD BANK, 2004b). O pressuposto básico era de que o clima de investimento é central para o desenvolvimento e para a redução da pobreza.

De acordo com esse estudo, as empresas privadas ocupam posição de destaque no processo de desenvolvimento, na medida em que fortalecem a base do crescimento econômico, proporcionam mais de 90% dos empregos, constituem a principal fonte de receita tributária, entre outros fatores. Ocorre que sua contribuição para o processo decorre do chamado clima do investimento: questões locais específicas que formam as oportunidades e incentivos para o investimento de forma produtiva, a geração de trabalho e o crescimento das empresas.

⁷Essa lei alterou sensivelmente a Lei Complementar nº 123/2006 (BRASIL, 2006). A introdução de normas acerca do Microempreendedor Individual ocorreu por meio de seu art. 3º, cuja vigência se iniciou apenas em 1º de julho de 2009, conforme art. 14, III, da Lei Complementar nº 128/2008.

⁸Ou seja, categorias componentes da massa de trabalhadores informais.

⁹No Anexo XIII da Resolução nº 94 (BRASIL, 2011), do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), de 29 de novembro de 2011, encontra-se o rol de atividades permitidas ao MEI, entre as quais podem ser citadas: alfaiate, bombeiro hidráulico, cabeleireiro, diarista, engraxate, fotógrafo, gesseiro, humorista, instrutor de música, jardineiro, lavadeira de roupas, motoboy, ourives, pipoqueiro, quitandeiro, rendeira, sapateiro, taxista, verdureiro etc.

¹⁰Isso porque inexistente consenso sobre o conceito de atividade econômica informal. Há estudos que se valem do critério de contribuição para a previdência, outros do tipo de ocupação ou ainda da posse de carteira de trabalho, além do citado registro formal da atividade econômica. Ver Corseuil, Reis e Brito (2015).

Nesse cenário, as políticas públicas desempenham papel primordial. São os governos os responsáveis, em última análise, pela proteção dos direitos de propriedade, pelos sistemas de tributação e regulamentação, pelo fornecimento de infraestrutura, pelo funcionamento dos mercados financeiro e de trabalho e pelos sistemas de governança dispostos a combater a corrupção.

O Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 2005 propõe-se a mostrar o que os governos podem fazer para criar o melhor clima de investimento apto a beneficiar toda a sociedade: indivíduos, empresas de todos os tamanhos e também os governos das diferentes esferas¹¹.

Partindo do pressuposto de que o crescimento econômico está ligado diretamente à redução da pobreza, verificou-se que o melhor clima de investimento melhoraria a vida das pessoas, seja na condição de empregados, empresários, consumidores, usuários de infraestrutura, finanças e propriedade, seja como beneficiários de serviços financiados por impostos ou transferências.

Acerca da melhoria na condição de empresários, o Relatório verifica que centenas de milhares de pessoas de baixa renda se dedicam à atividade de microempreendedores, especialmente na economia informal. São ambulantes, agricultores, domésticos, entre outras ocupações. Segundo as pesquisas, essas empresas informais enfrentam, em sua maioria, as mesmas restrições que as outras empresas, no tocante a direitos de propriedade precários, corrupção, imprevisibilidade de políticas e limitado acesso a financiamento e serviços públicos. Logo,

¹¹ O Relatório utiliza dados provenientes de Pesquisas sobre o Clima de Investimento, “que abrangem mais de 26.000 empresas em 53 países em desenvolvimento”, e do Projeto *Doing Business*, “que é padrão de referência para regimes normativos em mais de 130 países” (WORLD BANK, 2004b, p. 1).

a redução dessas restrições importaria no aumento da renda desses microempreendedores, permitindo-lhes ampliar sua atividade (WORLD BANK, 2004b, p. 3).

Ademais, melhorar o clima de investimento – mediante oportunidades e incentivos para empresas investirem em produtividade, criarem empregos e se expandirem – estimula o microempreendedor a decidir iniciar seu negócio na formalidade (WORLD BANK, 2004b, p. 35). Essas melhorias ocorreriam com a redução de custos, riscos e barreiras injustificadas no mundo dos negócios relativos a cada espécie empresarial.

Os microempreendedores compõem a maior parte da economia informal, a qual, por sua vez, é substancialmente importante em muitos países em desenvolvimento. Medidas semelhantes às aplicadas nas grandes empresas decerto melhorariam a situação dos microempreendedores e das microempresas. Assim, menos burocracia e menos corrupção reduzem seus custos de funcionamento; segurança em relação aos direitos de propriedade e menos incerteza política reduzem os riscos de sua atuação; e a diminuição das barreiras de concorrência permite sua expansão (WORLD BANK, 2004b, p. 42).

Da mesma forma, nos termos da pesquisa do Banco Mundial, o clima de investimento será melhor para os microempreendedores se houver redução da burocracia no registro de empresas e a eliminação de distorções que dificultam o seu acesso ao crédito bancário, por meio de linhas de microcrédito (“improving access to credit, including through microfinance schemes” (WORLD BANK, 2004b, p. 62)).

Diante desse contexto, e após o exame desse Relatório, publicado em 2004, é possível supor que essas ideias tenham influenciado, sobremaneira, a criação do Programa do Microempreendedor Individual no Brasil. Isso

porque são confusos em relação às suas origens os trabalhos legislativos acerca da Lei Complementar nº 128/2008, no que diz respeito ao que está disponível para acesso mediante a internet, tanto na página da Câmara dos Deputados¹² quanto na do Senado¹³.

O primeiro texto que se encontra ao buscar o termo *microempreendedor* nos arquivos de notícias da Câmara dos Deputados diz respeito ao Projeto de Lei nº 808/2007, o qual pretendia instituir a Política Nacional de Inclusão e Promoção dos Microempreendedores Urbanos.

Essa política pública seria composta por cinco programas: I – concessão de crédito a microempreendedores, com prioridade para a modalidade de microcrédito, até o limite de três mil reais (R\$ 3.000,00) por beneficiário; II – concessão, mediante responsabilidade solidária dos beneficiários, de crédito associativo, até o limite de três mil reais (R\$ 3.000,00) por beneficiário associado; III – oferecimento de garantia de crédito, até o limite de nove mil reais (R\$ 9.000,00); IV – assistência técnica, treinamento e capacitação de microempreendedores; e V – promoção do cooperativismo e do associativismo.

A justificativa básica estava na superação do problema da informalidade. Observe-se:

Com esta proposição, pretendemos que o desenvolvimento do Brasil se dê de maneira inclusiva, a partir da base, do pequeno, e que a economia brasileira se expanda a partir do microempreendimento, desta forma gerando a inclusão econômica e, portanto, social. Para tanto, nossa abordagem é estabelecer as linhas gerais de uma política voltada à promoção e à inclusão econômica, portanto também à inclusão social, do microempreendedor, dando-lhe acesso ao crédito e ao conhecimento técnico, por meio do incentivo à reconhecida capacidade empreendedora da população brasileira (BRASIL, 2007c).

No entanto, verifica-se que tal projeto foi arquivado após despacho solicitando seu apensamento ao Projeto de Lei nº 658/2007, que lhe antecedeu. Este último propunha a criação do regime previdenciário e tributário do trabalhador por conta de pequena renda e dos nanoempreendedores e a instituição do Sistema Integrado de Pagamento de Tributos e Contribuições dos Trabalhadores Independentes de Baixa Renda Simplesmente Trabalhador (o qual unificava o pagamento de diversos impostos e contribuições, dentre eles o imposto de renda, o imposto sobre produtos industrializados, o imposto de exportação e a contribuição social sobre o lucro líquido) (BRASIL, 2007b).

¹² Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

¹³ Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/hpsenado>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

O foco encontrava-se no combate à informalidade, além de demonstrar preocupação com a não inscrição no sistema de previdência social dos trabalhadores por conta própria.

Este projeto também foi arquivado, mas entre as razões de sua rejeição encontra-se a avaliação de que o veículo mais adequado a tal propositura seria um projeto de lei complementar, especialmente por tratar de tema atinente ao Simples, acerca do qual já se conhecia a vigência da LC nº 123/2006 (BRASIL, 2006), modificada pela LC nº 127/2007 (BRASIL, 2007e).

No parecer da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados que sugeriu a rejeição do projeto¹⁴, encontram-se tais justificativas, além da remissão ao anterior Projeto de Lei Complementar nº 210/2004, o qual se propunha a instituir regime tributário, previdenciário e trabalhista especial à microempresa com receita bruta anual de até R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais) (BRASIL, 2004b).

É, então, nesse projeto de 2004, que se encontra a gênese do que viria a ser o Programa do Microempreendedor Individual. Identifica-se como autor do projeto o Poder Executivo, o qual o encaminhou ao Poder Legislativo após as considerações apresentadas na Exposição de Motivos Interministerial nº 00122/2004, dos Ministérios da Fazenda, do Trabalho e Emprego, do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e da Previdência Social¹⁵.

Nesse documento, os ministros de Estado que o subscrevem asseveram:

As medidas propostas no projeto de lei em questão resultam de estudo realizado sobre os pequenos negócios informais no Brasil. Esse estudo é parte integrante de uma ampla agenda de reformas microeconômicas que visam aperfeiçoar o ambiente de negócios no País e fomentar o empreendedorismo, favorecendo a retomada do crescimento econômico, a redução do desemprego e a elevação da renda e do bem-estar social (BRASIL, 2004c).

Contudo, não há qualquer esclarecimento quanto à origem do mencionado estudo, de modo que não é possível saber, com precisão, quem é o seu autor.

Ao se realizarem buscas sobre o assunto remontando ao ano de 2004, encontra-se uma reportagem publicada na Revista Desafios do

¹⁴ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=347245>. Acesso em: 9 nov. 2017.

¹⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2004/122-MF%20MTE%20MPS%20MDIC.htm>. Acesso em: 9 nov. 2017.

Desenvolvimento, do Ipea, na qual se apresenta uma analogia:

Abrir uma empresa, pequena, média ou grande, no Brasil, é como participar de uma gincana. É preciso ter disposição para cumprir cerca de 17 procedimentos, comparecer em até 15 órgãos do governo, ter tempo e dinheiro de sobra. Para se ter uma idéia da dimensão do problema da burocracia nesse campo, um estudo realizado pelo Banco Mundial esse ano, denominado *Doing Business* (fazendo negócios), indica que qualquer mortal interessado em abrir um empreendimento no Brasil tem de desembolsar, por baixo, 274 dólares em taxas e tributos, além de esperar uma média de 155 dias para abrir as portas.

[...]

O governo federal também estuda uma maneira de formalizar milhares de pessoas que exercem atividade econômica como trabalhadores autônomos, que não regularizam sua situação por causa da burocracia e da alta carga tributária. Pensa-se em estabelecer uma renda máxima, provavelmente em torno de 3 mil reais por mês, para o registro por meio do Cadastro de Pessoa Física (CPF) ou de um Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) especial, a ser criado. As pessoas pagariam um único imposto, de alíquota reduzida, menor ou igual à do Simples (FURTADO, 2004, p. 23-33).

O citado estudo realizado pelo Banco Mundial, denominado *Doing Business*, como visto, é um dos pilares que formatam o Relatório para o Desenvolvimento Mundial. Para o ano de 2005, o *Doing Business*, publicado em 2004, intitulava-se *Removing Obstacles to Growth* (WORLD BANK, 2004a). Estudos acerca das dificuldades de realizar a atividade empresarial no Brasil foram apresentados com riqueza de detalhes, tendo sido avaliadas as realidades de dez capitais brasileiras: Belo Horizonte, Brasília, Campo Grande, Cuiabá,

Fortaleza, Salvador, Manaus, Porto Velho, Rio de Janeiro e São Paulo.

Entre as conclusões, cita-se a necessidade de 17 procedimentos, em média, para se iniciar formalmente um negócio no Brasil, o que levava cerca de 152 dias a um custo de 11,7% da renda *per capita*. Com isso, o País ocupava o nada honroso sexto lugar, numa lista de 133 nações pesquisadas, em termos de demora para abrir uma empresa. E para fechá-la, eram necessários 10 anos, o segundo processo mais lento dentre todos os pesquisados (WORLD BANK, 2004a).

Desse modo, dada a similitude e a época da temática, é razoável supor que o estudo mencionado no documento interministerial datado de 10 de setembro de 2004 seja exatamente aquele realizado pelo Banco Mundial.

Quanto ao PLP nº 210/2004, consta que ele foi pensado ao Projeto de Lei Complementar nº 123/2004 (BRASIL, 2004a), em 25/5/2005. Contudo, em 5/9/2006, tem-se a informação de que essa apensação foi “declarada prejudicada, face à aprovação da Subemenda Substitutiva de Plenário apresentada pelo relator da Comissão Especial¹⁶”.

Ocorre que o PLP nº 123/2004 foi transformado, por aprovação, na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a qual instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, mas não contemplou a figura do microempreendedor individual em sua redação final.

O tema só voltaria ao debate quando das discussões parlamentares acerca do Projeto de Lei Complementar nº 2/2007 (BRASIL, 2007a), o qual propunha mudanças na LC nº 123/2006. No dia 8 de abril de 2008, mediante requeri-

¹⁶ Informação disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_depachos.jsessionid=7F3F8EDA3ED10315EAF94DACCDDFE5DF.proposicoesWeb2?idProposicao=268772>. Acesso em: 9 nov. 2017.

mento de apensação realizado pelo Deputado José Pimentel, foi apensado àquele o Projeto de Lei Complementar nº 131/2007, o qual retomava a questão daquelas empresas cuja renda anual não ultrapassava R\$ 36 mil, assim justificando-se:

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, deixou de contemplar adequadamente no Simples Nacional os negócios de pequeníssima monta, os quais eram definidos, no Projeto de Lei Complementar nº 210, de 2004, de autoria do Poder Executivo, como aqueles negócios com renda anual de até R\$ 36.000,00, o que nos leva a apresentar a presente proposição, visando a corrigir tal falha (BRASIL, 2007f).

Observe-se a menção expressa ao PLP nº 210/2004, de autoria do Poder Executivo, e justificado pela já mencionada exposição de motivos interministerial, por sua vez embasada em estudos de autoria provável do Banco Mundial.

Dessa maneira, a redação final do PLP nº 2/2007 apresentou as primeiras normas referentes ao microempreendedor individual. A sua aprovação, mediante sanção presidencial em 19 de dezembro de 2008, redundou na LC nº 128, a qual incluiu, entre outros, o art. 18-A na LC nº 123/2006, cuja redação original era a seguinte:

Art. 18-A. O Microempreendedor Individual - MEI poderá optar pelo recolhimento dos impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional em valores fixos mensais, independentemente da receita bruta por ele auferida no mês, na forma prevista neste artigo. § 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se MEI o empresário individual a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), optante pelo Simples Nacional e

que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo (BRASIL, 2008).

Verifica-se, então, clara convergência entre o conteúdo daquele Relatório para o Desenvolvimento Mundial 2005, publicado em 2004, baseado em dados provenientes de Pesquisas sobre o Clima de Investimento e do Projeto *Doing Business*, do Banco Mundial, e o Programa do Microempreendedor Individual objeto deste estudo.

4. Conclusões

A economia, como o Direito, é instrumento do engenho humano. A temática referente ao desenvolvimento, portanto, não pode ser reduzida ao aspecto econômico. A acepção do desenvolvimento como liberdade, nesse aspecto, reforça esse caráter meta-econômico.

No cotejo entre o *Law and Development* e a realidade brasileira, concluiu-se que as condições socioeconômicas nacionais são ímpares; porém, a experiência poderá ser replicada se verificada conjuntura semelhante em outro lugar, que possa ser objeto de adaptações institucionais.

A política pública veiculada no Programa do Microempreendedor Individual, que tem por missão a formalização de pequenos empreendimentos e a inclusão social e previdenciária, insere-se nesse palco em razão de sua contribuição à justiça social voltada ao desenvolvimento humano. O microempreendedor individual, antes relegado ao mercado informal, passa a ter acesso ao sistema econômico de modo formal, alcançando, inclusive, proteção social mediante sua inscrição no regime previdenciário nacional.

Ademais, a política pública implementada através do Programa do MEI proporciona aos envolvidos o aperfeiçoamento de suas liberdades

des instrumentais, insere-se no debate da renúncia fiscal referente ao Simples Nacional e enfrenta o problema da informalidade.

Acerca do relacionamento com o Direito e Desenvolvimento, observou-se a interação entre o enfrentamento da informalidade com o crescimento econômico. Além disso, em atenção à problemática condutora da pesquisa, apresentou-se a hipótese de que os estudos do Banco Mundial influenciaram o legislador brasileiro na criação do Programa do MEI.

Sobre o autor

George Felício Gomes de Oliveira é mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Fortaleza, CE, Brasil; advogado do Banco do Nordeste do Brasil S/A (BNB) em Fortaleza, CE, Brasil.
E-mail: georgefelicio@yahoo.com.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁷

LAW AND DEVELOPMENT IN BRAZIL AND THE HISTORICAL INSERT OF THE PUBLIC POLICY OF THE INDIVIDUAL MICROENTREPRENEUR

ABSTRACT: The paper analyzes the context in which the field of studies of Law and Development advanced in Brazil, aiming to identify the origin of the discussions (social, political, economic and legal) that provided the insertion of the public policy of the Individual Microentrepreneur in our daily life.

KEYWORDS: LAW AND DEVELOPMENT. PUBLIC POLICY. INDIVIDUAL MICROENTREPRENEUR.

Como citar este artigo

(ABNT)

OLIVEIRA, George Felício Gomes de. Direito e desenvolvimento no Brasil e a inserção histórica da política pública do microempreendedor individual. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 216, p. 161-180, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p161>.

(APA)

Oliveira, G. F. G. de (2017). Direito e desenvolvimento no Brasil e a inserção histórica da política pública do microempreendedor individual. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(216), 161-180. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p161

¹⁷ Sem revisão do editor.

Referências

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ARBIX, Glauco; MARTIN, Scott B. Beyond developmentalism and market fundamentalism in Brazil: inclusionary State activism without statism. In: WORKSHOP ON STATES, DEVELOPMENT, AND GLOBAL GOVERNANCE, 2010, Madison. *Global Legal Studies Center and the Center for World Affairs and the Global Economy*. University of Wisconsin-Madison, 2010. Disponível em: <http://law.wisc.edu/gls/documents/paper_arbix.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2017.

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

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 123, de 2004. Autor: Dep. Jutahy Junior. *Diário da Câmara dos Deputados*, 3 fev. 2004a. Transformado na Lei Complementar 123/2006. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=150559>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 210, de 2004. Autor: Poder Executivo. *Diário da Câmara dos Deputados*, 13 nov. 2004b. Arquivado. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=268772>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

_____. Exposição de motivos interministerial nº 00122, de 10 de setembro de 2004. *Diário da Câmara dos Deputados*, 13 nov. 2004c.

_____. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. *Diário Oficial da União*, 15 dez. 2006.

_____. Projeto de Lei Complementar nº 2, de 2007. Autor: Dep. Antonio Carlos Mendes Thame. *Diário da Câmara dos Deputados*, 1º mar. 2007a. Transformado na Lei Complementar 128/2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=340034>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 658, de 2007. Autor: Dep. Rodovalho. *Diário da Câmara dos Deputados*, 24 abr. 2007b. Arquivado. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347245>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 808, de 2007. Autor: Dep. Nazareno Fonteles. *Diário da Câmara dos Deputados*, 11 maio 2007c. Arquivado. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=349157>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

_____. Decreto nº 6.135, de 26 de junho de 2007. *Diário Oficial da União*, 27 jun. 2007d.

_____. Lei Complementar nº 127, de 14 de agosto de 2007. *Diário Oficial da União*, 15 ago. 2007e.

_____. Projeto de Lei Complementar nº 131, de 2007. Autor: Dep. Rodovalho. *Diário da Câmara dos Deputados*, 24 nov. 2007f. Arquivado. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=375439>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

_____. Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008. *Diário Oficial da União*, 22 dez. 2008.

_____. Comitê Gestor do Simples Nacional. Resolução nº 94, de 29 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, 1º dez. 2011.

CALDEIRA, Jorge. *Mauá: empresário do império*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CORSEUIL, Carlos Henrique; REIS, Mauricio Cortez; BRITO, Alessandra Scalioni. Critérios de classificação para ocupação informal: consequências para a caracterização

do setor informal e para a análise de bem-estar no Brasil. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 45, n. 1, p. 5-31, mar. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612015000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 9 nov. 2017.

DEFOE, Daniel. *Robinson Crusoe*. Tradução Sergio Flaksman. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2012.

FONTES, Adriana; PERO, Valéria. Desempenho dos microempreendedores no Brasil. *Revista Economia*, Brasília, v. 12, n. 3, p. 635-665, set./dez. 2011. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/revista/vol12/vol12n3p635_665.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2017.

FURTADO, Clarissa. Empresas: a dura vida do empreendedor. *Desafios do Desenvolvimento*, Brasília, ano 1, ed. 2, p. 29-33, set. 2004. Disponível em: <http://desafios.ipea.gov.br/images/stories/PDFs/desafios002_completa.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2017.

GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR. *Empreendedorismo no Brasil*: 2016. Curitiba: IBQP, 2016. Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/GEM%20Nacional%20-%20web.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. O papel dos bancos públicos no financiamento do desenvolvimento brasileiro. In: _____. *Macroeconomia para o desenvolvimento: crescimento, estabilidade e emprego*. Brasília: Ipea, 2010. v. 4, p. 277-308. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3303/1/Livro4_macroekonomiadesenvol.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2017.

KIRZNER, Israel. *Perception, opportunity, and profit: studies in the theory of entrepreneurship*. Chicago: University of Chicago Press, 1979.

PERRY, Guillermo E.; MALONEY, William F. Overview. In: PERRY, Guillermo E. et al. *Informality: exit and exclusion*. Washington: World Bank, 2007. (World Bank Latin American and Caribbean Studies).

SANTOS, Alvaro. The World Bank's uses of the "rule of law" promise in economic development. In: SANTOS, Alvaro; TRUBEK, David. *The new law and economic development: a critical appraisal*. New York: Cambridge University Press, 2006.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TRUBEK, David M. Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *O novo direito e desenvolvimento: passado, presente e futuro: textos selecionados de David M. Trubek*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Law and development 50 years on. *Legal Studies Research Paper*, [S.l.], n. 1212, p. 1-11, oct. 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2161899>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

TRUBEK, David M.; COUTINHO, Diogo R.; SCHAPIRO, Mario Gomes. Towards a new law and development: new State activism in Brazil and the challenge for legal institutions. *Legal Studies Research Paper*, [S.l.], n. 1207, sept. 2012. Não paginado. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2144939>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

VALE, Gláucia Maria Vasconcelos; CORRÊA, Victor Silva; REIS, Renato Francisco dos. Motivações para o empreendedorismo: necessidade versus oportunidade?. *Revista de Administração Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, p. 311-327, maio/jun. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v18n3/v18n3a05.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

WORLD BANK. *Doing business in 2005: removing obstacles to growth*. Washington, DC: Oxford University Press; World Bank, 2004a. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB05-FullReport.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

_____. *World development report 2005: a better investment climate for everyone*. Washington, DC: Oxford University Press; World Bank, 2004b. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2005/Resources/complete_report.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2017.

Novos rumos para a democracia representativa no Brasil e a PEC 61/2007 do Senado Federal

NINA TRICIA DISCONZI RODRIGUES

LUCAS MATEUS CANABARRO RODRIGUES

Resumo: O presente trabalho trata dos impasses da democracia representativa no Brasil, especialmente após os impactos provocados pelas delações da Operação Lava Jato, a corrosão do sistema representativo e o enfraquecimento das ideologias partidárias. No primeiro capítulo, aborda-se a crise de representatividade que enfrenta o País desde as manifestações de junho de 2013 e o papel dos partidos políticos depois da Constituição de 1988. No segundo, aborda-se a questão dos sistemas eleitorais utilizados em outros países e o sistema proporcional brasileiro, analisando as vantagens e desvantagem do sistema majoritário, proporcional e misto. Por fim, analisa-se a Proposta de Emenda à Constituição nº 61/2007, que busca estabelecer o sistema eleitoral misto de voto distrital e lista fechada partidária para o fortalecimento da democracia representativa brasileira, e os novos desafios fundados em tal proposta. Para tanto, utiliza-se do método hipotético-dedutivo, valendo-se das premissas maiores para formação das premissas menores.

Palavras-chave: Democracia. Crise do Sistema Representativo. Partidos Políticos. Sistemas Eleitorais. PEC 61/2007.

Introdução

Em 17 de março de 2014, deflagrou-se a maior investigação de esquemas de corrupção envolvendo políticos no Brasil, desvelando-se as relações promíscuas entre políticos e empresas do setor de construção civil e de empresas do setor de proteína animal, com a utilização do denominado “caixa dois”. Tal operação, batizada de “Lava Jato”, causou forte impacto

Recebido em 30/6/17

Aprovado em 31/8/17

no cenário político brasileiro, sobretudo após a delação do empresário Joesley Batista, sócio da empresa JBS, o qual declarou ter financiado por meio de “caixa dois” as campanhas eleitorais de 1.829 políticos (FERNANDES, 2017).

Diante da forte instabilidade política causada pela Operação Lava Jato e desvelando-se um lado obscuro e promíscuo das relações entre agentes públicos e empreiteiras, envolvendo aproximadamente 28 partidos até então relacionados na operação (DOAÇÕES..., [201-]), tornaram-se latentes os debates sobre como criar mecanismos de aprimoramento do sistema de representação política brasileiro, de modo a resgatar a credibilidade na democracia representativa.

Se por um lado é assustador o número de partidos políticos envolvidos na Operação Lava Jato, por outro é impensável a democracia representativa sem eles. Em entrevista ao jornal *Folha de S.Paulo*, o cientista político Fabio Wanderley Reis ressaltou que a Operação Lava Jato tem provocado um clima antipolítico no País, o que é preocupante segundo ele, já que não podemos prescindir dos políticos e dos partidos, e que não existem alternativas reais, a não ser que abduquemos de fazer democracia (LANDIM, 2017).

Na tentativa de promover uma reforma política e reforçar o sistema partidário no Brasil, de modo que os candidatos mantenham vinculação com a ideologia de seu partido, possibilitando a aproximação entre o representante e o representado, surgiu no Senado Federal a Proposta de Emenda à Constituição nº 61/2007 (PEC 61/2007), de autoria do senador Antônio Carlos Valadares. Ela propõe alterar o art. 45 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB, 1988) para estabelecer o sistema eleitoral misto de voto distrital e lista fechada partidária para a eleição de deputados federais, deputados estaduais e vereadores.

Tal é o objeto desta pesquisa: a possibilidade de utilização do sistema de lista fechada partidária e voto distrital à luz da PEC 61/2007 como forma de aprimoramento da democracia brasileira no contexto da instabilidade política decorrente da desvinculação das ideologias partidárias na democracia representativa no Brasil, acentuada pelos escândalos de corrupção divulgados com base nas delações da Operação Lava Jato.

A análise do tema proposto utilizou-se do método de abordagem hipotético-dedutivo e baseou-se na delimitação e na caracterização do modelo de democracia representativa, bem como nos impasses para sua eficiência no Brasil. Num segundo tópico, traçaram-se breves características sobre os modelos de sistemas eleitorais e a viabilidade político-constitucional de estabelecer o sistema misto de voto distrital e lista fechada partidária para o fortalecimento democrático do Poder Legislativo.

1. A democracia representativa e o papel dos partidos políticos na CRFB

Antes de abordar propriamente a PEC 61/2007 (BRASIL, 2007), que busca instituir no Brasil o sistema eleitoral de voto distrital e lista fechada partidária, alterando o art. 45 da CRFB, tópico que será dissecado no capítulo a seguir, é necessário analisar os conceitos de democracia representativa, suas teorias principais e sua evolução histórica.

A palavra “democracia” é formada pelos radicais gregos *demos* (“povo”), e *kratos* (“autoridade”); portanto, um governo baseado na autoridade do povo e legitimado a tomar as decisões daqueles que representam. A democracia pode ser exercida de diferentes formas: democracia representativa, direta, participativa, entre outras (MENEZES, 1999, p. 267).

Para Fleury (2006, p. 94), como em outros países, no Brasil a soberania popular é exercida primordialmente por meio da representação, obtida mediante eleições para os Poder Executivo e Legislativo.

Fleury (2006, p. 94) também observa que cada vez mais surgem mecanismos de participação popular que demonstram a necessidade de convivência entre a democracia representativa e a participativa. Especialmente no Brasil, a CRFB consagra o exercício da soberania no artigo primeiro, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988). Assim, ela elege a democracia representativa e a democracia direta como formas de participação política – e a primeira delas é o objeto deste trabalho.

Para Bonavides (2001, p. 355), o “poder é do povo, mas o governo é dos representantes, em nome do povo: eis aí toda a verdade e essência da democracia representativa”; este é o modo como a população governa o Estado. O autor assevera que a democracia representativa tem como bases a soberania popular, o sufrágio universal, a observância à Constituição, a separação dos Poderes, a igualdade de todos perante a lei, a adesão ao princípio da fraternidade social, a limitação das prerrogativas dos governantes, a temporariedade dos mandatos eletivos, entre outras (BONAVIDES, 2001, p. 294).

Bobbio parte de um conceito mínimo de democracia e afirma que

Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos (BOBBIO, 1986, p. 18).

Portanto, Bobbio deixa clara a ideia de democracia representativa, a de que um grupo de indivíduos tomará a decisão do grande grupo. Entretanto, a tomada de decisão, por si só, não basta para sua concepção de democracia: é necessário o respeito aos indivíduos que tomarão as decisões e às regras de procedimento. O autor introduz ainda a ideia de que sejam assegurados direitos e garantias individuais aos votantes, como os direitos de liberdade, de opinião, de expressão e de livre associação (BOBBIO, 1986, p. 13).

No mesmo sentido, Schumpeter (1961, p. 295) define democracia como método político, um arranjo institucional para se chegar às de-

cisões políticas (legislativas ou administrativas) – por isso mesmo incapaz de ser um fim em si próprio. Justamente deve ser esse o ponto de partida para uma definição. Consigna o autor ainda que, como um sistema institucional para a tomada de decisões, os indivíduos legitimados adquirem o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor; ou seja, a democracia seria um mecanismo de escolha e de autorização a governos mediante competições de elites¹ em eleições periódicas (SCHUMPETER, 1961, p. 327).

Segundo Müller (2003, p. 57), a ideia fundamental da democracia é a normatização de convívio de um povo determinada pelo próprio povo. Destaca o autor que não se pode ter autogoverno, já que na prática é quase inexequível; o que se pretende com a democracia é a autocodificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre interesses e opiniões divergentes, com alternativas manuseáveis de equacionamento político. Entretanto, a distância crescente entre os representantes e os representados não garante mais a legitimidade de um sistema representativo que reflita a vontade do povo, demonstrando preocupações com os destinos da democracia, isolada num conteúdo social que pode gerar um contrassenso que culmine numa sociedade democrática injusta (TOCQUEVILLE, 1988 apud FONSECA; LACERDA; PEREIRA, 2014).

Ao discorrer sobre o tema, Ferreira Filho (2012, p. 46) registra o pensamento político de Montesquieu que prezava o entendimento de que o homem não era capaz de tomar as decisões políticas, mas tinha a capacidade para eleger aqueles que a tomariam:

A base fundamental da representação é a ideia exposta por Montesquieu de que os homens em geral não têm a necessária capacidade para bem apreciar e conseqüentemente bem decidir os problemas políticos. Assim, no interesse de todos, essas decisões devem ser confiadas aos mais capazes, aos representantes do povo. Mas todo e qualquer homem tem a capacidade de identificar, no seu círculo de convívio, esses que são mais capazes. Por isso, a seleção desses representantes deve ser dada a todo o povo, que a estabelecerá por meio de uma eleição (Montesquieu apud Ferreira Filho, 2012, p. 46).

Ferreira Filho (2012, p. 46) destaca que a “A chave da democracia representativa é obviamente a representação”, sendo que “a *representação*

¹O termo “elite” aqui é tomado no sentido social de pessoas e grupos sociais superiores, conceito muito divulgado pelos sociólogos da teoria das elites do final do século XIX, os quais entendiam que haveria em todas as esferas, em todas as áreas de ação humana, indivíduos que se destacam dos demais por seus dons, por suas qualidades superiores. Eles compõem uma minoria do restante da população – uma elite (PARETTO, 1966, p. 73) –, os quais nesse contexto são tidos como os indivíduos capazes de gerir e influenciar as decisões políticas num país.

— esse vínculo entre os governados e os governantes pelo qual estes agem em nome daqueles e devem trabalhar pelo bem dos representados e não pelo próprio — constitui um dos mais difíceis problemas do Direito Público e da ciência política”. Nesse sentido, importa compreender os problemas da democracia representativa na atualidade, pois aprimorar o sistema é necessário, uma vez que “Kautsky acha, por sua vez, que a democracia representativa seja um instrumento fundamental a ser fortalecido, mas não substituído por elementos de democracia direta ou participativa” (BOBBIO, 1986, p. 210).

No entendimento de Almeida (2006, p. 180), numa democracia representativa o mandato do eleito pertence aos cidadãos, os quais podem reafirmá-lo ou revogá-lo a cada eleição. Entende a autora que se presume que os mandatários correspondam às aspirações dos eleitores e que lhes prestem contas, mas a maneira como fazem essa satisfação é muito antiga, pois, de um lado, o mandato pode ser entendido como autorização ampla para agir; e, de outro, pode ser circunscrito a definições precisas dos objetivos almejados pelos eleitores.

A teoria da “duplicidade” do mandato foi o ponto de partida para a elaboração de todo o moderno sistema representativo, nas suas raízes constitucionais, que assinalaram o advento do Estado liberal. Segundo essa teoria, a partir do momento em que é eleito, o candidato desvincula-se do segmento que o elegeu, para então tomar as decisões pensando nos interesses da nação, o qual passa a ser entendido como parte de um corpo político espiritual. Ensina Bonavides:

Com efeito, toma-se aí o representante politicamente por nova pessoa, portadora de uma vontade distinta daquela do representado, e do mesmo passo, fértil de iniciativa e reflexão e poder criador. Senhor absoluto de sua capacidade decisória, volvido de maneira permanente – na ficção dos instituidores da moderna ideia representativa – para o bem comum, faz-se ele órgão de um corpo político espiritual – a nação, cujo querer simboliza e interpreta, quando exprime sua vontade pessoal de representante (BONAVIDES, 2001, p. 203).

Entretanto, com o passar dos anos, a teoria da duplicidade não mais atende aos anseios da população, a qual busca em seu voto um candidato que representa os seus interesses perante a nação. Surge, então, a teoria da identidade, segundo a qual governantes e governados teriam uma só vontade; por conseguinte, o eleito estaria vinculado diretamente durante seu mandato àqueles que o elegeram. Ensina Bonavides (2001, p. 215) que essa imperatividade do mandato entrou como um paradoxo no sistema de sufrágio, pois a vontade una e soberana do povo, que deveria resultar num sistema representativo de inspiração totalmente

popular, acabou decompondo-se em vontades antagônicas e disputas entre partidos e grupos de pressão, fugindo-se à ideia central de um mandato representativo vinculado aos eleitores.

O autor aduz que nas sociedades de massa chocam-se de forma violenta os pilares da teoria da identidade com os interesses econômicos, políticos e sociais, pois cada vez mais os interesses globais do povo e os interesses parcelados de grupos e classes conflitantes surgem, sendo inviável atendê-los por uma teoria da democracia clássica, baseada na teoria da identidade (BONAVIDES, 2001, p. 216-217).

Esse movimento de dissolução da teoria da identidade a gerar insatisfação dos eleitores com o representante também é apontado por outros autores, como Bobbio (1986, p. 9), que prefere não falar em crise da democracia, pois o termo “crise” faz pensar num colapso iminente; de fato, embora não goze de boa saúde por todo o mundo, a democracia também não está à beira do túmulo. Afirmo o autor que, para um regime democrático, sua transformação é o estado natural, pois a democracia é dinâmica e o despotismo é estático, sempre igual a si mesmo.

Bobbio refere-se a um sistema democrático em constante mutação e adaptação, e não deixa de registrar também os problemas da democracia representativa, especialmente a falta de compromisso do eleito com o eleitor após o pleito. Tal desvinculação, segundo o autor, tem duas características: a) na medida em que o eleito goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante seus eleitores sobre os atos praticados durante o seu mandato, o qual não é revogável; e b) não é responsável perante os seus eleitores a tutelar os interesses da sociedade civil e, sim, os interesses particulares de determinadas categorias (BOBBIO, 1986, p. 42).

Tais comportamentos do corpo político têm marcado as democracias contemporâneas, as quais têm, entre suas características primordiais, as eleições livres e diretas, bem como a “representação que não representa” (NOVELLI, 2011, p. 245), traduzida como um distanciamento entre aquilo que é prometido no período de eleições e aquilo que é colocado em prática durante o mandato. Outros autores utilizam-se da expressão “crise de representatividade”, especialmente no caso do Brasil:

O que tem se vivenciado no Brasil é a crise desse modelo. Os representantes já não representam o povo; este, por sua vez, já não se interessa pelos assuntos políticos. O número de partidos cresce, mas as ideologias continuam as mesmas, e o poder legislativo ainda não logrou sua independência, continua a operar com preponderância do executivo (MANFREDINI, 2008, p. 25).

Segundo Comparato (2007), a crise de representatividade acentua-se a cada dia mais com a indignação da população e as disparidades na sociedade brasileira. Segundo o autor, o “sistema de representação liberal, no Brasil, sempre foi uma fantasia retórica. Não é o povo que aparece representado nas nossas casas legislativas, e sim as classes ricas, as corporações poderosas ou os grupos de pressão mais influentes” (COMPARATO, 2007, p. 28). De fato, as considerações do autor, embora bastante chocantes, são confirmadas pelos recentes escândalos de corrupção, especialmente após a delação de um dos proprietários da empresa JBS, o qual confirmou pagamentos a 1.829 políticos e valores repassados durante as campanhas para representar os interesses da empresa nos mais variados níveis da política (FERNANDES, 2017).

Para Avritzer (2016, p. 7), existe hoje no País uma situação de incômodo com relação à

democracia representativa, especialmente desde as manifestações de junho de 2013, o que pode ser aferido com a constante ida às ruas de milhões de pessoas para protestar contra os políticos ou os serviços públicos. O número de protestos e manifestações acentuou-se depois da Operação Lava Jato², da qual decorre um clima antipolítico no País – o que é preocupante, pois “não podemos prescindir dos políticos e dos partidos. Não existem alternativas reais a não ser que abdicuemos de fazer democracia” (LANDIM, 2017).

Diante desse dilema, não há como desprezar as manifestações de insatisfação políticas nas ruas, o que é classificado por Avritzer (2016) como uma situação de impasse da democracia no Brasil:

Por impasse, entendo uma crise de crescimento e de evolução da cultura democrática no país. Se, de um lado, todos os indicadores da prática democrática são positivos, de outro parece existir um incômodo em relação à democracia, que não chega a ser um mal-estar e está relacionado a diversos indicadores: aumento das expectativas da população em relação ao governo que não se traduziram em melhor performance ou em piora de indicadores da mídia em relação ao governo, como ocorre em todas as democracias do mundo (AVRITZER, 2016, p. 9).

Um dos problemas das democracias contemporâneas diante de todo esse colapso do sistema é a persistência das oligarquias, pois a evolução da democracia não conseguiu diminuir ou acabar com elas; ou seja, a eliminação

²“A Operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia” (ENTENDA..., [201-]).

da tradicional distinção entre governantes e governados, a superação da ideia de distinção entre quem dá e quem recebe a regra de conduta (BOBBIO, 1986, p. 26).

Sobre a persistência das oligarquias, Rancière (2014, p. 68) destaca que a sociedade democrática é apenas uma pintura fantasiosa destinada a sustentar o princípio do bom governo. Aduz o autor que as sociedades, tanto no presente quanto no passado, são estruturadas pelos jogos das oligarquias e não existe governo democrático propriamente dito. Por fim, destaca que “o poder do povo é necessariamente heterotópico à sociedade não igualitária, assim como ao governo oligárquico. Ele é um governo que desvia o governo dele mesmo, desviando a sociedade dela mesma” (RANCIÈRE, 2014, p. 68).

Ainda diante de todos os problemas da atualidade, Bobbio entende o caminho da democracia representativa como o único caminho a ser seguido por uma sociedade, descreditando as formas de participação política direta por meio da internet, por entender que ocasionaria a apatia política dos cidadãos:

A hipótese de que a futura computadocracia, como tem sido chamada, permita o exercício da democracia direta, isto é, dê a cada cidadão a possibilidade de transmitir o próprio voto a um cérebro eletrônico, é uma hipótese absolutamente pueril. A julgar pelas leis promulgadas a cada ano na Itália, o bom cidadão deveria ser convocado para exprimir seu próprio voto ao menos uma vez por dia. O excesso de participação, produto do fenômeno que Dahrendorf chamou depreciativamente de cidadão total, pode ter como efeito a saciedade de política e o aumento da apatia eleitoral (BOBBIO, 1986, p. 26).

E, com relação à participação direta como solução para a democracia, não é apenas

Bobbio que refuta essa possibilidade diante do contexto do século XXI, no qual o homem mediano tem outras preocupações a zelar no seu dia a dia, de modo que o excesso de chamamento do cidadão ao processo decisório pode ocasionar apatia política (BONAVIDES, 2001, p. 352). No mesmo sentido, Oliveira (2013, p. 158) destaca que “a internet não é um substitutivo da democracia representativa conduzindo-a para a democracia direta, pois os usuários da rede mundial de computadores não reúnem a totalidade dos eleitores”, bem como nem toda a população tem acesso à rede e o pleno domínio da tecnologia.

Bonavides (2001, p. 352) também acredita ser impossível ao Estado moderno congrega todos os cidadãos em forma de democracia direta, pois “até mesmo a imaginação se perturba” em supor o tumulto que seria congrega em praça pública toda a massa do eleitorado. O autor relata que, nas experiências históricas de democracia direta nas cidades-estados gregas, os homens que se reuniam na praça eram integralmente políticos, e não tinham a preocupação do “homem econômico”, que precisa trabalhar e buscar seu sustento, chegando ao homem contemporâneo, o qual é político e também econômico:

Nos sistemas compactos da ordem totalitária, o homem, perante as esferas políticas, deixa de ser politicamente “sujeito” ou “pessoa”, para anular-se por inteiro como “objeto”, que fica sendo, da organização social. Se o homem moderno tem apenas uma banda política do seu ser, é porque antes de mais nada aparece ele também como *Homo oeconomicus*. Quando dizemos homem econômico e político, estamos principalmente aludindo à possibilidade que tem o homem de conceder ou deixar de conceder mais atenção, mais zelo, mais cuidado ao trato dos assuntos políticos (BONAVIDES, 2001, p. 352).

É importante o argumento de Bonavides com relação ao homem econômico, ainda mais numa sociedade baseada na lógica de mercado, onde o homem contemporâneo diariamente precisa envolver-se com questões da busca de seu sustento e, por vezes, não tem tempo disponível para a participação democrática direta. Especialmente na CRFB, adotou-se o Estado partidário ao elencar-se entre os princípios fundamentais o pluralismo político³, representado pelos partidos políticos e suas respectivas ideologias, uma vez que o homem moderno é representado por eles no processo de decisão política.

³“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

A partir da CRFB, deu-se ainda mais espaço e liberdade aos partidos políticos como legitimados para exercer a representação, devido à grande desconfiança do Constituinte em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual supressão de direitos pelos poderes constituídos (SARLET, 2012, p. 64), fruto do trauma por que passou o Brasil durante a ditadura militar e da marginalização dos partidos que eram contra o regime. Tal importância fica clara ao se verificar que o Constituinte dedicou capítulo próprio no texto constitucional para eles, bem como dispôs sobre a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana (art. 17, CRFB)⁴.

E o legislador constitucional foi além, ao dispor no § 1º do art. 17 da CRFB que

É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária (BRASIL, 1998)

⁴Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I - caráter nacional; II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III - prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei” (BRASIL, 1988). “§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária” (BRASIL, 2006).

Portanto, é notória a preocupação do Constituinte com o destaque dos partidos políticos no movimento de redemocratização do Brasil em 1988, os quais ganharam amplo leque de direitos e garantias, sendo que

A adoção desse modelo iniciou-se no Brasil com a Constituição de 1946, mas se completou com a Constituição de 1967, em particular com a Emenda nº 1/69. Caracteriza-se ele pela inserção nas Constituições de normas que, definindo as funções do partido político, lhe concedem direitos, especialmente em matéria eleitoral e parlamentar, ao mesmo tempo que lhe conferem garantias (FERREIRA FILHO, 2012, p. 49)

Porém, se, de um lado, no cenário da CRFB, houve imensa preocupação com o posicionamento dos partidos políticos e toda sua importância para uma eficaz democracia representativa no Brasil, por outro lado, não se pode esquecer que os escritores políticos da literatura antipartidária não estabeleciam distinção entre partidos políticos e facções (BONAVIDES, 2001, p. 453). Para Madison (1948 apud BONAVIDES, 2001, p. 454), é um progresso o reconhecimento dos partidos políticos aparecerem separados das facções; porém, se o partido é o lado positivo, a facção é o lado negativo da participação política organizada.

Especialmente no caso do Brasil, é impossível uma candidatura sem vinculação partidária, pois o art. 14, § 3º, V⁵ estabelece como condição de elegibilidade a filiação partidária; os partidos políticos são um caminho obrigatório para a democracia representativa. Segundo Mezzaroba (2008, p. 40), a democracia brasileira caracteriza-se por ser uma democracia

⁵“§ 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos; III - o alistamento eleitoral; IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária;” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

representativa partidária; desse modo, não se admitem candidaturas avulsas ou desvinculadas das ideologias político-partidárias.

Para Bobbio (1986, p. 23), a democracia como idealizada por seus fundadores foi pensada para a emancipação de um indivíduo soberano que, de acordo com outros indivíduos igualmente soberanos, criam uma sociedade política, sem corpos intermediários. Entretanto, conforme o caminho que seguiu, a democracia foi justamente o contrário, com a preponderância dos interesses de grupos em vez de indivíduos – com as grandes organizações, sindicatos e associações tomando o protagonismo da cena política, por exemplo.

As inúmeras forças de decisões políticas dentro da sociedade, capazes de movimentar o processo decisório político, foram abordadas por Dahl (1997, p. 211), o qual introduz a ideia de poliarquia, o estágio de democracia em que se encontram as sociedades ocidentais, com características marcantes: autoridades eleitas, eleições competitivas e periódicas, direito ao voto, direito de concorrer aos cargos eletivos, liberdade de expressão, meios alternativos de competição e liberdade de associação, incluindo os partidos políticos. Para Dahl, vive-se atualmente nessas sociedades uma poliarquia, uma aproximação pobre da democracia como idealizada pelos seus fundadores, pois a democracia pensada nas antigas cidades-estados gregas com uma população homogênea de cidadãos, unidos por ideologias, ocupações, estilo de vida e tantos laços comuns inerentes àquela democracia, tornaram-se impossíveis diante da sociedade atual, marcada pela diversidade e pelo pluralismo (DAHL, 2012, p. 344).

Por outro prisma, se de um lado é inegável a importância dos partidos políticos para a democracia brasileira, de outro é assustador o número de partidos políticos envolvidos na Operação Lava Jato, deflagrada em 2014, revelando um lado obscuro das relações entre os partidos políticos e as empreiteiras, envolvendo 28 partidos – até então relacionados na operação (DOAÇÕES..., [201-]). Tais acontecimentos tornaram latentes os debates sobre como criar mecanismos de aprimoramento do sistema de representação política brasileiro, de modo a resgatar a credibilidade na democracia representativa.

Para Avritzer (2016, p. 91), ainda nos anos 60 era possível ganhar uma eleição no Brasil com o *slogan* informal “rouba, mas faz”. Mesmo nos anos 70, as histórias sobre corrupção e a certeza de impunidade faziam parte da prática instituída pelo sistema político. Com a promulgação da CRFB e a criação de alguns formatos institucionais, “o jogo começou a virar”, pois a nova lei do Tribunal de Contas da União (TCU) e a criação da Controladoria-Geral da União (CGU) em 2002 possibilitaram a correção de erros da administração pública. O autor afirma também que a partir de 2002 houve grande aparelhamento de Polícia Federal (PF)

e ações integradas com o Ministério Público Federal (MPF), as quais demonstram um intenso trabalho de combate à corrupção no País.

Avritzer (2016, p. 92) observa ainda que o aumento da divulgação dos escândalos de corrupção impactou diretamente na percepção da sociedade sobre o fenômeno: 73% dos brasileiros consideram-na um fenômeno muito grave. Destaca o autor que o sistema político brasileiro passou por poucas alterações desde o processo de elaboração da CRFB e que a opção do Constituinte originário pelo sistema proporcional acabou criando o chamado “presidencialismo de coalizão”⁶ e, desde então, as negociações para a conquista de maiorias têm como moeda de troca no Congresso Nacional os recursos públicos alocados pela União e a distribuição de cargos nos ministérios. Tais fatores são o ambiente propício para a proliferação da corrupção e “caixa dois”, levando à diminuição da confiança da população no sistema e na sua legitimidade.

Segundo O’Donnell (1991 apud STRECK; MORAIS, 2014, p. 92), no Brasil e em alguns países da América Latina recentemente saídos de regimes autoritários, a democracia fundase num modelo de “democracia delegativa”; para embasar sua tese, o cientista político desenvolveu o argumento de que

As democracias delegativas se fundamentam em uma premissa básica: quem ganha a eleição presidencial é autorizado a governar o país como lhe parecer conveniente, e, na medida em que as relações de poder existentes permitam, até o final de seu mandato. O presidente é, assim, a encarnação

⁶Termo desenvolvido pelo cientista político Sérgio Abranches para definir a lógica do presidencialismo vivenciado no Brasil. Ele é marcado por combinar o sistema eleitoral proporcional, o multipartidarismo e o “presidencialismo imperial”, organizando o Poder Executivo com base em grandes coalizões e com a necessidade de intensas negociações com o Poder Legislativo para a aprovação das políticas desenvolvidas (ABRANCHES, 1988, p. 10).

da nação, o principal fiador do “interesse maior da nação”, que cabe a ele definir. O que ele faz no governo não precisa guardar nenhuma semelhança com o que ele disse ou prometeu durante a campanha eleitoral – afinal, ele foi autorizado a governar como achar conveniente (O’DONNELL, 1991 apud STRECK; MORAIS, 2014, p. 92).

O autor destaca que essas democracias utilizam o artifício das eleições em dois turnos, pois, se as eleições do primeiro turno não geram diretamente uma maioria, o segundo turno terá que gerá-la, para acentuar o mito da “deleção legítima”. Mais ainda: a democracia delegativa é fortemente individualista⁷, já que pressupõe eleitores que escolhem o candidato e não o partido, independentemente de suas identidades e filiações. Por tal motivo, essas eleições são marcadas por processos altamente emocionais, sem levar em conta as restrições impostas pelos outros poderes para governar o País, levando a um jogo de debates de resultado absolutamente zero (O’DONNELL, 1991 apud STRECK; MORAIS, 2014, p. 93).

Se, de um lado, os partidos políticos enfrentam atualmente uma série de problemas em relação a sua legitimação para exercer a democracia representativa, ainda mais diante do cenário atual dos escândalos da corrupção investigada a Operação Lava Jato, de outro, os partidos políticos são o único caminho, porque servem para se repensar a estrutura da democracia, visto que nada mais pode substituí-los nesse papel. Todavia, há um certo veneno capaz de reduzi-los a nada, ou, ao menos, a deformá-los (DUVERGER, 1970, p. 273).

⁷Sobre o tema, Sérgio Resende de Barros cunhou o termo “presidentismo”, pois em verdade não temos um “Presidente da República”, mas uma “República de Presidente” caracterizada pela exagerada concentração de poderes nas mãos do Presidente da República, inclusive com o dever-poder de legislar, ocasionando conflitos de Poderes (especialmente com o Legislativo) que atormentam o Estado (BARROS, 1971, p. 67).

Assim, buscando-se alternativas para uma democracia representativa eficaz, baseada no fortalecimento das ideologias partidárias, passa-se à análise da PEC 61/2017, a qual procura efetuar uma reforma eleitoral para incluir no Brasil o sistema de voto distrital e lista fechada partidária.

2. PEC 61/2007: perspectivas para a implementação do sistema eleitoral misto para eleições do Poder Legislativo no Brasil.

Ao se falar em sistemas eleitorais, é necessário conhecer os sistemas eleitorais vigentes nas democracias representativas. Segundo Nicolau (2004, p. 9), eles são “o conjunto de regras que define como em determinada eleição o eleitor pode fazer suas escolhas e como os votos são contabilizados para serem transformados em mandatos” e dividem-se em duas grandes famílias: a representação majoritária e a proporcional.

No sistema majoritário, a ocupação de vagas ocorre mediante a detenção de um número maior de votos pelo candidato vencedor; ou seja, o grupo majoritário é o que elege o candidato vencedor por meio da maioria dos votos angariados em face de seus concorrentes – tal sistema é utilizado no Brasil para a eleição dos cargos de prefeito, governador, presidente da República e, no Legislativo, para senador. Um dos problemas da utilização do sistema majoritário para eleições no Poder Legislativo é a representação das minorias, pois se formam câmaras legislativas com prejuízo à representatividade de certos grupos minoritários, uma vez que apenas um candidato é o vencedor por distrito eleitoral (STRECK; MORAIS, 2014, p. 182). Ressalva-se, que embora o Senado Federal se utilize desse sistema para eleição de

seus membros, a função dos senadores é representar o Estado da federação; assim, é plausível a utilização do sistema majoritário para escolher o representante de um Estado.

Nas eleições do Executivo para presidente da República, governador e prefeitos de cidades com mais de 200 mil eleitores ainda se utiliza o processo em que os dois candidatos mais votados no primeiro turno que não atinjam a maioria absoluta (metade dos votos mais um) disputam uma nova eleição, o chamado “segundo turno”; nele os eleitores decidem qual dos dois será o eleito, conforme a ordem constitucional vigente no Brasil⁸ (BRASIL, 1988).

O problema da sub-representação das minorias no sistema majoritário pode ser, todavia, atenuado com o sistema proporcional. Afirma Ferreira Filho (2001, p. 173) que esse sistema exige que nas circunstâncias seja eleita uma pluralidade de representantes por meio de partidos políticos; o cerne do sistema está na equivalência entre a percentagem de votos obtida por um partido e o número de cadeiras que obtém na câmara em questão. Destaca o

⁸“Art. 28. A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subsequente, observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1997).[...] Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] II - eleição do Prefeito e do Vice-Prefeito realizada no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato dos que devam suceder, aplicadas as regras do art. 77, no caso de Municípios com mais de duzentos mil eleitores; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1997); [...] Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1997)” (BRASIL, 1988).

autor que disso se retira uma proporção entre o número de votos recebidos pelo partido e o número de cadeiras que serão ocupadas por ele na casa legislativa.

É interessante que, para a divisão das cadeiras no legislativo, o sistema proporcional tende a reduzir a quase nada o fenômeno da sub-representação, pois o número de votos válidos é dividido pelas cadeiras a serem ocupadas na câmara, obtendo-se o quociente eleitoral, o qual é a proporção de representantes que cada partido conseguirá eleger (FERREIRA FILHO, 2001, p. 174). A principal virtude da representação proporcional está na sua capacidade de espelhar um Legislativo com todas as opiniões relevantes existentes na sociedade, bem como garantir a equidade matemática entre o número de votos que um partido recebeu e a sua representação na casa legislativa (NICOLAU, 2004, p. 37).

É evidente que a adoção do sistema eleitoral proporcional no Brasil para as eleições dos deputados federais, estaduais e vereadores prestigiou a representatividade de diversos segmentos da sociedade dentro das câmaras (algo inerente a esse sistema); entretanto, o sistema proporcional brasileiro acabou colocando os partidos políticos numa posição secundária. Destaca Silva (1999, p. 160) que “é notória a ideia de que os partidos políticos brasileiros pouco ou nada significam”; não importa o partido a que o candidato se filia, já que o importante é obter a maior quantidade de votos nominais, pois, com o quociente eleitoral adotado no sistema proporcional, as vagas do partido serão ocupadas pelos candidatos mais votados (SILVA, 1999, p. 161).

Neste ponto, é importante refletir sobre o sistema eleitoral proporcional e os partidos políticos, pois para uma democracia representativa eficaz é indispensável o fortalecimento dos partidos (LANDIM, 2017). No sistema proporcional, existem duas variantes do sistema: o voto único transferível e o sistema de lista. A primeira busca garantir que opiniões relevantes na sociedade estejam abrigadas no Parlamento, ao passo que a segunda procura distribuir as cadeiras no Legislativo utilizando-se dos partidos políticos como ideia fundamental (NICOLAU, 2004, p. 38).

A lista aberta partidária, como utilizada no Brasil, é adotada em número reduzido de países; na Finlândia, Polônia e Chile, por exemplo, o procedimento é o mesmo: cada partido apresenta uma lista não ordenada de nomes, o eleitor vota em um deles e as cadeiras conquistadas pelo partido são ocupadas pelos candidatos mais votados (NICOLAU, 2004, p. 56). Destaca o autor que um dos argumentos contrários ao sistema eleitoral proporcional de lista fechada é a tendência de “personalizar” a escolha eleitoral do candidato, dado que os partidos políticos tendem a chamar figuras populares para concorrer; desse modo, a disputa intrapartidária entre os candidatos enfraquece os partidos na arena eleitoral.

No Brasil, nas últimas eleições do Legislativo, em 2010 e 2014, uma das surpresas do fenômeno da popularidade foi a eleição do palhaço Tiririca para o cargo de Deputado Federal – ele se elegeu com 1,3 milhão de votos pelo estado de São Paulo e entrou para a história como o candidato mais votado de uma unidade da Federação (MACHADO, 2010). Durante seu tempo de propaganda eleitoral, o candidato não apresentava propostas e utilizava o slogan “vote no Tiririca, pior do que está não fica”. Em razão da expressiva votação em virtude de sua popularidade, elegeu consigo no pleito de 2014 mais dois candidatos pela coligação, os quais não teriam sido eleitos caso ele não tivesse obtido expressiva votação (BURGARELLI; BRAMATTI, 2014).

Outra crítica ao sistema proporcional é a diluição de responsabilidades e a redução da eficácia de governo, pois os eleitos não têm, como no sistema majoritário, a força política do número de votos recebidos, tal como ocorre quando apenas o mais votado é eleito, resultando disso que, embora lá estejam as minorias, estas continuam sujeitas à maioria (STRECK; MORAIS, 2014, p. 183). No mais, o sistema eleitoral proporcional acarreta a fraqueza e a instabilidade dos governos, ameaça o esfacelamento e a desintegração do sistema partidário, quando não enseja uniões esdrúxulas de partidos, intrinsecamente oportunistas, que arrefecem o sentimento de confiança e legitimidade na representação, burlada pelas alianças e coligações de partidos, cujos programas não raro divergem ideologicamente (BONAVIDES, 2001, p. 325).

No Brasil, vive-se um claro exemplo dessa problemática do sistema proporcional: o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), que esteve junto com o Partido dos Trabalhadores (PT) nos mandatos de Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff, aliou-

se ao Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e rompeu com o PT no processo político que culminou com o impedimento da Presidente eleita. Curiosamente, com a ascensão de Michel Temer (PMDB) e a crise provocada pela delação dos proprietários da empresa JBS, o PSDB chegou a cogitar romper com o governo federal e defender eleições indiretas imediatas (GIELOW, 2017).

Há um terceiro sistema eleitoral, resultado de uma combinação entre o sistema eleitoral majoritário e o proporcional: o denominado sistema eleitoral misto (GOMES, 2016, p. 203); nele, a circunscrição eleitoral (União, Estado, Distrito Federal e Município) é dividida em distritos e no dia do pleito o eleitor terá a opção de votar em duas listas: na primeira, vota no candidato do distrito (onde, pela regra majoritária, será eleito apenas um para representá-lo); e numa segunda lista pelo sistema proporcional (em que os candidatos poderão ser escolhidos em lista aberta, fechada ou flexível).

Gomes (2016, p. 204) destaca que, no sistema de lista fechada, o partido político é soberano para definir quem entre seus filiados ocupará a vaga por ele conquistada (normalmente isso deve ser feito por convenção); na flexível, ainda é o partido que define a ocupação das vagas, mas os eleitores podem interferir na ordem elaborada pelo partido, marcando os candidatos preferidos a ocupar o topo da lista no dia do pleito; e, por fim, no sistema de lista aberta, cabe aos próprios eleitores (e não aos partidos) formar a ordem nominal a ser observada na indicação dos eleitos – sistema utilizado atualmente.

Especialmente no caso do Brasil, Gomes (2016, p. 204) assevera que o sistema distrital misto é superior ao sistema em vigor, pois nele a representação das minorias não é totalmente sacrificada e reduz significativamente o território das disputas, pois os candidatos distritais

só pedem votos nos distritos em que concorrem. Segundo o autor, isso barateia as campanhas e favorece o ingresso de novos atores políticos no jogo, uma vez que se diminui a influência dos poderes político, econômico e dos meios da comunicação sobre o processo eleitoral. Para o autor, outro fator positivo é o estabelecimento de novas bases de relacionamento entre o representante e o representado, pois a proximidade possibilita um controle social mais efetivo sobre a atuação do mandato parlamentar.

No mesmo sentido, Streck e Moraes (2014, p. 184) salientam as vantagens do sistema distrital: “pode-se destacar a constituição de vínculo entre os candidatos e um colégio eleitoral específico, o que oportunizaria uma maior fiscalização direta pelos eleitores, além de facilitar o controle da corrupção”; e argumentam que tal sistema permite melhor desempenho do representante, em razão do menor número de problemas e serem enfrentados e reconhecidos, sem afetar a participação nos debates nacionais.

A implementação desse sistema misto no Brasil é o objeto da PEC 61/2007, a qual busca alterar o atual art. 45^o da CRFB nos seguintes termos:

Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelos sistemas majoritário e proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal, na forma da lei, observados os seguintes preceitos:

I – 50% da representação de cada Estado e do Distrito Federal, ou o número inteiro maior mais próximo, será composta por nomes eleitos pelo voto majoritário em distritos uninominais;

II – 50% da representação de cada Estado e do Distrito Federal será composta por nomes apresentados em listas partidárias;

III – o eleitor terá direito a dois votos desvinculados, um para o candidato de seu distrito eleitoral e outro para o partido de sua preferência;

IV – o total de lugares destinados a cada partido será calculado com base no princípio da proporcionalidade, aplicado aos votos obtidos pelas listas partidárias;

V – deduzidos do total de lugares destinados a cada partido os representantes eleitos nos distritos, os demais lugares serão preenchidos pelos candidatos apresentados nas listas partidárias, segundo a ordem da lista;

⁹“Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. § 1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados. § 2º Cada Território elegerá quatro Deputados” (BRASIL, 1988).

VI – se o número de representantes eleitos pelo partido nos distritos for superior ao número definido pelo princípio da proporcionalidade, a diferença será acrescida ao número total de Deputados.

§ 1º Ressalvada a hipótese do inciso VI, o número total de Deputados não será superior a quinhentos e treze.

§ 2º A representação por Estado, por Território e pelo Distrito Federal será estabelecida por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários no ano anterior às eleições, de modo que nenhuma unidade da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.

§ 3º Cada Território elegerá dois Deputados, pelo sistema proporcional.

§ 4º As regras estabelecidas neste artigo aplicam-se às eleições de Deputados Estaduais e Vereadores. (NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação (BRASIL, 2007, p. 1-2).

Essa PEC representa uma brusca mudança no sistema eleitoral vigente, pois, atualmente, para eleições do Legislativo, utiliza-se o sistema eleitoral proporcional de lista partidária aberta, no qual o eleitor dirige seu voto para determinado candidato; caso aprovada a PEC 61/2007, o eleitor poderá votar numa lista partidária fechada para o preenchimento de metade das vagas no Legislativo e votar num candidato único apto a representar o distrito eleitoral perante a Câmara dos Deputados; ou seja, ocorreria uma divisão das cadeiras do Poder Legislativo: 50% de eleitos pelo sistema proporcional de lista fechada e 50% de eleitos pelo distrito mediante o sistema majoritário.

Na justificção da PEC 61/2007 menciona-se a experiência internacional, que demonstra o vínculo estreito entre representantes e representados obtido por meio do voto distrital, pois nele o eleitor sabe exatamente quem é seu representante e está em condições de levar a ele projetos e propostas, bem como efetuar maior controle social sobre o seu mandato. Refere-se ainda à preocupação com as correntes minoritárias de representação, que não serão excluídas na eventual adoção do sistema misto, pois o sistema eleitoral proporcional continuará a vigorar, dando oportunidades à representação das minorias (BRASIL, 2007, p. 3).

Na exposição de motivos, a PEC 61/2007 destaca que as eleições que se realizam no Brasil, proporcionais com listas abertas, acarretam a personalização da política, o enfraquecimento dos partidos e a construção de um ambiente eleitoral que as torna excessivamente caras e conferem influência desmesurada ao poder econômico (BRASIL, 2007, p. 3). Registra-se também a dificuldade dos governos para a formação das maiorias no Congresso Nacional, fuga da verdade eleitoral, por

meio das trocas de partidos, e a dependência de recursos clandestinos de campanha (“caixa dois”).

Embora nas razões da PEC 61/2007 não se faça distinção expressa entre o sistema misto de superposição (utilizado na Coreia do Sul, Taiwan e Tailândia) e o sistema misto de correção (utilizado na Alemanha e México), é necessário destacar que tal projeto busca complementar o primeiro, pois os eleitores teriam dois votos independentes (um para o candidato do distrito e outro para a lista partidária no sistema proporcional). Segundo Nicolau (2004, p. 64):

Na superposição todos os eleitores elegem seus representantes por intermédio de duas diferentes fórmulas, mas a eleição dos representantes da parte proporcional não é afetada pela majoritária. Na realidade, há dois grupos diferenciados de representantes, cada um eleito por uma fórmula eleitoral. O Sistema de superposição passou a ser utilizado a partir da década de 1990 em novas democracias na Ásia (Coreia do Sul, Taiwan, Tailândia) e antigos territórios da União Soviética (Rússia, Ucrânia e Lituânia).

Diferentemente do sistema misto de correção utilizado na Alemanha e México, no qual as cadeiras são distribuídas nacionalmente ou por âmbito regional de forma proporcional aos votos dados na lista, do total de cadeiras obtidas pelos partidos são subtraídas as que o partido conquistou nos distritos e a diferença de cadeiras resultante é ocupada pelos candidatos da lista (NICOLAU, 2004, p. 68). É importante tal diferenciação conceitual, pois dentro do sistema misto pode haver significativas diferenças nos procedimentos para a distribuição das cadeiras; na PEC 61/2007, optou-se pelo sistema misto de superposição, no qual o eleitor tem direito a dois votos independentes (um não interfere no outro).

A PEC 61/2007 prevê significativo avanço na valorização dos partidos políticos ao prever que “50% da representação de cada Estado e do Distrito Federal será composta por nomes apresentados em listas partidárias;” (BRASIL, 2007, p. 1); e, no inciso seguinte, que “III – o eleitor terá direito a dois votos desvinculados, um para o candidato de seu distrito eleitoral e outro para o partido de sua preferência” (BRASIL, 2007, p. 1), de modo que se mantém o princípio da proporcionalidade na representação no Legislativo e ao mesmo tempo dá aos eleitores a opção de escolher qual partido político o representará na casa legislativa, por meio da lista fechada partidária.

Cabe destacar que uma das vantagens da lista partidária fechada é a possibilidade de aumentar a representação no Legislativo de minorias que ainda encontram dificuldades para chegar a ocupar esses cargos,

como as mulheres, pois os sistemas majoritários em listas partidárias são mais favoráveis para sua ascensão ao Legislativo, pois ele permite estabelecer mecanismos de ação positiva dentro das listas partidárias (NICOLAU, 2004, p. 83). No Brasil, das 594 cadeiras do Legislativo federal apenas 63 são ocupadas por mulheres, o que equivale a apenas 9% da representação feminina no Congresso Nacional, colocando o Brasil entre os países com as taxas mais baixas de representação feminina, ocupando a posição 116ª no ranking de 190 nações (CHADE, 2015). Se, de um lado, a população brasileira é composta por 51,4% de mulheres (MULHERES..., 2015), por outro, no Congresso Nacional elas ocupam apenas 9% das cadeiras; assim, o resultado dessa desproporção é um Parlamento alheio à realidade brasileira: ele não reflete este segmento da sociedade na sua composição.

Um dos aspectos relevantes na adoção do sistema de lista fechada partidária é a possibilidade de correção dessas distorções em relação à participação da mulher na política, especialmente a partir da Lei nº 12.034/2009 (BRASIL, 2009), que alterou o art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997 (BRASIL, 1997)¹⁰ para obrigar cada partido ou coligação a registrar ao menos 30% de candidatas mulheres nas eleições. No entanto, tal proposta também impõe outro desafio: garantir que as mulheres que venham a competir dentro das listas fechadas partidárias efetivamente ocupem uma posição em ordem proporcional aos candidatos do sexo masculino, não ficando apenas no final das listas para se atingir a quota prevista na legislação. Tal previsão não há na PEC 61/2007, um dos

aspectos que precisa ser debatido e regulamentado para se atingirem todas as vantagens do sistema de listas fechadas partidárias.

Ademais, cabe registrar que a PEC 61/2007 recebeu uma proposta de emenda legislativa, a Emenda 2 – PEC 61/2007¹¹. Ela avança ainda mais no projeto de reforma eleitoral, ao prever o financiamento das campanhas eleitorais com recursos públicos de cada ente da federação e vedar qualquer doação financeira ou estimável em dinheiro de pessoas naturais e jurídicas no custeio das despesas de campanha. Esse é um importante avanço no projeto, pois de nada adiantaria toda uma reforma de lista fechada partidária com o propósito de fortalecer os partidos, se o poder econômico e a lógica do financiamento clandestino se perpetuarem.

Há ainda outros desafios lançados pela PEC 61/2007; entre eles, a divisão dos distritos eleitorais no Brasil. De acordo com Nogueira Filho (2007, p. 100), a resposta a essa questão deve atentar para dois requisitos, a fim de que não haja manipulação eleitoral: que os distritos sejam contíguos territorialmente e que tenham número semelhante de eleitores. O debate político no Brasil tem sinalizado para a divisão dos distritos pela Justiça Eleitoral, de modo a não politizar o debate sobre a sua delimitação de modo a favorecer ou desfavorecer determinados partidos (BRAMATTI; BURGARELLI, 2015). Entretanto, questiona-se: a divisão dos distritos não deveria ser uma decisão política? Diante de um País com tamanha extensão ter-

¹⁰ “§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)” (BRASIL, 1997).

¹¹ “Acrescente-se ao art. 45, com a redação dada pelo art. 1º da PEC 61/2007 os seguintes parágrafos: § – As despesas relacionadas à campanha eleitoral serão custeadas por recursos do orçamento de cada unidade da federação, de acordo com o previsto em lei complementar, que regulará o financiamento público de campanha, de forma a assegurar recursos iguais a todos os partidos políticos e parte dos recursos proporcionalmente ao desempenho eleitoral de cada partido nas eleições realizadas anteriormente. § - É vedado qualquer doação financeira ou estimável em dinheiro de pessoas naturais e jurídicas, no custeio de despesas de campanha eleitoral” (BRASIL, 2010).

ritorial e variadas culturas, a mera divisão de distritos com semelhante número de eleitores e posições próximas não necessariamente traduziria as vontades de uma região e a identidade com o candidato eleito. Além disso, nessa divisão o interior poderia sair prejudicado pela baixa densidade populacional e, eventualmente, até não conseguir eleger um seu representante, caso se aglomerasse numa cidade com alta densidade populacional, que atrairia os discursos dos parlamentares para as questões da cidade.

Frise-se que tal fenômeno da divisão dos distritos para favorecer ou prejudicar determinados partidos políticos na disputa foi relatado na Venezuela nas eleições parlamentares de 2010, quando o Presidente Hugo Chávez, pelo redesenho dos distritos eleitorais, teria obtido maioria de forma artificial. Tal fenômeno conhecido como técnica do *gerrymander* foi relatado pela primeira vez em 1842 em Massachusetts (EUA), quando na divisão dos distritos o estado ficou semelhante ao desenho de uma salamandra, com o objetivo de garantir a hegemonia do governador Elbridge Gerry e a fragmentação de seus adversários (CAGGIANO, 2012, p. 421)

Por fim, argumenta Silva (2005, p. 16) que um ponto importante da adoção do sistema de listas fechadas no Brasil é a interpretação do art. 17, § 1º¹², da CRFB, que dispõe sobre a autonomia dos partidos políticos para estabelecer sua estrutura interna, organização e funcionamento, não vinculando obrigatoriamente

¹² Art. 17, § 1º: “É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 2006)” (BRASIL, 1988).

os partidos a estabelecer em seu regulamento convenções partidárias para a escolha dos candidatos que comporão as listas fechadas. Pode-se dizer que em matéria constitucional a legislação partidária é minimalista, pois o texto constitucional garantiu ampla liberdade aos partidos políticos internamente, o que pode implicar risco para uma saudável democracia, pois é necessário garantir o processo democrático na formação interna de tais listas, retirando as mãos das cúpulas partidárias.

Segundo Silva (2005, p. 16), tal dispositivo da CRFB contrariaria o caminho da reforma do sistema eleitoral para listas fechadas e poderia conduzir a uma “oligarquia partidária”, ao autorizar que a ordem dos candidatos possa vir a ser determinada por apenas uma pessoa ou um núcleo do partido. Nesse ponto, a PEC 61/2007 não contém previsão alguma de alteração de tal dispositivo constitucional, deixando de enfrentar os procedimentos internos de formação das listas fechadas nos partidos políticos, a qual “apresenta diversos problemas que devem ser solucionados e adequados aos novos métodos políticos, desde a própria existência de democracia interna, até a própria imposição majoritária de suas ideias em respeito aos direitos da minoria” (MORAES, 2000, p. 125).

Cita-se como exemplo a Constituição da República Portuguesa, cujo art. 51 prevê que “A liberdade de associação compreende o direito de constituir ou participar em associações e partidos políticos e de através deles concorrer democraticamente para a formação da vontade popular e a organização do poder político” (PORTUGAL, 1976). E consagra que “Os partidos políticos devem reger-se pelos princípios da transparência, da organização e da gestão democráticas e da participação de todos os seus membros” (PORTUGAL, 1976 apud MORAES, 2000, p. 125). Diante da previsão da Constituição de Portugal, também seguida

pelas Constituições da Itália, Alemanha e Argentina, tem-se uma das possibilidades a serem seguidas pelo Brasil para avançar no processo de fortalecimento dos partidos políticos. O texto da CRFB, quando comparado com o de outras nações, não garante aos cidadãos a obrigatoriedade de processos democráticos na formação de listas internas nos partidos políticos, um dos pontos importantes para se atingir os fins almejados pela PEC 61/2007.

Considerações finais

Ao cabo deste trabalho, são necessárias algumas considerações sobre o cenário que se vislumbra para a democracia representativa no Brasil. Com a promulgação da CRFB, houve a preocupação de garantir ampla liberdade de organização e formação dos partidos políticos, um caminho para o fortalecimento da democracia representativa. Entretanto, diante do cenário atual de corrupção e dos impactos ocasionados pelas delações premiadas de grandes empresas na Operação Lava Jato, gerou-se um clima antipolítico no País, colocando em xeque a própria credibilidade da democracia representativa.

Todavia, algumas das considerações que se podem chegar ao final deste trabalho é que não há outro caminho a ser seguido a não ser a democracia, de modo que se precisa cada vez mais discutir o sistema eleitoral em vigor para assegurar uma salutar representatividade. A CRFB preocupou-se com o pluralismo político e a formação dos partidos como importantes atores no processo decisório, considerados verdadeiros grupos de pressão política na ordem constitucional brasileira, pois representam os diversos segmentos sociais e ideológicos no Parlamento. Por outro lado, o Constituinte originário optou pelo sistema

eleitoral proporcional para a representação no Legislativo, obtendo êxito na formação de um Legislativo amplamente representativo de diversos segmentos, mas desligado das questões partidárias e conduzindo os partidos a um papel inexpressivo dentro do sistema.

Tal cenário gerou no Brasil uma democracia representativa distante da questão partidária e até mesmo dos eleitores, uma vez que o sistema proporcional acarreta diluição de responsabilidades e distanciamento político, propiciado por um sistema de transferência de votos complexo aos olhos do eleitor. No cerne desse debate, busca-se uma melhora para a democracia representativa e surge a possibilidade de utilização do sistema eleitoral misto com voto distrital e lista fechada partidária, o qual se demonstrou como eficiente em outros países como Alemanha e México, aproximando os candidatos de seus eleitores de base territorial próxima, barateando os custos das campanhas e fortalecendo os partidos políticos por meio do sistema de listas fechadas.

Não obstante, essa proposta de reforma eleitoral impõe também novos desafios políticos para o Brasil. Nesse ponto, embora se demonstre como um embrião do debate sobre reforma eleitoral, a PEC 61/2007 deixa de abordar uma série de temas importantes – entre eles, como realizar a divisão dos distritos eleitorais. Isso é de fundamental importância, não apenas para impedir a manipulação eleitoral, mas também para agrupar regiões com interesses geopolíticos semelhantes, diante de um vasto território com diversos regionalismos. Outro ponto a ser debatido é a democratização interna dos partidos políticos para a formação das listas fechadas partidárias, pois o texto constitucional prevê uma legislação minimalista com relação à regulamentação da matéria. Nesse ponto, seria inócuo o sistema de lista fechada partidária que não garantisse

uma democratização no processo interno de sua formação, correndo-se o risco de uma oligarquização partidária e desvirtuamento completo dos objetivos almejados pela PEC 61/2017.

Citou-se como exemplo as Constituições de Portugal, Itália e Alemanha, as quais optaram por disciplinar dentro do próprio texto constitucional a regulamentação sobre os processos internos decisórios dos partidos políticos, sendo este um dos debates que também deveria acompanhar a PEC 61/2007. Igualmente, para uma melhora significativa da democracia representativa no Brasil, é necessário também discutir outros temas: entre eles, o financiamento privado de campanha, as medidas para a diminuição da corrupção e o número de partidos políticos (muitos com ideologias praticamente iguais), separados por questões de divergência entre candidatos. Tais pontos, sem dúvidas, demonstram a complexidade do tema e a necessidade de novas pesquisas na área, de modo a diagnosticar corretamente os problemas políticos para se atingirem soluções jurídicas eficazes.

Sobre os autores

Nina Trícia Disconzi Rodrigues é doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professora adjunta no Departamento de Direito na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria, RS, Brasil; professora no programa de pós-graduação em Direito (Mestrado) na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria, RS, Brasil; coordenadora do Grupo de Pesquisa, cadastrado no CNPQ, Grupo de Pesquisa em Direito dos Animais, denominado GPDA, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria, RS, Brasil; vice-líder do Grupo de Pesquisa cadastrado no CNPq, denominado Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet (CEPEDI) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria, RS, Brasil.

E-mail: ninadisconzi@uol.com.br

Lucas Mateus Canabarro Rodrigues é graduado em Direito pela Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES), Santa Maria, RS, Brasil; pesquisador cadastrado no CNPq no Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet (CEPEDI), da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria, RS, Brasil; advogado.

E-mail: lucasmcrodrigues@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹³

NEW DIRECTIONS FOR REPRESENTATIVE DEMOCRACY IN BRAZIL AND PEC 61/2007 OF THE FEDERAL SENATE

¹³ Sem revisão do editor.

ABSTRACT: This paper deals with the impasses of representative democracy in Brazil, especially after the impacts caused by the “Lava-Jato” operations, the corrosion of the representative system and the weakening of party ideologies. The first chapter dealt with the crisis of representativeness facing the country since the demonstrations in June 2013 and the role of the post-constituent political parties of 1988. In the second chapter, the question of the electoral systems used in other countries and the Brazilian proportional system were analyzed, analyzing the advantages and disadvantages of the majority, proportional and mixed system. Finally, we analyzed the Proposed Amendment to Constitution 61/2007, which seeks to establish the mixed electoral system of district vote, and closed party list for the strengthening of representative Brazilian democracy and the new challenges posed from such proposal. For this purpose, the hypothetical-deductive method was used, using the larger assumptions for the formation of the smaller premises.

KEYWORDS: DEMOCRACY. CRISIS OF THE REPRESENTATIVE SYSTEM. POLITICAL PARTIES. ELECTORAL SYSTEMS. PEC 61/2007.

Como citar este artigo

(ABNT)

RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; RODRIGUES, Lucas Mateus Canabarro. Novos rumos para a democracia representativa no Brasil e a PEC 61/2007 do Senado Federal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 216, p. 181-205, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p181>.

(APA)

Rodrigues, N. T. D., & Rodrigues, L. M. C. (2017). Novos rumos para a democracia representativa no Brasil e a PEC 61/2007 do Senado Federal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(216), 181-205. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p181

Referências

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema Institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, n. 31, p. 5-34, 1988.

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. Pertencimento do mandato. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 180-182.

AVRITZER, Leonardo. *Impasses da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

BARROS, Sérgio Rezende de. Medidas, provisórias?. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 53, p. 67-82, 1971. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista53/medidas.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRAMATTI, Daniel; BURGARELLI, Rodrigo. Critério de mapa impacta eleição distrital. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 4 maio 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,criterio-de-mapa-impacta-eleicao-distrital-imp-,1680489>> Acesso em: 19 jun. 2017.

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

_____. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. *Diário Oficial da União*, 1ª out. 1997.

_____. Emenda constitucional nº 52, de 8 de março de 2006. Dá nova redação ao § 1º do art. 17 da Constituição Federal para disciplinar as coligações eleitorais. *Diário Oficial da União*, 9 mar. 2006.

_____. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 61, de 2007*. Altera o art. 45 da Constituição Federal, para estabelecer o sistema eleitoral misto para as eleições de Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores. [S.l.: s.n.], 2007. [Em tramitação]. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/81909>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

_____. Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009. *Diário Oficial da União*, 30 set. 2009.

_____. Senado Federal. *Emenda nº 2 à Proposta de Emenda à Constituição nº 61, de 2007*. Altera o art. 45 da Constituição Federal, para estabelecer o sistema eleitoral misto para as eleições de Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores. [S.l.: s.n.], 2010. [Em tramitação]. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/sdleg-getter/documento?dm=3868127>>. Acesso em: 13 set. 2017.

BURGARELLI, Rodrigo; BRAMATTI, Daniel. Saiba quem foi eleito na “carona” de Tiririca e Russomano. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 8 out. 2014. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,saiba-quem-foi-eleito-na-carona-de-tiririca-e-russomano,1573406>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

CAGGIANO, Monica Herman. O sistema eleitoral brasileiro: eleições gerais 2010 e eleições municipais 2012: o cenário eleitoral e sua anatomia. *Revista de Direito Brasileira*: RDB, Florianópolis, v. 2, n. 2, p. 399-423, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/2660>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

CHADE, Jamil. Brasil tem menos mulheres no Legislativo que Oriente Médio. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 6 mar. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tem-menos-mulheres-no-legislativo-que-oriente-medio,1645699>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

DAHL, Robert A. *Polarquia*: participação e oposição. Tradução Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997.

_____. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DOAÇÕES a partidos políticos pela empresas relacionadas [sic] na Operação Lava Jato. *Meu Congresso Nacional*, [S.l.], [201-]. Disponível em: <<http://meucongressonacional.com/lavajato/partidos>>. Acesso em: 2 maio 2017.

DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

ENTENDA o caso. *Ministério Público Federal*, [S.l.], [201-]. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 5 set. 2017.

FERNANDES, Talita. Delator da JBS diz ter pago propina a 1.829 políticos eleitos. *Folha de S. Paulo*, Brasília, 19 maio 2017. Folha Digital. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/05/1885698-delator-da-jbs-diz-ter-pago-propina-a-1829-politicos-eleitos.shtml>>. Acesso em: 2 maio 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Curso de direito constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FLEURY, Sônia. Iniciativa Popular. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 94-98.

FONSECA, Rafaela Aparecida; LACERDA, Josiane Auxiliadora; PEREIRA, José Roberto. A crise da democracia representativa e o voto distrital como alternativa. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 44, p.142-143, 2014.

GIELOW, Igor. PSDB deve romper com governo Temer e defender eleições indiretas. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 18 maio 2017. Folha Digital. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/05/1885117-psdb-deve-romper-com-governo-temer-e-defender-eleicoes-indiretas.shtml>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LANDIM, Raquel. Partidos e políticos são imprescindíveis, diz Wanderley Reis. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 12 abr. 2017. Folha Digital. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/04/1874839-partidos-e-politicos-sao-imprescindiveis-diz-wanderley-reis.shtml>>. Acesso em: 5 set. 2017.

MACHADO, Irineu. Com mais de 1,3 milhão de votos, Tiririca é deputado mais votado do país e deve levar mais 4. *UOL*, São Paulo, 3 out. 2010. Disponível em: <<https://eleicoes.uol.com.br/2010/sao-paulo/ultimas-noticias/2010/10/03/com-mais-de-13-milhao-de-votos-tiririca-e-deputado-mais-votado-do-pais-e-deve-levar-mais-4.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

MANFREDINI, Karla M. *Democracia representativa brasileira: o voto distrital puro em questão*. 2008. 97 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/1715749-Democracia-representativa-brasileira-o-voto-distrital-puro-em-questao.html>>. Acesso em: 13 set. 2017.

MENEZES, Aderson de. *Teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEZZARROBA, Orides. A representação política na era da informação e o espaço reservado ao povo. In: ROVER, Aires José (Ed). *Inclusão digital e governo eletrônico*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2008.

MORAES, Alexandre de. Reforma política do Estado e democratização. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 116-143, jul./set. 2000.

MULHERES são maioria da população e ocupam mais espaço no mercado de trabalho. *Portal Brasil*, [Brasília], 6 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/mulheres-sao-maioria-da-populacao-e-ocupam-mais-espaco-no-mercado-de-trabalho>>. Acesso em: 12 set. 2017.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

NICOLAU, Jairo. *Sistemas eleitorais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

NOGUEIRA FILHO, Octaciano da Costa. *Sistemas políticos e o modelo brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 2007.

NOVELLI, Ana Lucia Romero. As sondagens de opinião como mecanismo de participação da sociedade. In: KUNSCH, Margarida Maria Krohling (Org.). *Comunicação pública, sociedade e cidadania*. São Caetano do Sul: Difusão, 2011.

OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. Democracia e internet: a revolução digital e os desafios à representação política. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 50, n. 199, p. 143-161, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502922>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

PARETO, Vilfredo. As elites e o uso da força na sociedade. In: SOUZA, Amaury (Org.). *Sociologia política*. Rio de Janeiro: Zahar, 1966.

PEREIRA, Antônio Kevan Brandão. *Teoria democrática contemporânea: o conceito de poliarquia na obra de Robert Dahl*. 2013. 107 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Sociologia, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/8685/1/2013_dis_akbpereira.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2017.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976. *Diário da República*, n. 86, 10 abr. 1976.

RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. São Paulo: Boi Tempo, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Sistemas eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____. Partidos e reforma política. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 11, p. 9-19, 2005.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

Julgamento da ADPF nº 132

Análise à luz da hermenêutica fenomenológica e do ativismo judicial

LUANA PAIXÃO DANTAS DO ROSÁRIO
RAFAEL SIQUEIRA DE GUIMARÃES
CIRO ANTONIO DAS MERCÊS CARVALHO

Resumo: A pesquisa abordou o perfil teórico-epistemológico do julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132 pela Suprema Corte brasileira, à luz das teorias do ativismo judicial, de Garapon e Dworkin, e da hermenêutica de matriz fenomenológica, de Heidegger e Gadamer. A hipótese inicial era que a análise hermenêutica do discurso do voto do ministro relator e daqueles que o seguiram demonstraria influência do ativismo judicial hermenêutico de Dworkin e da hermenêutica filosófica heideggeriana de Gadamer. Na análise do julgamento, recorreu-se também aos conceitos de desterritorialização (Deleuze; Guatarri) e de regime de verdades estabelecidas (Foucault). O método foi o hermenêutico-fenomenológico, e a técnica, a pesquisa documental, com análise qualitativa dos autos do julgamento disponíveis no site do STF, e pesquisa bibliográfica do marco teórico. O estudo confirmou a hipótese de trabalho: a influência do ativismo judicial de Dworkin e o perfil teórico ativista de teor hermenêutico e fundo fenomenológico presente no julgamento da ADPF nº 132, embora não se encontre nele uma reflexão ou coesão epistemológica comprobatória.

Palavras-chave: Hermenêutica. Fenomenologia. Uniões homoafetivas.

Introdução

Recebido em 16/6/17
Aprovado em 10/07/17

A preocupação com a regulação das uniões homoafetivas integra a agenda do pensamento jurídico mundial há anos. Inquietantes deba-

tes e regulamentações jurídico-legislativas que envolvem a homoafetividade marcam a ininterrupta luta por direitos da humanidade. Hoje, países como Espanha, Holanda, Argentina, África do Sul e Irlanda, entre outros, já permitem juridicamente uniões homoafetivas. Deixaram, portanto, de ignorar seus vínculos afetivos. Dessa forma, aos poucos, a homoafetividade vem conquistando seu espaço com visibilidade social e jurídica.

No Brasil, decisões de primeiro grau e de tribunais superiores concederam direitos a companheiros homoafetivos, como o de partilha de bens, pensão por morte, condição de dependente em planos de saúde, direito real de habitação, direito à declaração conjunta de Imposto de Renda e a alimentos. Esses são, predominantemente, direitos patrimoniais. Entretanto, havia o vazio legislativo somado à ausência de uma decisão judicial da Corte máxima, com eficácia vinculante e conformadora. Assunto tão relevante para o exercício de direitos que concernem à personalidade e à intimidade, não raro provocavam decisões conflitantes, incerteza jurídica e lesão a direitos fundamentais.

Essa situação fez o Poder Judiciário, diante da omissão do Legislativo na matéria, fazer valer os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, entre outros, e dar provimento à ADPF nº 132 (BRASIL, 2011), conforme se verá em tópico específico. Por essa decisão e por outras em que efetivou direitos de minorias,¹ foi acusado – algumas vezes em tom depreciativo – de praticar o ativismo judicial. Em verdade, parte dessas acusações revela uma compreensão equivocada do ativismo judicial, como se ele fosse ilimitado ou arbitrário.

O Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011), por meio de desvelamentos hermenêuticos, salvaguardou os direitos fundamentais de inúmeros sujeitos homoafetivos, pessoas humanas detentoras de dignidade e merecedoras de consideração e respeito, para utilizarmos a expressão de Dworkin. Construiu, assim, hermenêutica e jurisprudencialmente, um marco na concreção dos direitos de pessoas homoafetivas no país, criando mutações e inovações no ordenamento posto. Colocou, ademais, em discussão o significado e as possibilidades do texto constitucional, diante da tradição e da comunidade de intérpretes.

Daí o interesse deste trabalho em analisar o julgamento da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011) por meio de um diálogo entre a fenomenolo-

¹ Entendemos minorias como grupos marginalizados historicamente dentro de uma sociedade devido a aspectos econômicos, sociais, culturais, físicos ou religiosos. A respeito de julgamentos que atribuíram direitos a minorias, a título de exemplo, veja-se o julgamento do Supremo Tribunal Federal da ADPF nº 186 – cotas raciais em universidades públicas (BRASIL, 2012b), de abril de 2012.

gia hermenêutica de matriz heideggeriana (Heidegger e Gadamer) e o marco teórico do ativismo judicial (Ronald Dworkin e Antoine Garapon). A hipótese de trabalho, confirmada com ressalva, era que a análise hermenêutica do voto do ministro relator e daqueles que o seguiram na decisão plenária demonstraria forte influência do ativismo judicial hermenêutico de Ronald Dworkin e da hermenêutica filosófica de Gadamer, de matriz heideggeriana. No percurso da pesquisa também se recorreu aos conceitos de desterritorialização (Deleuze) e de regime de verdade (Foucault).

O método empregado, em sentido amplo ou epistemológico, foi o hermenêutico-fenomenológico. Quanto à técnica, foi a pesquisa documental, com análise qualitativa do julgamento mencionado, em consulta aos autos disponíveis no *site* do Supremo Tribunal Federal, e a pesquisa bibliográfica, na consulta do marco teórico selecionado. A pesquisa se justificou porque, além da ADPF ser uma recente criação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, tem comprovado sua abertura e potencial para efetivar direitos fundamentais, o que pode ser comprovado nas ADPF nºs 54 – aborto de feto anencéfalo (BRASIL, 2012a), 132 – casamento homoafetivo (BRASIL, 2011) e 186 – cotas raciais em universidades públicas (BRASIL, 2012b).

Para atingir o objetivo proposto, será necessário, prévia e brevemente, delinear a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; narrar o suporte fático e jurídico da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011); discutir alguns conceitos da hermenêutica de matriz fenomenológica e do ativismo judicial e suas relações com a criação do Direito; refletir sobre a análise de Antoine Garapon do ativismo judicial e o esvaziamento da instituição política. Em Ronald Dworkin se encontrará uma excelente discussão acerca do papel do Judiciário

diante do que ele denomina, consagradamente, questões de princípios. Postos esses aportes teóricos, será feita a análise hermenêutica do voto do ministro relator Ayres Britto e de outros ministros que o seguiram.

1. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF é uma criação do direito brasileiro. Introduzida pela Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB (BRASIL, 1988), não tem semelhante nas constituições ou na legislação pátria anterior. Segundo Cunha Júnior (2016), o *Verfassungsbeschwerde*, previsto na Lei Fundamental da Alemanha, segundo o qual cabe ao Tribunal Constitucional Federal Alemão decidir recursos interpostos constitucionalmente por qualquer cidadão em caso de direitos fundamentais ofendidos, pode ter inspirado o constituinte brasileiro. Porém, percebemos que, no caso da ADPF, a proteção dos preceitos fundamentais vai além dos direitos fundamentais (e, naturalmente, das normas constitucionais definidoras desses direitos) para abranger os preceitos fundamentais.

Segundo consenso doutrinário,² entendem-se por preceito fundamental os princípios fundamentais (artigos 1º ao 4º da CRFB); os direitos e garantias fundamentais, que limitam a atuação dos poderes em favor da dignidade da pessoa humana, expressos ou não no título II, devido à abertura proporcionada pelos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da CRFB; o que a doutrina convencionou chamar de princípios constitucionais sensíveis, constan-

² Por todos, ver Cunha Júnior (2016).

tes no artigo 34, inciso VII da CRFB:³ e as limitações materiais ao poder de reforma constitucional explícitas do artigo 60, parágrafo 4º,⁴ também da CRFB, bem como as vedações implícitas.⁵

O conceito de descumprimento para efeito da ADPF é trazido pela Lei nº 9.882 (BRASIL, 1999), que regulamenta essa ação constitucional. A esse respeito, elucida Cunha Júnior (2016): descumprimentos são todos os atos e omissões do poder público, normativos ou não, que sejam resultado do desenvolvimento, expedição ou prática de uma lei ou ato normativo, bem como de decisões judiciais provenientes dos órgãos públicos ou de pessoas físicas ou jurídicas privadas que desconsiderem ou violem, direta ou indiretamente, preceito constitucional fundamental.

Em fevereiro de 2008 foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal brasileiro a ADPF nº 132 (BRASIL, 2011). A autoria foi do então governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, que pleiteou a extensão de direitos de união estável aos funcionários públicos homoafetivos do estado. A referida ADPF arguiu que o não reconhecimento da união homoafetiva como união estável (uma omissão) violaria os direitos fundamentais concernentes ao direito à isonomia e à liberdade, desdobrado na autonomia da vontade e no princípio da segurança jurídica, para além do princípio da dignidade da pessoa humana. A ação pedia a equiparação da união estável de casais homoafetivos à dos heteroafetivos (BRASIL, 2011).

³ A forma republicana, o sistema representativo e regime democrático; os direitos da pessoa humana; a autonomia municipal; a prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

⁴ Vedação de reforma à forma federativa de Estado; ao voto direto, secreto, universal e periódico; à separação dos Poderes; aos direitos e garantias individuais.

⁵ A impossibilidade de se alterar o titular do poder constituinte originário e o titular do poder constituinte derivado reformador.

A Procuradoria-Geral da República (PGR) entrou com pedido de interpretação do artigo 1.723 do Código Civil (BRASIL, 2002) conforme a CRFB, para que se reconhecesse sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002). A Procuradoria-Geral da República buscou a interpretação desse dispositivo do Código Civil conforme a CRFB, sustentando que o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar feriria os princípios da dignidade humana (art. 1º, III), da igualdade (art. 5º), da vedação de discriminação odiosa (art. 3º, V), da liberdade (art. 5º) e da proteção à segurança jurídica (art. 5º) (BRASIL, 1988).

Ressalte-se que, segundo Barroso (2009), a interpretação conforme a Constituição é a opção por uma interpretação da norma que se mantenha em harmonia com a Lei Maior, em meio a outras possibilidades interpretativas aceitáveis. Essa interpretação encontrará um sentido que não o mais evidentemente encontrado na leitura da lei. Dessa forma, outras interpretações possíveis são eliminadas para não contrastar com a Constituição. Assim, a interpretação conforme a Constituição não é conceito meramente instrumental, mas um mecanismo de controle de constitucionalidade em que se declara ilegítima outra leitura da norma.

Essa foi uma ADPF que mobilizou a sociedade. Antes do voto do ministro Ayres Britto, relator do processo, houve manifestações da Advocacia-Geral da União (AGU), Procuradoria-Geral da República (PGR) e de

entidades e personalidades representativas LGBT, como o deputado federal pelo Partido Socialismo e Liberdade, Jean Wyllys, e, entre outras, da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transexuais (ABGLT), pela procedência da ação.

Em seguida, manifestaram-se contra o pedido, entre outras entidades, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e a Associação Eduardo Banks, tratada pelo nome de “Antiga e Iluminada Sociedade Barksiana”, que se tornou conhecida por, em 2010, tentar modificar a Lei Áurea para indenizar antigos proprietários de escravos.

A Associação Eduardo Banks trouxe argumentos com fundamentos incomuns para defender a improcedência da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011). Sustentou que havia uma espécie de desvio moral e que não bastava reconhecê-lo, mas seria preciso aplicar “a força do Judiciário contra a nítida decadência da família, arredando o caos instalado”. E encerrou dizendo que se forem acolhidas as ações, “o Brasil terá entrado no infame grêmio daquelas nações que, como Roma e Sodoma, foram varridas com a poeira dos séculos junto com seus povos que institucionalizaram a torpeza e o despudor – e que se reduziram a ser nada (*nihil*)” (BRASIL, 2011).

A CNBB, por sua vez, alegou que a CRFB não prevê uniões homoafetivas, e sim união estável entre homem e mulher, ou seja, haveria uma limitação expressa à união entre pessoas do mesmo sexo. Portanto, de acordo com a CNBB, não se tratava de uma lacuna constitucional. Por esse viés, não seria competência do Judiciário, mas sim do Legislativo alterar o correspondente dispositivo constitucional (BRASIL, 2011).

Em maio de 2011, a Corte Suprema julgou a ADPF nº 132 (BRASIL, 2011) e discutiu a concessão de igualdade entre a união estável entre

pessoas do mesmo sexo e a entidade familiar, nos termos do artigo 1.723 do Código Civil quando preenchidos os requisitos necessários àquela: “a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002). Realizou, assim, a interpretação do artigo 1.723 do Código Civil conforme a Constituição e, numa decisão ousada, deu nova interpretação ao artigo 226 da CRFB.

1.1. Relações de gênero, sexualidades e interdição

Ao tratar da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011), não se pode deixar de lado a questão da sexualidade. Se há um campo em que as práticas discursivas são controladas, selecionadas, organizadas e redistribuídas, esse campo é o da sexualidade, como dito por Foucault (2009). Nos seus estudos, o francês analisa que, nas sociedades cristãs ocidentais, é evidente o processo de exclusão discursiva de certos assuntos tidos como tabus. “Sabe-se bem que não se tem o direito de dizer tudo, que não se pode falar de tudo em qualquer circunstância, que não é qualquer um, enfim, que pode falar de qualquer coisa” (FOUCAULT, 2009, p. 9).

Quanto à falta de permissão para tratar de certos assuntos, Foucault (2009) trabalha o conceito de interdição. Mesmo nos discursos aparentemente inofensivos e dentro dos padrões morais aceitos, há interdições a determinadas temáticas. Essas interdições têm “ligação com o desejo e o poder” presentes nas enunciações. Isso porque o discurso é, além de um espaço de luta, o âmbito em que os sistemas manifestam sua dominação e despertam o desejo de obtenção do poder (FOUCAULT, 2009, p. 10). Por isso, tratar de determinados assuntos pode causar desafetos e conflitos que afastam o enunciador do padrão discursivo

dominante e, por conseguinte, interditá-lo, ou seja, afastá-lo da aceitação coletiva e do poder.

Nesse sentido, segundo Foucault (2009), os detentores do poder – que são as instituições religiosas, midiáticas, políticas, a família etc. – são responsáveis pelo que se pode chamar de produção de “verdades” discursivas. Essa produção se oculta nas relações de poder e se revela nas relações fáticas e reais de dominação do dia a dia. Está presente, inclusive, de forma ampla, nas estruturas econômicas e estatais, bem como nas pequenas relações cotidianas entre os indivíduos de uma sociedade.

Mesmo no século XXI, as sociedades ocidentais, inclusive as instituições seculares do Estado, ainda mantêm os debates sobre sexualidade cercados de interdições, e a influência bíblica continua enraizada nos sistemas jurídicos. Uma das mais contundentes é a interdição moral e religiosa da homoafetividade. Tradicionalmente vista como desvio de conduta, foi tão fortemente coibida pela coletividade, que chegou a ser considerada uma doença. Apenas em 17 de maio de 1990, a Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou a homossexualidade da sua lista de doenças mentais (Classificação Internacional de Doenças, CID) e, nessa data, passou a ser celebrado o Dia Internacional contra a Homofobia. Em 1991, a Anistia Internacional passou a considerar a discriminação contra homossexuais uma violação aos direitos humanos (LEITE JUNIOR; NASCIMENTO, 2012).

Até no Poder Legislativo, um dos âmbitos políticos mais representativos dos estados democráticos, ainda hoje, tratar da homoafetividade pode gerar atritos internos entre parlamentares ou entre parlamentares e setores mais conservadores da sociedade. É, pois, pertinente a crítica de Dias (2012), jurista especializada em direitos homoafetivos, quando

diz que “diante da postura omissiva e complacente da sociedade, os legisladores, por medo de comprometer sua reeleição ou serem rotulados de homossexuais, impedem a aprovação de qualquer projeto de lei que vise criminalizar a homofobia ou garantir direitos às uniões homoafetivas”. A jurista afirma ainda que o Brasil é o país que registra o maior número de crimes relacionados à homofobia, que os legisladores insistem em não ver, pois não existem estatísticas oficiais.

Não por acaso, os direitos assegurados aos casais homoafetivos pela decisão da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011) encontram-se ameaçados pelo projeto de Lei nº 6.583 (BRASIL, 2013), conhecido como Estatuto da Família. Para o dispositivo, já aprovado em comissão especial da Câmara dos Deputados, “a entidade familiar é formada a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou de união estável, e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos. [...] O deputado Flavinho (PSB-SP) afirmou que ‘Estamos defendendo de fato o que é família’. Já o deputado Ezequiel Teixeira (SD-RJ) acredita que ‘os novos arranjos familiares são verdadeiros desarranjos’ e que é preciso ‘salvaguardar o País da anarquia’” (HAJE, 2015). Daí a necessidade imperiosa de se conhecer a densidade hermenêutica da decisão da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011) e a disputa pela construção das noções de gênero e sexualidade.

O conceito de heterossexualidade compulsória proposto por Butler (2003) nos auxilia a compreender a recusa social de outras vivências de gênero e de sexualidade, já que “A instituição de uma heterossexualidade compulsória e naturalizada exige e regula o gênero como uma relação binária em que o termo masculino diferencia-se do termo feminino, realizando-se esta diferenciação por meio das práticas do desejo heterossexual” (BUTLER, 2003, p. 53).

Apoiada na compreensão genealógica de Foucault, que propõe a lógica do dispositivo da sexualidade, cujo “poder sobre o sexo se exerceria do mesmo modo em todos os níveis” (FOUCAULT, 1998, p. 92), Butler explica que só se pode discutir essa matéria a partir da ordem do “sexo”, e não do “gênero”: a transfobia ainda não foi devidamente tratada pelos regimes jurídicos e pelos regimes de saúde e despatologizada, ao passo que a homossexualidade já pode ser defendida dentro dos padrões performativos (BUTLER, 2003) mais próximos aos da normalidade, mesmo que o desejo sexual seja um desvio da norma.

2. A hermenêutica de matriz fenomenológica e a criação do Direito

Antes da análise específica do julgamento da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011), é preciso demonstrar como a interpretação que se deu nesse julgamento se alinha à noção de desvelamento. Para Heidegger (2006), o desvelamento traz possibilidades de revelação dos múltiplos entes existentes e concretos, bem como interpretações, as quais não se confundem entre si. O desvelamento é, pois, uma entre as diversas possibilidades de verdade e interpretação que se apresentam para o intérprete. É como se a verdade fosse, em termos heideggerianos, uma clareira que se abre para o intérprete em meio a várias outras possibilidades que se ocultam.

Quanto às possibilidades de verdade, apropriamo-nos da desconstrução que a fenomenologia heideggeriana opera. A verdade observada pelo viés da tradição filosófica como representação de um mundo, da qual o Direito e a interpretação jurídica tradicional resistem em se libertar, tem como centro a consciência de um sujeito pensante, tomado em sentido transcendental ou em termos metafísicos. Heidegger (1989) denuncia o fim dessa perspectiva. O filósofo, em *Ser e tempo* (HEIDEGGER, 2006), propõe a finitude, a precariedade, o desvelamento dos entes (*Dasein*). Entes são cada um dos múltiplos seres existentes e concretos da realidade circundante que não se confundem com o ser em si (*Sein*). Os entes estão no mundo e se apresentam como uma das possibilidades de verdade que a clareira proporciona na sua abertura para o intérprete, enquanto outras possibilidades se ocultam. O ser – portanto, a verdade – que se mostra em uma de suas possibilidades também se oculta.

A esse respeito e munido dessas premissas, Carneiro (2009) busca elucidar o círculo hermenêutico heidegger/gadameriano no Direito. Um círculo que é ontológico, não instrumental. Essa é a lei básica de compreensão e conhecimento para encontrar o espírito do todo no par-

ticular e o particular através do todo. Assim, é preciso questionar-se de que modo o todo pode ser obtido a partir do particular e se o pressentimento de um todo não irá antes prejudicar a concepção do particular (sujeito-sujeito, não mais sujeito-objeto). Embora, no Direito, tentemos lidar com sentidos instrumentais a todo tempo, quando lançados no mundo, alienamo-nos da dimensão hermenêutica da compreensão, embora ela seja inexorável. Por isso, Carneiro afirma que

somos a decaída em um mundo dos entes. Estamos em meio às coisas, aos utensílios que utilizamos cotidianamente. O significado desses instrumentos é a referência de sentido de que nos valem no cotidiano. Não nos perguntamos pelo ser desses entes em sua totalidade, mas apenas sobre essa forma especial de ser que é a instrumentalidade. Vivemos alienados em nossas atividades do dia a dia e não refletimos sobre as mudanças no mundo. Na mundanidade do mundo dos entes deixamos de perceber que o tempo já passou e que o sentido das coisas já é outro (CARNEIRO, 2009, p. 67).

O Legislativo brasileiro, talvez por ter deixado de refletir sobre “as mudanças do mundo” – especificamente, no caso do tema da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011), as uniões homoafetivas –, alienado no cotidiano, instrumentalizado na referência de sentido, esqueceu-se de se perguntar sobre a totalidade da união – não que a totalidade seja alcançável, mas a pergunta é necessária para o projeto. Da mundanidade do mundo de intérpretes, o Judiciário entrou no círculo hermenêutico para, na sua atuação, desvelar uma possibilidade de sentido, um sentido novo, para desafiar a referência de sentido estabelecida e salvaguardar direitos que há muito clamavam por tutela. Por isso é de bom proveito citar um dos trechos do voto do Ministro Ayres Britto em que aborda a interpretação do termo “família” na ADPF nº 132:

Assim interpretando por forma *não reducionista* o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou *homofóbico* (BRASIL, 2011, p. 42, grifos do autor).

Nesse desvelamento de novas possibilidades de sentidos, acreditamos, com Gadamer (2015)⁶, que o intérprete está, ludicamente, num jogo, que é o modo de ser no qual o Dasein se mantém suspenso sem

⁶É importante ressaltar que Gadamer desenvolveu o conceito de jogo voltado para o campo da estética.

que desapareçam todas as suas finalidades lúdicas ou competitivas enquanto os jogadores estão inseridos. O jogo é movimento e jogador (intérprete). Assim se constitui, nessa experiência, o seguinte: “o movimento que é o jogo não possui nenhum alvo em que termine, mas renova-se em constante repetição” (GADAMER, 2015, p. 156). Aquele que joga entra no jogo ao mesmo tempo em que o jogo se assenhora do jogador: “todo jogador é um ser jogado” (GADAMER, 2015, p. 160). O sujeito desvelador de sentidos, no que toca ao nosso recorte, o julgador, está lançado num jogo lúdico de mundanidade, embora se afaste dessa mundanidade quando atrelado às interpretações cristalizadas do cotidiano. Essas noções desconstroem e elucidam a compreensão das “verdades” no Direito. Na citação acima, da lavra do Ministro Ayres Britto, é possível perceber o que se poderia chamar de sua inserção no jogo. O mesmo se observa na passagem a seguir:

o certo – data vênua de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. *Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos.* (BRASIL, 2011, p. 42-43, grifo nosso).

Mas o Direito, como discurso⁷ decisório, não admite, pelo menos não confessadamente, jogos lúdicos. O discurso jurídico decisório produz consensos fictícios, com base em verdades possíveis e provisórias, apesar de sua pretensão de estabilidade para garantir a segurança jurídica.

A pretensão de estabilidade e segurança do Direito lida com as referências de sentido do cotidiano, com as reduções de complexidade que o afastam da totalidade na medida em que busca se manter estável. Nesse ponto, cabe a referência a outro conceito elucidativo: o de território (DELEUZE; GUATTARI, 1997). O território é onde os intérpretes se deparam com o mundo, é o campo de trabalho no qual o intérprete

⁷Tomemos discurso como o conjunto de enunciados que se correlacionam na mesma formação discursiva (jurídica, no caso). Como nos informa Foucault, o discurso é “Um conjunto de regras anônimas, históricas sempre determinadas no tempo e no espaço, que definiram em uma dada época, e para uma área social, econômica, geográfica, ou linguística dada, as condições de exercício da função enunciativa” (FOUCAULT, 2009, p. 132-133).

está inserido e ao qual está, ao mesmo tempo, adaptado. Entretanto, os inevitáveis movimentos criativos e interpretativos dão novos contornos e possibilitam novas dobras.

No Direito, as interpretações não se repetem como modelos, mas como campo que permite a improvisação, não só pelas analogias, mas pelos novos territórios que o “jogar-se no mundo” permite. As formações discursivas criam novos territórios, e a prática dos intérpretes se configura como criações no sentido delleuziano.

O tempo passa e, na mundanidade do mundo dos entes e dos entes dadores de sentido, os entes reclamam novas possibilidades de sentidos. O círculo põe-se em movimento, o ente dador de sentido entra no jogo. Ao desvelar novos sentidos, ele sai do território; o dador de sentido desterritorializa-se. Os juristas/intérpretes, ao se depararem com o mundo, veem-se obrigados, se não ao abandono total do território, a um novo encontro com o mundo. Nesse movimento, as verdades são colocadas em xeque, produzem-se novas interpretações, desvelam-se novas possibilidades de sentidos. Simultaneamente, os movimentos de territorialização e desterritorialização se interpenetram. Esse foi, como se verá mais à frente, o movimento presente no julgamento da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011). Para verificar essa presença fenomenológica hermenêutica e esse movimento de territorialização e desterritorialização, há que se observar o discurso desse julgamento.

3. O esvaziamento da instituição política em Antoine Garapon

Para tratar do processo de criação de sentidos pelo Poder Judiciário em temas ou territórios tão bem marcados – e por vezes inter-

ditados – pelos valores da moralidade social dominante, são salutares as advertências de Garapon (2001). Para ele, o incremento do protagonismo judicial na definição de sentidos se deve ao esvaziamento da política. Os juízes se converteriam em guardiões da moral pública na medida em que “o sujeito, privado das referências que lhe dão uma identidade e que estruturam sua personalidade, procura no contato com a justiça uma muralha contra o desabamento interior” (GARAPON, 2001, p. 27). A carência de identidade das instâncias políticas democráticas levaria o indivíduo a buscar cada vez mais o Judiciário para a defesa dos interesses, havendo o risco de os juízes se tornarem “novos sacerdotes que tornam o objetivo da cidadania sem efeito” (GARAPON, 2001, p. 62). Os juízes se converteriam no recurso de sustentação contra o desmoronamento das sociedades democráticas que já não conseguem lidar com as complexidades que elas próprias criaram (GARAPON, 2001, p. 26-27).

Segundo o autor, nesse processo, as elites políticas republicanas não cumpriram mais o dever de proteger a moral e a justiça, e o Judiciário se tornaria mais importante, o último suspiro de desejo democrático. Nesse contexto, o ativismo judiciário representa não “uma transferência de soberania para o juiz, mas, sobretudo, uma transformação da democracia” (GARAPON, 2001, p. 39). O perigo que surge, nessa senda, é que, confrontados com uma nova expectativa política, os juízes alcem grande popularidade e se sagrem como heróis. Isso resultaria no aspecto negativo do ativismo judicial, sobretudo na relação deletéria entre Justiça e mídia, além da pernicioso quebra do papel simbólico da Justiça, que veicula a sua autoridade.

As advertências de Garapon quanto ao perigo do ativismo são pertinentes para refle-

xão, mas não são suficientes como pretensão de impedi-lo. Como reconhece o próprio autor, trata-se de uma mudança no próprio funcionamento contemporâneo da democracia. Portanto, melhor do que negar esse fenômeno é estar atento a ele. Até porque o esvaziamento da arena política na contemporaneidade se deve também, a nosso ver, à impossibilidade de manutenção de um virtuosismo republicano clássico em sociedades complexas, assimétricas, desiguais, que se pretendam inclusivas e não elitistas.

As observações de Garapon se aplicam ao julgamento em comento. Diante da ineficiência da instituição política refletida no silêncio legislativo acerca das uniões homoafetivas, a demanda chegou ao Judiciário por meio da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011). Tal como preconizado por Garapon (2001), o Ministro relator Ayres Britto foi instado a dar uma interpretação política para a ADPF nº 132, de modo a efetivar, judicialmente, com base em princípios constitucionais (portanto, valores constitucionalizados) os interesses dos casais homoafetivos, diante da ausência legislativa. No voto do ministro relator, há o reconhecimento da orientação sexual homoafetiva como “direta emanção do princípio da *dignidade* da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De *autoestima* no mais elevado ponto da consciência. Autoestima, de sua parte, a aplainar o mais abrangente *caminho da felicidade*” (BRASIL, 2011, p. 31, grifos nossos).

Um país com tamanha pluralidade religiosa e cultural como o Brasil tem, ainda assim, um Legislativo conservador e heteronormativo quanto à criação e aprovação de novas leis infraconstitucionais. Daí a necessidade de os sujeitos homoafetivos, tal como preconizado por Garapon (2001), buscarem representatividade e o cumprimento das promessas

constitucionais no Judiciário, o “Guardião da Democracia”. Nota-se, no voto em análise, o relator se debruçar sobre o silêncio normativo constitucional diante da homoafetividade para, em interpretação ativista e criativa, firmar a inviolabilidade da sexualidade e da intimidade.

Não pode ser diferente, porque nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a prática da sua própria sexualidade. Implicando o silêncio normativo da nossa Lei Maior, quanto a essa prática, um lógico encaixe do livre uso da sexualidade humana nos escaninhos jurídico-fundamentais da intimidade e da privacidade das pessoas naturais. Tal como sobre essas duas figuras de direito dispõe a parte inicial do art. 10 da Constituição, *verbis*: ‘são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas’ (BRASIL, 2011, p. 32).

Aqui se faz pertinente menção a Garapon (2001) quando diz que o Direito não está mais disponível para o povo por meio de seus representantes democráticos. Os representantes do povo têm que dividir a soberania do direito com os juízes que, de forma ativista, o sancionam por meio de interpretações, as quais buscam conformidade com os textos legislativos básicos para que sejam acolhidas pela ordem jurídica. Segundo o autor, quando as instituições democráticas clássicas vão mal, tanto por desinteresse quanto pela perda do “espírito público”, busca-se num terceiro imparcial (o juiz) uma decisão política que forneça uma decisão simbólica para preencher o vazio representativo.

Quanto aos riscos do ativismo judiciário na realidade do Direito, o autor alerta para o simbolismo e as mistificações que se buscam nos guardiões da democracia. Como, na prática, os juízes gozam de irresponsabilidade política, corre-se o risco de que sejam acometidos pela

tentação excessiva de acesso à verdade a qualquer custo. Com o auxílio da legitimação e da construção de narrativas pela mídia, os juízes podem tornar-se uma espécie de “anjos da democracia” que, apesar do nome, teriam um *status* demasiado privilegiado e acabariam por tomar decisões comparáveis àquelas tomadas por um soberano ou por um líder oligárquico. Acreditamos que Garapon (2001) identificou uma junção realmente perigosa que não é intrínseca ao funcionamento do ativismo judicial, mas pode consolidar, se baseada na compreensão equivocada e quase metafísica de verdade, uma ideia errônea de justiça moral e coletiva que reforça ideias de impunidade ou de justiça com as próprias mãos sob a justificativa de uma legitimidade popular aferida midiaticamente.

Garapon (2001) diria que, em sociedades ainda perdidas em suas mudanças, subitamente plurais e globalizadas, atribuir novamente identidade às pessoas deve ser uma prioridade política. Ademais, que a justiça deve manter-se como instância simbólica da democracia, com seus ritos legitimadores e afastada de glamorizações midiáticas. Para nós, é instância da democracia a criação hermenêutica de sentido no âmbito do Judiciário por meio de um ativismo responsável, no qual o simbólico e os ritos legitimadores continuam sendo imprescindíveis, apesar de insuficientes, porque insuficientes os procedimentos por si sós, assim como equivocada a verdade transcendental. Para evitar o ativismo judicial equivocado, ao qual Garapon se refere, sem densidade e vigilância hermenêutica, é-nos útil a teoria de Ronald Dworkin, de matriz gadameriana.

4. Ronald Dworkin e o papel do Judiciário

Para Ronald Dworkin, a decisão judicial adequada a um caso concreto é aquela que se justifica numa teoria política que sirva de parâmetro para futuras decisões. Nas palavras do autor, os argumentos de princípio “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo” (DWORKIN, 2007, p. 129). Em casos difíceis e complexos, afirma o jurista norte-americano que o juiz usará a compreensão e os juízos que desenvolveu ao longo de toda sua carreira em vez de expô-los em um julgamento arbitrário. Percebe-se aqui uma correlação entre o pensamento de Dworkin e a categoria de tradição, em Heidegger e Gadamer.

Dworkin também traz o conceito de jogo para o âmbito da decisão judicial. O Judiciário, instituição consolidada e autônoma, equivale ao árbitro. Os participantes do jogo terão direitos institucionais de acordo com regras precisas e pré-estabelecidas, próprias dessa instituição

(DWORKIN, 2007, p. 162-163). Nesse contexto, os casos difíceis terão uma resposta que se apresentará no próprio jogo, e caberá ao seu árbitro (juiz) apontar o melhor juízo sobre quais os direitos e a quem são cabíveis em cada caso. Desse modo,

Suponhamos que se diga que, em tal caso, tudo que as partes têm direito de esperar é que o árbitro faça uso de seu melhor julgamento. Em certo sentido, isso é perfeitamente verdadeiro, pois as partes não podem ter mais, no que toca à decisão do juiz, do que o melhor juízo deste. Não obstante, elas têm direito a seu melhor juízo a respeito da questão de quais comportamentos não são racionais, nas circunstâncias do jogo. Em outras palavras, as partes têm direito a seu melhor juízo sobre a verdadeira natureza de seus direitos (DWORKIN, 2007, p. 163).

Embora o autor estadunidense não se reconheça como ativista, chama atenção para a ideia de que os juízes deveriam, às vezes, “criar um novo direito”, de forma implícita ou explícita, já que as normas do *common law* geralmente são vagas e devem ser interpretadas para novas aplicações em futuros casos. Dessa maneira, é como se os juízes fossem delegados do Poder Legislativo, que promulgariam leis que também seriam aprovadas pelo legislador originariamente competente. Em julgamentos, o magistrado criaria leis em resposta a fatos e argumentos concretos que constantemente dão fundamentos ao legislador para politicamente criar normas.

Acerca da objeção de que os juízes, em geral, não são eleitos e não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com o Legislativo nas democracias tradicionais, o que tornaria inviável a ideia de juízes criadores de leis, Dworkin responde que, por não serem eleitos, os juízes não estão naturalmente submetidos a lobistas ou a grupos de pressão e cobrança como ocorre com os entes políticos da democracia direta. Por essa razão, os juízes obtêm um processo político que ofereceria a expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração.

Há, também, a objeção de que o juiz pode criar uma lei e aplicá-la retroativamente, o que seria punir uma das partes por violar um novo dever, criado pelo magistrado depois da ocorrência do fato. Dworkin responde que, em determinados casos, são necessários e inevitáveis os argumentos de política para justificar uma decisão judicial. Isso porque uma decisão que não leva em conta os fatores políticos de interesse do povo pode não alcançar suas finalidades de justiça social. Assim, ele responde a boa parte das críticas ao ativismo judicial (DWORKIN, 2007, p. 132-134).

A nosso ver, a ADPF nº 132 (BRASIL, 2011) é um exemplo em que os juízes (STF) se utilizaram do vácuo legislativo para possibilitar um

entendimento vinculante (com valor de lei) que seguiu as políticas protecionistas inseridas na CRFB.

Dworkin (2007) questiona se, nos casos difíceis, a Suprema Corte e mesmo os juízes estadunidenses agem conforme princípios e regras já estabelecidos ou se algumas vezes eles criam novas regras e as aplicam retroativamente. Na visão do autor, os princípios funcionam como proposições que descrevem direitos, são verdadeiros ordenamentos que precisam ser observados para além de uma finalidade econômica, política, ou social. Por isso, devem funcionar como norte que atenda a uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão de moralidade que se adapte às circunstâncias em que o caso concreto está inserido.

Dworkin acredita que o juiz, então, deve descobrir quais direitos cabem às partes sem jamais *inventar* o direito. É por isso que existe a necessidade de analisar interpretativa e cuidadosamente os casos e seus fatos concretos tomando os princípios como norteadores. Nesse sentido, se a verdade sobre um fato ainda não foi descoberta ou não está clara o suficiente, não significa que ela não exista. É papel do juiz chegar o mais perto possível da verdade mantendo ao máximo a integridade do direito. É nesse ponto que se torna possível extrair da obra de Dworkin qual o papel dos juízes e do Judiciário. Na opinião do autor,

Nos casos fáceis, [...] parece correto dizer que o juiz está aplicando uma regra preexistente a um novo caso. Mas podemos dizer isso quando a Suprema Corte derruba precedente e ordena que as escolas sejam dessegredadas ou declara ilegais procedimentos que, com a tolerância dos tribunais, a polícia vinha adotando há décadas? Nesses casos dramáticos a Suprema Corte cita razões – ela não cita leis escritas, mas apela para princípios de justiça e política pública (DWORKIN, 2007, p. 8).

É possível notar a presença de Dworkin no julgamento da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011), cujo ministro relator extraiu, de um princípio constitucional de teor amplo, a dignidade da pessoa humana, veiculado no artigo 3º, inciso IV, da Carta Magna brasileira,⁸ a possibilidade da união homoafetiva, apesar de a regra constitucional específica se referir somente à união heteroafetiva. Trata-se de patente exemplo de um ativismo judicial como trabalhado por Dworkin, com base nas *questões de princípios* e do direito a ser considerado com igual consideração e respeito. Portanto, não se trata de uma criação extraída do nada. Vejamos essa questão no voto do relator Ayres Britto:

o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou o desmerecimento inato das pessoas, *pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem*. Ou nordestino, ou sulista. Ou de pele negra, ou mulata, ou morena, ou branca, ou avermelhada (BRASIL, 2011, p. 26, grifo do autor).

No discurso decisório da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011), houve ativismo judicial na mutação constitucional operada no artigo 226, § 3º – “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar” (BRASIL, 1988) –, para que, por força dos também princípios constitucionais da dignidade e da busca por uma vida plena, entre outros, se reconhecesse a união estável entre casais homoafetivos. Trata-se de uma decisão vinculante à administração pública e às futuras decisões judiciais. Pode-se discutir sua vinculatidade

⁸O artigo 3º da CRFB diz que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV-promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

em face do legislativo, tema caro às discussões nos estudos sobre controle de constitucionalidade, legitimidade democrática e minorias, mas não será possível tratar desse aspecto no espaço deste trabalho. O fato é que foi uma decisão pioneira sobre um tema historicamente marginalizado e condenado por instituições seculares, mas trazido ao debate por sujeitos discursivos que resistem.

A decisão da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011) evidencia, além de certa mudança de *locus* da arena pública nas questões de direitos das minorias, a interpretação política de caráter principiológico constitucional no Judiciário, a criação de novos projetos compreensivos e novas possibilidades de verdade.

5. Análise do julgamento da ADPF nº 132

5.1. O voto do Ministro relator Ayres Britto

O ministro relator Ayres Britto votou para que houvesse interpretação conforme a CRFB (BRASIL, 1988) e, assim, para excluir qualquer interpretação que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar do texto do artigo 1.723 do Código Civil, que diz no seu *caput*: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002).

No seu voto, o ministro relator foi enfático ao asseverar que todas as pessoas da espécie humana são iguais, sendo descabíveis distinções de qualquer natureza. Nas suas palavras, “iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses tam-

bém juridicamente positivados” (BRASIL, 2011, p. 36). É perceptível, no trecho citado, que o ministro se mantém territorializado no Direito, ao usar o próprio discurso jurídico para uma nova clareira interpretativa sobre o tema, interpretação que segue os princípios constitucionais para possibilitar uma verdade.

O ministro Ayres Britto, ao elucidar o termo homoafetivo relacionando-o a noções de amor e afeto, ultrapassa a etimologia para, quase poeticamente, fixar o sentido dessa união e determinar direitos consequentes a ela, num nítido exemplo de inovação criativa e desterritorialização. Vejamos:

uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados (BRASIL, 2011, p. 23).

Segue o relator da ADPF nº 132, a exemplo do trecho anterior, com noções desterritorializadas dentro do Direito, afirmando que é protegida constitucionalmente a livre disposição da sexualidade do indivíduo, sendo um bem autêntico da personalidade e

Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da postura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do “Torna-te quem és”, tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche (BRASIL, 2011, p. 30).

Até esse ponto, o voto do ministro Ayres Britto trata das noções de família e de amor consolidadas no pensamento tradicional, “pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada” (BRASIL, 2011, p. 39). Em clara remissão ao § 3º do artigo 226 da CRFB (“Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” – BRASIL, 1988), fundamenta que “não se deve separar por um parágrafo, o que a vida uniu pelo afeto” e assevera que uma “interpretação jurídica acanhada e reducionista” do artigo 226 seria “o modo mais eficaz de tornar a Constituição ineficaz” (BRASIL, 2011, p.46).

Ayres Britto também fez questão de se manifestar, em outros momentos do voto, sobre a questão da adoção, tema que não era o objetivo da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011), mas se faz digno de destaque. Em relação à adoção, o ministro afirma que não importa a orientação sexual dos adotantes, desde que seja observado o melhor para aquele que é adotado.

E [a Constituição] também nessa parte do seu estoque normativo não abre distinção entre adotante “homo” ou “heteroafetivo”. E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito” (BRASIL, 2011, p. 49).

Quanto às influências externas sobre as Cortes em seus julgamentos, a reflexão garaponiana também é necessária, uma vez que, num colegiado, ministros, desembargadores e juízes, como seres humanos que são, podem sofrer pressões externas e decidir de forma a se afastar dos princípios da equidade e da justiça. Se os juízes acabarem por se tornar o que Garapon chama de os “imaculados anjos da democracia”, esse heroísmo disfarçado pode ter efeitos desastrosos. Nesse sentido, as críticas e análises feitas pelo autor em relação ao Judiciário francês no final do século XX poderiam se aplicar, atualmente, ao Brasil.

5.2. Votos dos outros ministros e decisão plenária

Os outros ministros da turma do STF seguiram o voto do excelentíssimo ministro Ayres Britto com suas justificativas específicas. Todos trilham as linhas traçadas inicialmente pelo relator, à exceção do ministro Dias Toffoli, que, por suas razões, esteve ausente do julgamento. Nos votos, de uma maneira geral, foi utilizado o conceito de família mais atual no Direito, encontrado principalmente na literatura doutrinária

do Direito Civil. Esse conceito, garantido sob a égide principiológica da CRFB, está baseado nas noções de construção afetiva e emocional, de vida em comunhão de interesses que vão além de bens materiais e da constituição de uma prole. Dessa forma,

O conceito atual de família perpassa pela convivência pautada na solidariedade em função da afetividade representada por laços emocionais conjuntos. A família deve ser encarada como a comunidade de vida material e afetiva entre seus integrantes, união de esforços para o desenvolvimento de atividades materiais e sociais, convivência que promove mútua companhia, apoio moral e psicológico, na busca do melhor desenvolvimento da personalidade dos indivíduos que a compõem. A ideia de família baseada na procriação e assistência à prole é ultrapassada. A família que se busca fomentar é aquela comprometida em uma união estável, voluntária e cooperativa que cumpre a função de promover e proteger seus integrantes, um organismo solidário (FIUZA; POLI, 2015, p. 152-153).

Após a relatoria, o primeiro voto foi do ministro Luiz Fux, o qual reforçou que os direitos fundamentais devem ser salvaguardados e que não há nenhuma inconstitucionalidade nas uniões homoafetivas. Lembrou que o tema revolve preconceitos “ainda muito disseminados e arraigados na sociedade brasileira” (BRASIL, 2011, p. 60) e que qualquer que fosse o resultado do julgamento sua repercussão social seria estrondosa. Nas palavras do ministro Fux, “assim será toda vez que as liberdades essenciais dos indivíduos – em especial aquelas ligadas à sua identidade – forem alvo de ameaças do Estado ou dos particulares e o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, for convocado a assegurar a proteção os direitos fundamentais” (BRASIL, 2011, p. 60). Percebemos que o voto reforça

a ideia de Garapon (2001) de que os juízes (nesse caso específico, o STF) atuarão como guardiões da moral e da ordem política institucional.

Em seguida, a ministra Cármen Lúcia desenvolveu em seu voto um argumento que vale a pena ser citado neste trabalho. Ela afirma que o Direito serve à humanidade, logo serve à vida; mesmo que a vida siga por caminhos que o outro não compreenda. É interessante pensar nisso com os olhos do *Dasein* heideggeriano e os modos específicos de existência de cada ser humano. Nas palavras da ministra:

É certo; nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito. (BRASIL, 2011, p. 90).

Nessa perspectiva, o Direito, no jogo da mundanidade, não pode ir contra a união afetiva de duas pessoas capazes legalmente e que escolhem viver juntas. Essa união enaltece a vida e os direitos de liberdade de escolha afetiva, consolida o conceito de família já aceito no Direito e, além disso, não atenta contra outros direitos personalíssimos tutelados pelas normas jurídicas. Enfim, confirma a existência, que só é perceptível diante das interações com o mundo e com as outras pessoas.

Os votos seguintes enveredam por trilhas semelhantes às dos anteriores. Quando comparados dentro do ir e vir do círculo hermenêutico constitucional, permitem aos seus intérpretes fazer uma relação entre a fenomenologia heideggeriana e a noção de jogo proposta por Gadamer (2015). Os ministros, nesse sentido, podem ser entendidos como jogado-

res em seus discursos, jogando com a abertura de clareiras que dinamizam possibilidades de verdades inseridas na estrutura jurídica do Supremo Tribunal Federal.

Os novos vieses que daí emergem demonstram o potencial criativo da Suprema Corte brasileira. Como disse o ministro Ricardo Lewandowski em suas exposições, a ADPF nº 132 (BRASIL, 2011) é mais um exemplo de que o Judiciário não é mais a “boca da lei”, acrílica e mecânica, como propunham os pensadores liberais do século XVIII, razão pela qual se admite “certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico” (BRASIL, 2011, p. 105).

O emérito ministro Joaquim Barbosa lembra, em seu voto, que o Direito – não só brasileiro, mas em todo o mundo – tem dificuldade de acompanhar o desenvolvimento veloz e constante das relações sociais e que o tema da ADPF nº 132 tem sido motivo de debates acalorados e ações processuais, citando como exemplos ações na Corte dos Estados Unidos e em países da Europa. O recorte selecionado a seguir traduz bem o que foi dito por Joaquim Barbosa e também nos lembra da mundanidade:

Gostaria de ressaltar que estamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito. Visivelmente nos confrontamos aqui com uma situação em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais, não apenas entre nós brasileiros, mas em escala global (BRASIL, 2001, p. 116).

Os empecilhos que a questão enfrenta se devem especialmente aos regimes de verdade tradicionais estabelecidos no meio jurídico. Regimes que impedem, de modo significativo, potenciais desterritorializações que levariam,

por consequência, à produção de jurisprudências renovadoras. O julgamento da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011) permitiu que os ministros se apropriassem de verdades possíveis e provisórias e, ao interpretar princípios como proposto por Dworkin (2007), preservaram a pretensão do direito de manter a estabilidade para garantir a segurança jurídica.

No voto do ministro Gilmar Mendes, é lembrada a questão política que envolve o tema do casamento entre homoafetivos, mostrando que o dilema afeta tanto o Poder Judiciário como o Poder Legislativo. O Congresso Nacional tem dificuldade para legislar temas relacionados a questões de gênero, porque ainda é assunto muito controverso nos meios populares, especialmente nos mais conservadores moral e religiosamente. Esse fato se reflete nos representantes eleitos para o Poder Legislativo e a isso se deve

a dificuldade que o Congresso tem de deliberar, pelo menos de forma inaugural, primária, sobre esse tema. Já se destacou aqui o número elevado de projetos, de proposições existentes no Congresso, desde propostas de emenda constitucional até várias propostas de caráter legislativo, sem que haja uma deliberação. Então, nós temos essa questão posta. Não seria extravagante, no âmbito da jurisdição constitucional, diante inclusive das acusações de eventual ativismo judicial, de excesso de intervenção judicial, dizer que melhor saberia o Congresso encaminhar esse tema, como têm feito muitos parlamentos do mundo todo (BRASIL, 2011, p. 122).

O que acontece, então, no Legislativo e, em larga medida, no Judiciário com relação a união homoafetiva é claramente, numa visão baseada em Foucault (2009), a manutenção dos regimes de verdade que permitem a continuidade de sistemas conservadores. Esses sistemas se sustentam por discursos que ex-

cluem aqueles historicamente oprimidos pelo simples modo de ser e, muitas vezes, de forma implícita e por motivos perversos. O modo de viver dessas pessoas não ofende a vida e nem invade os direitos alheios; pelo contrário, apenas consolida o afeto entre seres humanos, bem como sua qualidade de vida.

O voto do ministro Marco Aurélio remeteu seus argumentos para o fato de que há poucas décadas o tema da homoafetividade era polêmico no Judiciário dos países mais desenvolvidos economicamente, a exemplo da Inglaterra. Nesse país, o assunto era tratado com repúdio, pois a moral tradicional bíblica era a dominante, e havia um cientificismo que afirmava que a homossexualidade era uma doença químico-psíquica. Nas palavras do ministro,

Há não mais de sessenta anos, na Inglaterra, foi intensamente discutido se as relações homossexuais deveriam ser legalizadas. As conclusões ficaram registradas no relatório Wolfenden, de 1957. Vejam que apenas seis décadas nos separam de leis que previam a absoluta criminalização da sodomia, isso no país considerado um dos mais liberais e avançados do mundo (BRASIL, 2011, p. 203).

Marco Aurélio também lembrou que o Direito outrora serviu à Santa Inquisição da Igreja Católica. Naquela época, o Direito esteve “absolutamente submetido à moral [e] prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica” (BRASIL, 2011, p. 204). O Direito que se conhece hoje, capaz de tutelar de maneira cada vez menos tímida as uniões homoafetivas, é resultado recente. No passado, foi instrumento do Estado “que condenava os homossexuais, acusados de praticar a sodomia ou o ‘pecado nefando’ que resultou, para alguns, na destruição divina da

cidade de Sodoma, conforme é interpretada a narrativa bíblica” (BRASIL, 2011, p. 204). Mais uma vez é nítida a possibilidade de analogia com o pensamento de Foucault (2009), com a sua lúcida contribuição quanto à análise dos discursos e das instituições que atuam em prol do poder hegemônico.

O ministro Cezar Peluso, presidente da Turma na época do julgamento, consolidou no seu voto que não há óbices a tentativas infraconstitucionais de regulamentações de direitos homoafetivos após a decisão da ADPF nº 132. Existia, segundo ele, um receio do legislador em legiferar sobre o tema, pois seriam normas inconstitucionais. O ministro Peluso desconstruiu essa ideia de inconstitucionalidade e ainda convocou, nas suas palavras, “o Poder Legislativo, o Congresso Nacional a colaborar com a decisão da Suprema Corte para superar todas as situações que são, na verdade, situações dramáticas do ponto de vista social, porque resultantes de uma discriminação absolutamente injustificável” (BRASIL, 2011, p. 270).

Considerações Finais

Diante do exposto, as pesquisas relativas à ADPF nº 132 (BRASIL, 2011) permitem concluir que de fato houve um perfil teórico ativista nesse julgamento. Outrossim, é perceptível, nos trechos de votos reproduzidos, o conteúdo hermenêutico com nuances fenomenológicas, embora sua utilização não esteja explicitada nem se encontre nele uma reflexão ou coesão epistemológica comprobatória.

Os resultados obtidos permitem também afirmar que o processo que envolveu a ADPF nº 132 foi um marco expressivo na luta pelos direitos. Foi a apropriação de verdades possíveis que, ao se desvelarem, conseguiram atender, parcialmente, às reivindicações de sujeitos

à margem da norma e, em leitura foucaultiana, compor com a pretensão do Direito de manter a estabilidade e segurança jurídica dos discursos de poder.

O Supremo Tribunal Federal foi responsável, com unanimidade de votos, pela criação de um novo sentido para o dispositivo Constitucional no que se refere à “união entre o homem e a mulher”. Em seu ir e vir hermenêutico, expandiu, nos termos do círculo heideggeriano e no acontecer do jogo gadameriano, seu entendimento também para os casais homoafetivos. No julgamento, em diversos trechos, ficou evidente que os princípios constitucionais da dignidade humana foram de suma importância, o que evidencia sintonia com a doutrina de Dworkin no que toca à questão de princípios que preconizam que todo ser humano tem direito a ser tratado com igual consideração e respeito que os demais.

A Corte foi, nesse ponto, a guardiã de direitos individuais e, diante da ineficiência da arena política legislativa sobre o tema, fato já predito por Garapon (2001), produziu uma jurisprudência vinculante com efeito protetivo aos casais homoafetivos. Nesse caso, a Suprema Corte não cedeu à pressão midiática, nem de grupos religiosos organizados. Conforme Garapon, comportou-se como “guardiã da moral pública”, o que não é necessariamente ruim, quando feito em defesa da dignidade das minorias e com vigilância hermenêutica.

Na perspectiva teórica de Dworkin (2007), pode-se afirmar que foi marcante a presença do que se convencionou chamar de ativismo judicial. Não é cabível dizer que houve arbitrariedades no curso do processo, e sim inovação hermenêutica em uma questão de princípio, tal como preconizado pelo autor. Nos termos de Deleuze e Guatarri (1995), foi uma decisão em que o Direito se desterritorializou no momento em que ministros utilizaram linguagem poética e experiências pessoais em suas fundamentações e justificativas e, em seguida, reterritorializou-se com os princípios constitucionais e a salvaguarda de direitos, em decisão unânime.

Por um lado, o julgamento da ADPF nº 132 (BRASIL, 2011) foi um grande avanço; por outro, há ainda reivindicações de gênero silenciadas, sobretudo da população trans. Além disso, pairam ainda ameaças legislativas conservadoras sobre a própria decisão da ADPF nº 132. O espaço discursivo continua em disputa.

Finalmente, é importante ressaltar a consolidação na tradição jurídica brasileira de conceitos de gênero, sexualidades e famílias amplos e que respeitam cada vez mais a multiplicidade do humano. Tal concepção é a melhor possível no que se refere à integridade constitucional, aos direitos fundamentais da pessoa humana e, especialmente para as minorias, ao direito de ser tratado com igual consideração e respeito.

Sobre os autores

Luana Paixão Dantas do Rosário é doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, BA, Brasil; professora assistente de Direito Constitucional da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), Ilhéus, BA, Brasil; editora da Revista *Diké*; líder do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional, Hermenêutica e Democracia (JCHD), Ilhéus, BA, Brasil.

E-mail: lpdroario@uesc.br

Rafael Siqueira de Guimarães é doutor em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista (UNESP), São Paulo, SP, Brasil; professor adjunto do Instituto de Humanidades, Artes e Ciências da Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB), Itabuna, BA, Brasil.

E-mail: rafaorando@gmail.com

Ciro Antonio das Mercês Carvalho é bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), Ilhéus, BA, Brasil; pesquisador de Iniciação Científica no Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional, Hermenêutica e Democracia (JCHD), Ilhéus, BA, Brasil, com bolsa FAPESB para o período 2015-2016; estagiário no Ministério Público do Trabalho, Itabuna, BA, Brasil.

E-mail: cirocarvalho08@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁹

JUDGMENT OF THE CLAIM OF NON-COMPLIANCE WITH A FUNDAMENTAL (CONSTITUTIONAL) PRECEPT 132: PHENOMENOLOGICAL HERMENEUTICS AND JUDICIAL ACTIVISM ANALYSIS

ABSTRACT: The problem tackled in this research was the theoretical-epistemological profile of the Brazilian Supreme Court's Judgment of the Claim of Non-Compliance with a Fundamental (Constitutional) Precept – ADPF nº 132 – in the light of the theoretical framework of judicial activism by Garapon and Dworkin, and Heidegger/Gadamer's phenomenological hermeneutics. The hypothesis was that a hermeneutical analysis of the discourse of the vote of the rapporteur minister and those who followed him demonstrated the strong influence of Dworkin's hermeneutic judicial activism and Gadamer's philosophical hermeneutics of Heidegger's matrix. We approached the concepts of deterritorialization (Deleuze; Guatarri) and regime of established truths (Foucault). The method was phenomenological hermeneutical in nature, in a documentary research. The conclusion shows an activist theoretical profile of hermeneutic content of phenomenological background in this judgment, although it does not find in it a corresponding epistemological reflection or cohesion.

KEYWORDS: HERMENEUTICS. PHENOMENOLOGY. SAME-SEX MARRIAGE.

Como citar este artigo

(ABNT)

ROSÁRIO, Paixão Dantas do; Guimarães, Rafael Siqueira de; Carvalho, Ciro Antônio das Mercês. Julgamento da ADPF nº 132: análise à luz da hermenêutica fenomenológica e do ativismo judicial. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, v. 54, n. 216, p. 207-229, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p207>.

⁹ Sem revisão do editor.

(APA)

Rosário, P. D. do, Guimarães, R. S. de & Carvalho, C. A. das M.(2017). Julgamento da ADPF nº 132: análise à luz da hermenêutica fenomenológica e do ativismo judicial. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(216), 207-229. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p207

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

_____. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, 6 dez. 1999.

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

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132/RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, 12 abr. 2012a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 186/DF. Requerente: Partido Democratas. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, 26 abr. 2012b.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6.583, 2013*. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia*. São Paulo: Editora 34, 1997. v. 4.

DIAS, Maria Berenice. Homofobia é crime?. *Direito homoafetivo*, [S.l.], 18 maio 2012. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/artigo/70__30fc9d701df99332b46c2f67f356f24d.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FIUZA, César; POLI, Luciana Costa. Famílias plurais o direito fundamental à família. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 67, p. 151-81, 2015. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1730/1644>>. Acesso em: 2 out. 2016.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

_____. *A ordem do discurso*: aula inaugural no Collège de France. 18. ed. São Paulo: Loyola, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*: o guardião das promessas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

HAJE, Laura. Câmara aprova Estatuto da Família formada a partir da união de homem e mulher. *Câmara dos Deputados*, [Brasília], 8 out. 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/497879-CAMARA-APROVA-ESTATUTO-DA-FAMILIA-FORMADA-A-PARTIR-DA-UNIAO-DE-HOMEM-E-MULHER.html>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

HEIDEGGER, Martin. O fim da filosofia e a tarefa do pensamento. In: _____. *Conferências e escritos filosóficos*. Tradução e notas Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1989. p. 71-81.

_____. *Ser e tempo*. 16. ed. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006.

LEITE JUNIOR, Francisco Francinete; NASCIMENTO, Francisco Arrais. O ser e a imagem de si: a invenção do sexo ou a adequação do mesmo. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, DIVERSIDADE SEXUAL E DIREITOS HUMANOS, 2., 2012, Espírito Santo. *Anais...* Espírito Santo: UFES, 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufes.br/gepss/article/view/3871/3086>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii

