

Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 224

Brasília | outubro – dezembro/2019

Ano 56

SENADO FEDERAL



SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2019 – 2020

Senador Davi Alcolumbre

PRESIDENTE

Senador Antonio Anastasia

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Lasier Martins

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Sérgio Petecão

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Eduardo Gomes

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Flávio Bolsonaro

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador Luis Carlos Heinze

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTES DE SECRETÁRIO

Senador Marcos do Val

Senador Weverton

Senador Jaques Wagner

Senadora Leila Barros



Brasília | ano 56 | nº 224
outubro/dezembro – 2019



MISSÃO

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

FUNDADORES

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

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

Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

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

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Fabrício Ferrão Araújo

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADOR: Aloysio de Brito Vieira

EDITOR RESPONSÁVEL: Aloysio de Brito Vieira. CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Raphael Melleiro. GESTÃO DE ARTIGOS: Gláucia Cruz. REVISÃO DE ORIGINALS: Vilma de Sousa e Walfrido Vianna. EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Gláucia Cruz e Rejane Campos. CAPA: Serviço de Multimídia. Não são objeto de revisão artigos ou segmentos de texto redigidos em língua estrangeira.

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

Trimestral.

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

ISSN 0034-835x (Impresso)

ISSN 2596-0466 (Online)

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Coordenação de Edições Técnicas
Senado Federal, Bloco 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.

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. Alan Daniel Freire de Lacerda, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini, Uninter, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Alexandre Luiz Pereira da Silva, Wuhan University, Wuhan, Hubei, China / Dr. Álvaro Augusto Camilo Mariano, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dr. Álvaro Filipe Oxley da Rocha, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Álvaro José Bettanin Carrasco, Procuradoria-Geral Federal, Canoas, RS, 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 Claudia Santano, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Ana Paula Oliveira Avila, Universidade Federal 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. Anelise Coelho Nunes, Rede Metodista de Educação, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Angela Araujo da Silveira Espindola, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, 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 / Dra. Beatriz Schettini, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Benedito Cerezo Pereira Filho, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 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 / 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. Cândia Lisboa Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Carla Reita Faria Leal, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, 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. Cristiano Gomes de Brito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Cristiano Heineck Schmitt, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Cynthia Soares Carneiro, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Daniel Araújo Valença, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dra. Daniela de Melo Crosara, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Danielle Annoni, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Davi Augusto Santana de Lelis, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Diego Werneck Arguelhes, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Edinilson Donisete Machado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Eduardo Biacchi Gomes, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, 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. Emílio Peluso Neder Meyer, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Erika 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 Nilsen

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 / Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Fábio 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. Fabrício Bertini Pasquot Polido, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Felipe Lima Gomes, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Fernanda Dalla Libera Damacena, Ambrósio e Dalla Libera Advogados Associados, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fernando Boarato Meneguim, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Fernando Laércio Alves da Silva, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, Brasil / Dr. Fernando Nagib Marcos Coelho, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Francisco Luciano Lima Rodrigues, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Gabriel Saad Kik Buschinelli, IBMEC, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Geisa de Assis Rodrigues, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Geziela Iensue, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, MS, Brasil / Dr. Guilherme Brenner Lucchesi, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Guilherme Nacif de Faria, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, Brasil / Dr. Gustavo César Machado Cabral, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Gustavo Costa Nassif, Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Gustavo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Gustavo Schneider Fossati, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Handell Martins Dias, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Heloisa Fernandes Câmara, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Helvécio Damis de Oliveira Cunha, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Henrique Aniceto Kujawa, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Heron José de Santana Gordilho, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Hertha Urquiza Baracho, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dra. Iara Antunes de Souza, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dra. Iranice Gonçalves Muniz, Centro Universitário de João Pessoa, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Ivar Alberto Martins Hartmann, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jair Aparecido Cardoso, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, 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. Jorge Luís Mialhe, Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, SP, Brasil / Dr. Jorge Luís Ribeiro dos Santos, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, 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 Renato Gaziero Cella, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. José Tadeu Neves Xavier, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Josiane Rose Petry Veronese, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Juliane Sant'Ana Bento, Universidade Federal de Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Júlio César Faria Zini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Karoline Lins Câmara Marinho de Souza, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Leila Giandoni Ollaik, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leila Maria da Juda Bijos, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leilane Serratine Grubba, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, 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. Lídia Patrícia 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 / Dr. Lucas Catib de Laurentis, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dra. Luciana Cordeiro de Souza Fernandes, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dra. Luciana Cristina de Souza, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luis Alexandre Carta Winter, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, 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 Fernando do Vale de Almeida Guilherme, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Marcelo Antonio Theodorou, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcelo Schenk Duque, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 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 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 / Dr. Marcos Roberto de Lima Aguirre, Verbo Jurídico, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marcos Wachowicz,

Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Maren Guimarães Taborda, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, 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. Marílsa Miranda de Souza, Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, RO, Brasil / 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 / Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Mauro Fonseca Andrade, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Max Möller, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, 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 / Dra. Micheli Pereira de Melo, Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Marabá, PA, Brasil / Dr. Mônica Duarte, Faculdade de Direito AVANTIS, Itapema, SC, Brasil / Dra. Mônica Herman Salem Caggiano, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 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 / Dr. Neuro José Zambam, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Osvaldo Ferreira de Carvalho, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. 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 / 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 / Dr. Paulo César Pinto de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Paulo Henrique da Silveira Chaves, Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Paulo Lopo Saraiva, Faculdade Maurício de Nassau, Natal, RN, Brasil / Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, Universidade Santa Cecília, Santos, SP, Brasil / Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschoswky, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Renata Christiana Vieira Maia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Renata Queiroz Dutra, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Renata Rodrigues de Castro Rocha, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Ricardo Maurício Freire Soares, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / 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 Botelho, Escola Paulista de Direito, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Roberto da Silva Fragale Filho, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Roberto Gomes de Albuquerque Melo Júnior, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, 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 Leite Ferreira Cabral, Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rodrigo Luis Kanayama, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rodrigo Nóbrega Farias, Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, PB, Brasil / Dr. Rodrigo Vieira Costa, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Rogerio Mayer, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Rosângela Marina Luft, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens Valtecídes Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Salete Maria da Silva, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Salete Oro Boff, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Sandro Rogério Monteiro de Oliveira, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, 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. Sônia Leticia de Mello Cardoso, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Tarsis Barreto Oliveira, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dra. Tayara Talita Lemos, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dra. Taysa Schiocchet, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Thiago Bottino do Amaral, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Tiago Cappi Janini, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Túlio Chaves Novaes, Universidade Federal do Oeste do Pará, Santarém, PA, Brasil / Dr. Valter Moura do Carmo, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Vanessa Spinoso, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aieta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Vinicius Pinheiro Marques, Universidade Federal de Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dra. Virgínia Chaves Novaes Figueiredo Alves, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Wagner Silveira Feloniuk, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil / Dr. Walter Guandalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. William Soares Pugliese, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil

AUTORES

Ana Virginia Moreira Gomes é doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutora pela School of Industrial and Labor Relations da Cornell University, Ithaca, NY, Estados Unidos; professora do programa de pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Unifor), Fortaleza, CE, Brasil; coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito do Trabalho e Seguridade Social na Unifor, Fortaleza, CE, Brasil. / Benedito Augusto da Silva Neto é doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; mestre em Filosofia pela Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; membro do quadro de docentes da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; promotor de justiça na Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil. / Dionis Mauri Penning Blank é mestre em Ciências e em Memória Social e Patrimônio Cultural pela Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, RS, Brasil; doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; assessor de desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil. / Eduardo Borges Espínola Araújo é mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; especialista em Direito Eleitoral pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil. / Eneida Desiree Salgado é doutora e mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil, com estágio de pós-doutoramento no Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidad Nacional Autónoma de México, Cidade do México, México, e no programa de pós-graduação em Ciência Política da UFPR, Curitiba, PR, Brasil; professora de graduação, mestrado e doutorado na UFPR, Curitiba, PR, Brasil. / Eugênio Facchini Neto é doutor em Direito Comparado pela Università Degli Studi di Firenze, Toscana, Itália; mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor dos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil. / Gabriela Cristina Braga Navarro é mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil; bacharel em Direito pela Universidade Estadual de São Paulo, Franca, SP, Brasil; doutoranda no Departamento de Direito da Universidade Johann Wolfgang Goethe, Frankfurt, Hessen, Alemanha; professora de Direito Administrativo e de Direito Ambiental na Universidade Federal de Lavras, Lavras, MG, Brasil. / Henrique Aniceto Kujawa é doutor em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, Brasil; docente no mestrado em Arquitetura da Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil; bolsista de produtividade da Fundação Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil. / Leandro Tripodi é doutor em Direito Internacional e bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; curso especialização em Direito Tributário na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, com financiamento da Receita Federal do Brasil, São Paulo, SP, Brasil; é analista tributário da Receita Federal do Brasil em São Paulo, SP, Brasil. / Luciana Cristina de Souza é doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil; professora da Faculdade de Políticas Públicas da Universidade do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; pesquisadora com fomento da Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (Fapemig) e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). / Luciano Pereira Vieira é mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, SP, Brasil; bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina, Londrina, PR, Brasil; professor de Direito do Estado na Universidade Presbiteriana Mackenzie, Campinas, SP, Brasil; advogado da União na Procuradoria-Seccional da União em Campinas, Campinas, SP, Brasil. / Mariana Barbosa Cirne é doutora e mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; professora de Direito Ambiental e de Direito Constitucional no UniCEUB, Brasília, DF, Brasil; procuradora federal da Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil. / Neuro José Zambam é doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS; pós-doutor em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, Brasil; docente na área de Direito da Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil; coordenador do Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen. / Thiago Álvares Feital é mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; doutorando em Direito na UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil; especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor de Direito Tributário dos cursos de graduação das Faculdades Milton Campos, Belo Horizonte, MG, Brasil; advogado.

Sumário

- 11 **O Poder Judiciário e as leis de anistia latino-americanas**
As experiências da Argentina, Chile e Brasil
Dionis Mauri Penning Blank
Eugênio Facchini Neto
- 37 **A dependência entre os direitos humanos e o Direito Tributário**
Thiago Álvares Feital
- 59 **Preços de transferência em operações de alto risco**
A Ação 10 do Projeto Beps
Leandro Tripodi
- 79 **Controle judicial do processo legislativo**
Do minimalismo à garantia do devido procedimento legislativo
Eneida Desiree Salgado
Eduardo Borges Espínola Araújo
- 105 **A relevância jurídica dos vetos presidenciais**
Mariana Barbosa Cirne
- 127 **A criminalização do assédio moral no trabalho**
Uma análise do Projeto de Lei nº 4.742-B/2001
Ana Virgínia Moreira Gomes
Benedito Augusto da Silva Neto
- 145 **Vinculatividade objetiva dos direitos sociais prestacionais**
Da teoria da integração à pretensão metaindividual a políticas públicas
Luciano Pereira Vieira
- 167 **O Programa Apoiar e Comprometer no município de Passo Fundo (RS)**
Dimensões do desenvolvimento e condição de agente segundo Sen
Henrique Aniceto Kujawa
Neuro José Zambam
- 187 **Mandado de Injunção como instrumento de acesso a direitos e a Lei nº 13.655/2018**
Luciana Cristina de Souza

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

Artigo em língua estrangeira

- 205 **A comparative analysis of the attempts to enforce the Ecuadorian decision in the Chevron case**
Multinationals and impunity
Gabriela Cristina Braga Navarro

O Poder Judiciário e as leis de anistia latino-americanas

As experiências da Argentina, Chile e Brasil

DIONIS MAURI PENNING BLANK

EUGÊNIO FACCHINI NETO

Resumo: A Argentina, o Brasil e o Chile vivenciaram regimes ditatoriais durante parte da segunda metade do século XX. Militares derrubaram governos legitimamente constituídos, efetuaram perseguições políticas, suspenderam garantias individuais, torturaram e mataram opositores do regime. Ao final do ciclo autocrático, foram aprovadas leis de anistia que procuraram suavizar o início da transição democrática e evitar revanchismos. Este artigo tem por objetivo identificar as diferenças na aplicação judicial dessas leis naqueles três países. Na Argentina, as leis de anistia foram declaradas inconstitucionais por sua Corte Suprema, o que não ocorreu no Brasil, nem no Chile. Neste último, porém, a jurisprudência enveredou pelo caminho de sua desaplicação ou, no mínimo, de uma aplicação moderada. A primeira parte do trabalho analisa a violação de direitos humanos durante os regimes autoritários e a segunda analisa como foram concebidas as leis de anistia e o papel do Poder Judiciário na sua implementação.

Palavras-chave: Regime militar. Argentina. Brasil. Chile. Anistia.

The Judiciary and Latin American amnesty laws: the experiences of Argentina, Chile and Brazil

Abstract: Argentina, Brazil, and Chile experienced dictatorial regimes during part of the second half of the twentieth century. The military overthrew legitimately constituted governments, suspended individual guarantees, tortured and killed opponents of the regime. At the end of the autocratic cycle, amnesty laws were approved seeking to soften the beginning of the democratic transition and avoid revenge feelings. The purpose of this article is to identify differences in the judicial application of these laws in those three countries. Argentine amnesty laws were declared unconstitutional by the Supreme Court of Argentina, which

Recebido em 12/7/19

Aprovado em 27/8/19

did not occur in the Brazilian or Chilean experience. In the latter country, however, jurisprudence has gone the way of its moderate application. The first part analyzes the violation of human rights by authoritarian regimes, while the second part analyzes how the amnesty laws were conceived and the role of the Judiciary in its implementation.

Keywords: Military regime. Argentina. Brazil. Chile. Amnesty laws.

1 Introdução

O Brasil, o Chile e a Argentina – respectivamente, entre 1964 e 1985, 1973 e 1990, e 1976 e 1983 – vivenciaram períodos marcados pela usurpação do poder pelos militares, pela forte invocação de uma “doutrina da segurança nacional”, por perseguições aos supostos inimigos do Estado, por suspensão de direitos e garantias fundamentais. Ao final desses ciclos históricos, nesses países foram aprovadas leis de anistia, que procuraram evitar revanchismos e suavizar sua transição para regimes democráticos.

É possível identificar proximidades entre as três experiências, diante do assemelhado nível de desenvolvimento econômico, da ideologia das elites político-econômicas, da influência da igreja católica naquele período, além das semelhanças ideológicas da cúpula militar, sob forte influência norte-americana (mais acentuada nas experiências brasileira e chilena), em virtude do temor do avanço das ideias socialistas na América Latina.

O regime brasileiro foi o mais homogêneo, com crises menos agudas, inclusive na própria transição para a democracia. O regime militar na Argentina enfrentou maior oposição, teve menor duração e encerrou-se de forma abrupta com a Guerra das Malvinas. Também foi onde se identificou a mais forte mobilização social para a desmoralização e deslegitimação do poder militar. Conquanto fosse uma democracia consolidada, a mais sólida da América Latina, o Chile assistiu, durante o regime militar, ao aumento dos poderes do Executivo e à expansão do papel político dos militares, contando com o apoio das elites econômicas, grandemente interessadas na liberalização da economia.

Ao final dos respectivos ciclos, os três países editaram leis com o objetivo de anistiar crimes políticos, apagando o passado, o legado de horror e a repressão provocada pelos agentes envolvidos na prática da violência: a Argentina editou em 1986 a Lei do Ponto Final (Lei nº 23.040) (ARGENTINA, 1983b) e em 1987 a Lei da Obediência Devida (Lei nº 23.521) (ARGENTINA, 1987); o Brasil editou em 1979 a Lei da Anistia (Lei nº 6.683)

(BRASIL, [2002]); e o Chile em 1978 baixou o Decreto-lei nº 2.191 (CHILE, 1978), também conhecido como Lei da Autoanistia.

Este artigo tem por objetivo identificar as diferenças na aplicação judicial de tais normas nesses países. As da Argentina foram declaradas inconstitucionais por sua Corte Suprema, o que não ocorreu na experiência brasileira. Também no Chile as leis de anistia não foram consideradas inconstitucionais, mas a jurisprudência do país enveredou pelo caminho de sua desaplicação ou, no mínimo, de sua aplicação moderada.

Para este estudo, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico e comparativo e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. O trabalho está dividido em duas partes principais: 1) Regimes autoritários: aproximações e diferenças; e 2) O retorno à democracia e a passagem das leis de anistia pelo crivo do Judiciário na experiência latino-americana.

2 Regimes autoritários: aproximações e diferenças

Poucos regimes políticos podem governar exclusivamente baseados na força bruta. Um governo exige um mínimo de aquiescência popular porque repousa em grande parte na observância voluntária, fruto de um consenso amplo de que é correto obedecer às leis. Pesquisas de psicologia social (LIND; TYLER, c1988; TYLER, c1990) sugerem que a obediência à lei depende não somente da sensação de que o direito substantivo é justo, mas também de que os juízes o apliquem de forma justa. O procedimento importa. Direito, tribunais e política constantemente reforçam a legitimação do regime ou a diminuem (JACOB, 1996, p. 13). Por outro lado, em todas as democracias existe forte correlação histórica entre a defesa da liberdade e a presença de uma forte e

independente autoridade judicial (BADINTER; BREYER, 2004, p. 36).

A Argentina, o Brasil e o Chile estiveram sob regimes ditatoriais e posteriormente experimentaram formas do que é chamado de justiça de transição¹. Entre meados da década de 1960 e o final da década de 1980, militares desses países, com apoio das elites econômicas e da igreja católica, usurparam o poder e operaram dentro de uma estrutura ideológica compartilhada, a “doutrina de segurança nacional”². No Brasil, o governo militar durou de 1964 a 1985 – foi a primeira e mais longa experiência; durou de 1973 a 1990 no Chile; e a Argentina teve a experiência mais breve, de 1976 a 1983.

Segundo Mezarobba (2007, p. 16), os três países têm elos em comum, todos derivados daquela “doutrina de segurança nacional”, incluindo a perseguição ao “inimigo interno”, a suspensão de direitos e garantias fundamentais, a tomada do poder pelas Forças Armadas, o estabelecimento do terrorismo de Estado, culminando com a aprovação de algum tipo de anistia ao fim desses regimes.

¹ Conforme Silva Filho (2015, p. 237), *justiça de transição* é a expressão que designa o conjunto de práticas e mecanismos adotados pelos Estados que passaram por períodos de conflito (ditaduras, guerras civis e outras situações de prática de violência massiva) e posteriormente precisaram reestruturar-se para possibilitar a consolidação da democracia. As ações transicionais costumam ser divididas em quatro dimensões: as que buscam atender ao direito à verdade e à memória, as que pretendem reparar as vítimas dos atos de exceção, as que visam à reforma das instituições e as que objetivam a punição dos agentes estatais que violaram normas de direitos humanos.

² De acordo com Machado (2015, p. 148), a Doutrina de Segurança Nacional (DSN), elaborada pelos Estados Unidos no segundo pós-guerra, parte do princípio de que a nação, com seus valores, símbolos e deveres, estava ameaçada por forças subversivas. A DSN considera inimiga qualquer forma de pensamento que procura examinar mais atentamente a realidade social fora dos parâmetros daquela doutrina. Para a DSN, são dois os tipos de inimigos: o interno e o externo. O inimigo externo é mais facilmente identificado quando uma nação invade a outra; o inimigo interno é identificado na “ação indireta” dos comunistas, que agiam nos movimentos sociais da classe trabalhadora, entre estudantes, intelectuais, igrejas, promovendo a subversão da ordem e divulgando a necessidade de guerra revolucionária.

Para Pereira (2010, p. 40), esses regimes militares fundaram-se na oposição a “movimentos esquerdistas populistas que tinham muito em comum e estavam fortemente ligados por época histórica, proximidade geográfica, influências externas comuns e dinâmicas internas de modo geral equivalentes”. Acrescenta o autor que o golpe brasileiro foi preventivo, e a oposição aos militares era muito fraca, ao passo que o golpe chileno foi ofensivo, e a oposição armada ao regime militar foi relativamente insignificante. Por sua vez, o regime argentino enfrentou uma esquerda armada que provavelmente era a mais forte de toda a América Latina à época.

O regime militar brasileiro pode ser definido mais como autoritário do que como totalitário, tendo em vista algumas concessões limitadas à democracia representativa em determinados momentos, como a permanência do Congresso em funcionamento, embora fechado por medidas de exceção, por curtos períodos de tempo³. Além disso, o crescimento econômico acelerado durante o período de maior repressão política – entre o final dos anos 1960 e o início dos anos 1970 – serviu para amortecer a sensibilidade da classe média e diminuir a oposição efetiva ao regime. O aniquilamento do movimento político-estudantil igualmente impediu o surgimento de líderes políticos de oposição – preço que a nação continuaria pagando durante décadas. O regime brasileiro provavelmente foi o mais homogêneo e o que atravessou crises menos agudas. A própria transição para a democracia foi diversa nos três países: segundo Fausto e Devoto (2004, p. 396), “enquanto no Brasil ela resultou de um longo processo político, que se desejava ‘lento, gradual e seguro’, nas palavras do então presidente Geisel, na Argentina o regime teve um fim abrupto, precipitado pelo episódio da Guerra das Malvinas”. De acordo com os mesmos autores, a relativa “legitimidade” do regime militar brasileiro derivou, além do sucesso inicial das políticas econômicas, da “fraqueza das organizações partidárias e sociais, e também com a realização de eleições e a existência de instituições como o Congresso – respectivamente, válvula de escape e canal capazes de absorver conflitos” (FAUSTO; DEVOTO, 2004, p. 453-454). Comparando com a situação argentina, também Silva, Paula e Dias (2013, p. 195) destacam a fragilidade econômica e política daquele país e aduzem que o fim do regime teria sido precipitado pelo

³ Em 20/10/1966, o marechal Castelo Branco decretou recesso por um mês, para conter um “agrupamento de elementos contrarrevolucionários” que se tinha formado no Legislativo “com a finalidade de tumultuar a paz pública”. Em 13/12/1968, o marechal Costa e Silva baixou o Ato Institucional nº 5 (BRASIL, 1968), fechando o Congresso para combater a subversão e as “ideologias contrárias às tradições de nosso povo”. O último a decretar o fechamento do Legislativo foi o general Ernesto Geisel, em 1977, por meio do “pacote de abril”, depois que o Congresso rejeitou uma emenda constitucional. Geisel alegou que o MDB havia estabelecido uma “ditadura da minoria” (PARLAMENTO..., 2018).

episódio da Guerra das Malvinas, que contribuiu para a desmoralização e a deslegitimação do poder militar.

Tanto no Chile quanto no Brasil, um governo de esquerda vinha realizando reformas e sofrendo oposição de empresários, de militares e de uma classe média conservadora. A oposição contava também com o importante apoio dos Estados Unidos. Segundo Pereira (2010, p. 151), “ambos os golpes de Estado contaram com o apoio dos Estados Unidos” e, “em ambos os casos, políticos e civis pensaram que a intervenção militar seria de curto prazo, embora os golpes tenham se convertido em regimes longos, durando 21 anos no Brasil e 17 no Chile”. Todavia,

as diferenças entre os dois regimes foram marcantes. A extensão da mobilização e das reformas iniciadas pelo governo Allende foram imensamente superiores às ocorridas durante o governo Goulart. O golpe lançado pelas lideranças militares chilenas foi muito mais violento, e o regime que se sucedeu empregou a violência num grau muito maior (PEREIRA, 2010, p. 151).

Além disso, enquanto o poder militar chileno governou de forma autônoma e, por assim dizer, “soberana”, ignorando todas as instituições republicanas e instâncias da sociedade civil, “no Brasil, esse poder foi exercido em cooperação muito mais próxima com os civis”, aponta Pereira (2010, p. 151).

Na comparação com a experiência argentina, houve a consolidação no ritmo de desenvolvimento econômico brasileiro com taxas mais elevadas e mais sustentadas que as argentinas, revelando um Estado mais moderno e mais eficaz que o do país vizinho, mas também mais autoritário e mais excludente. No caso argentino, conforme destacam Fausto e Devoto (2004, p. 392-393), o governo militar não foi eficaz na geração de desenvolvimento econômico, mas “nesse período se consolidou, a despeito das desigualdades sociais e regionais, uma sociedade inclusiva e com fortes traços de modernidade. Entre esses traços, estava uma alta mobilização social, que dificultava a ação de elites políticas antagônicas”.

Relativamente ao Chile, “antes do golpe de 1973, era a mais antiga e bem-sucedida democracia da América Latina”, de acordo com Levitsky e Ziblatt (2018, p. 113). Ainda que o espectro político chileno absorvesse partidos “desde uma esquerda marxista até uma direita reacionária, uma ‘cultura de compromisso’ predominou ao longo de grande parte do século XX” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 113). Apesar disso, já nos anos anteriores ao regime militar, o Poder Executivo assumira poderes mais amplos e o papel político dos militares fora expandido. “Essas tendências manifestaram-se com tamanha força que as principais armas jurídicas utilizadas pelo governo militar, após subir ao poder em 1973, já estavam em vigor antes mesmo do golpe de Estado”, segundo Pereira (2010, p. 152-153). O

autor afirma que o Judiciário exerceu papel diverso em ambos os países: a Suprema Corte do Chile teve participação muito maior que a do seu análogo brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF), na legitimação do novo governo militar; no país andino, menos de 24 horas após o início do golpe, o presidente da Suprema Corte, Enrique Urrutia Manzano, fez uma declaração parabenizando as Forças Armadas e, após o regime militar ter-se firmado no poder, ela fechou os olhos aos evidentes e ilegais abusos de poder e, “[e]mbora a Constituição de 1925 conferisse à Suprema Corte a autoridade de rever as decisões dos tribunais militares, ela se recusou a fazê-lo” (PEREIRA, 2010, p. 152-153).

A comparação entre os números das vítimas do poder militar nessas três experiências latino-americanas no período permite concluir que a ditadura brasileira foi menos violenta do que suas congêneres chilena e argentina (a mais violenta).

Tabela 1

Violência letal praticada por forças estatais e outros índices de repressão política na Argentina, Brasil e Chile entre 1964 e 1990

Categoria	Brasil 1964-79	Chile 1973-89	Argentina 1976-83
Repressão mais pesada	1964, 1969-73	1973-77	1976-80
Mortes e desaparecimentos	284-364 ⁴	3.000-5.000 ⁵	20.000-30.000
Prisioneiros políticos	25.000	60.000	30.000
Exilados	10.000	40.000	500.000
População	144 milhões	13 milhões	32 milhões

Fonte: Pereira (2010, p. 56).

Pereira (2010, p. 58) ressalta duas situações ocorridas no Brasil: a) embora milhares de pessoas tenham sido torturadas, o número oficialmente reconhecido das vítimas de assassinatos e desaparecimentos praticados foi relativamente baixo; b) a maior parte dos julgamentos políticos ocorria em tribunais militares, os quais não eram inteiramente militares, nem mesmo independentes ou imparciais, sendo formados por um juiz civil e quatro oficiais militares da ativa sem formação jurídica, que serviam rotativamente por períodos de três meses. Enfatiza o autor:

⁴ Segundo dados da Comissão Nacional da Verdade, teriam sido 434 mortos e desaparecidos.

⁵ O número total de pessoas oficialmente reconhecidas pelo Chile como desaparecidas ou assassinadas entre 1973 e 1990 é de 3.216, e o de pessoas que sobreviveram à prisão por motivos políticos ou tortura é de 38.254, segundo Martins (2014, p. 57), que citou como fonte o site <https://anistia.org.br/direitos-humanos/blog/chile-quarenta-anos-depois-do-golpe-de-pinochet-impunidade-deve-ter-fim-2013-0>, o qual teria sido acessado em 25/3/2014, mas que presentemente é inacessível.

Era possível recorrer das sentenças proferidas por esses tribunais junto a um tribunal militar de instância superior e, em seguida, junto ao Supremo Tribunal Federal. As investigações e os julgamentos eram processos longos, que muitas vezes se arrastavam por mais de dois anos a contar do início do julgamento no tribunal de primeira instância, até o proferimento da sentença pelo tribunal de recursos militar. Os réus, às vezes (mas nem sempre), podiam permanecer em liberdade durante esse período. O processo judicial assegurava que, dos que haviam cumprido tempo de prisão, a maioria acabasse por receber sentenças claramente definidas. A maioria desses prisioneiros foi libertada seis anos antes do fim do regime militar e, em 1985, todos haviam sido soltos. Se aceitarmos que a razão entre os levados a julgamento em tribunal e os mortos pelo Estado releva algo sobre a estratégia judicial empregada por um regime, a repressão, no regime militar brasileiro, parece ter sido a mais judicializada que a de seus vizinhos da Argentina, do Chile e, até mesmo, do Uruguai. [...] essa razão, no Brasil, foi de 23 para 1. No Chile, por outro lado, ela chegou perto da paridade, com 1,5 para 1; enquanto que na Argentina, apenas uma pessoa foi levada a julgamento para cada uma das 71 pessoas mortas por métodos extrajudiciais (PEREIRA, 2010, p. 58-59).

Os regimes autoritários quase sempre se apoiam numa retórica de devolução da ordem ao país, banindo a corrupção, reconstruindo a moralidade pública e evitando o colapso social. Isso praticamente envolveria a ideia de se estar defendendo a ordem jurídica pura e simplesmente. Dessa forma, a pretensão de simplesmente cumprir “a lei e a ordem” implica a manutenção, num primeiro momento, da Constituição e do seu intérprete institucional, o Judiciário. Tanto isso é verdade que raramente os regimes autoritários tomam medidas imediatas em desfavor do Poder Judiciário. Em vez de criar arestas com o Judiciário, governos autoritários costumam suavizar os embates, mediante exclusão de alguns temas da possibilidade de escrutínio judicial.

No caso brasileiro, o Ato Institucional (AI) nº 1, de 1964 (BRASIL, [1964]), afastou a possibilidade de o Judiciário apreciar os “atos revolucionários”. Com o AI nº 2, de 1965 (BRASIL, [1965]), o Executivo militar determinou a ampliação da competência da Justiça Militar em detrimento da Justiça Comum. A partir de 1968, com o AI nº 5, o Judiciário ficou impedido de proteger os direitos e garantias individuais, ao ser proibida a concessão de *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular (VALÉRIO, 2010, p. 23). Além disso, o regime militar fez alguns expurgos no Judiciário. Os juízes perderam temporariamente a inamovibilidade. O Superior Tribunal Militar (STM) e o STF foram manipulados, com o afastamento de juízes independentes e o aumento do número de ministros. A tortura também foi largamente empregada para extrair confissões em processos políticos (PEREIRA, 2010, p. 90-91).

Ainda segundo Pereira (2010, p. 96-104), no Chile as ações judiciais envolvendo fatos relacionados à ditadura eram consideradas questões de exclusiva competência militar. Diferentemente do caso brasileiro, o regime chileno sentiu-se ameaçado pela subversão ao longo de todo o seu tempo no poder e manteve seu subsistema voltado para tratar de crimes políticos até às vésperas da transição para a democracia. Por sua vez, a Argentina empreendeu a experiência mais radical, pois seu regime militar dispensou substancialmente qualquer tipo de estratégia legal, lançando-se numa guerra total e inexorável aos supostos agentes da subversão; talvez até por isso mesmo a resistência ao poder militar tenha sido mais forte na Argentina que no Brasil, e a polarização política foi mais acentuada que nos seus países vizinhos.

Durante essas ditaduras militares, o relacionamento entre o Poder Judiciário e as Forças Armadas não foi marcado por intensa conflituosidade. Por meio tanto da supressão de sua jurisdição sobre os litígios de maior sensibilidade política, quanto da efetivação de alguns expurgos e manipulações, o Judiciário brasileiro não ofereceu efetiva resistência ao governo militar. O mesmo ocorreu substancialmente no Chile, embora lá os militares tenham sido mais incisivos ao assumirem o lugar da autoridade judicial em todos os casos que interessavam ao regime autoritário. Maior desrespeito ao Poder Judiciário ocorreu na Argentina.

Quando perceberam que o ciclo militar, ainda que vigoroso, cedo ou tarde se encerraria e a normalidade democrática seria retomada, os militares brasileiros, argentinos e chilenos procuraram editar normas que evitassem revanchismos, concedendo anistia aos envolvidos em fatos delituosos praticados durante esse nebuloso período da história de seus países.

3 O retorno à democracia e a passagem das leis de anistia pelo crivo do Judiciário na experiência latino-americana

Em sintonia com uma ordem mundial cada vez mais democrática, os países latino-americanos também fizeram sua transição para a democracia, adotando mecanismos e instrumentos legais que possibilitassem uma relativa conciliação entre o passado ditatorial e o presente democrático.

A chamada justiça de transição é o instrumento mais adequado para essas situações. Todavia, no momento em que a maioria das leis de anistia da América Latina foram elaboradas, ainda não havia aparato doutrinário nem precedentes jurisprudenciais que pudessem servir de bússola para sua feitura. Assim, as leis de anistia acabaram por conceder amplo perdão

aos crimes praticados, no período dos regimes militares, por todos os envolvidos, sem qualquer distinção e sem preocupação com verdade, memória ou reparação (OLIVEIRA, 2018b, p. 417).

Osmo (2016, p. 37) esclarece que a anistia

se tornou um tema relevante para a justiça de transição quando, nas últimas décadas do século XX, deixou de ser considerada como uma exceção à aplicação regular do direito para passar a ser uma política amplamente adotada nas mudanças entre regimes políticos e em situações pós-conflito, sob o fundamento de que seria necessária para a obtenção da pacificação e da reconciliação nacional [...]. Nesse contexto, a anistia – considerada aceitável e até mesmo recomendável em outras situações – foi adotada de forma ampla de maneira a abarcar graves violações de direitos humanos (crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio). Criticada nesses casos por gerar uma situação de impunidade, a anistia, ao menos em algumas de suas formas, é também tida como uma forma de tratamento político da memória, já que a palavra anistia origina-se do termo grego *amnestia*, que significa esquecimento.

Nos três países estudados, o tema da anistia foi judicializado. E, por óbvio, isso gerou alguma tensão entre os Poderes. Contudo, não se pode ignorar a observação feita por Barak (c2006, p. 312-313) – do alto de sua experiência quase trintenária na Suprema Corte de Israel, que presidiu por onze anos – a respeito da contínua e positiva tensão entre o Judiciário e os demais Poderes, sendo um mito afirmar que um Judiciário é forte quando os outros Poderes revelam fraqueza: na verdade, um Judiciário forte é especialmente necessário para a democracia quando os demais Poderes são fortes.

Exemplo dessa tensão ocorreu quando a alegação de inconstitucionalidade, total ou parcial, das leis sobre anistia passou pelo crivo dos Judiciários de cada país, por ocasião de sua redemocratização. Segundo Sieder, Schjolden

e Angell (2005, p. 1), desde o início dos anos 1980 o Judiciário – Supremas Cortes, Cortes Constitucionais e Tribunais inferiores – tem desempenhado um papel político de importância crescente em toda a América Latina. E isso tem ocorrido apesar da sua tradição romano-germânica, na qual se espera que juízes apenas apliquem as normas elaboradas pelos Poderes tipicamente políticos, não devendo interpretar largamente a lei – com exceção do Paraguai, cuja Constituição (PARAGUAY, [2002]) prevê que o Congresso tem o direito de fixar o significado de qualquer lei (HAMMERGREN, 2007, p. 172-173).

O tema da judicialização de questões políticas, porém, não é novo, nem é uma peculiaridade latino-americana, embora os críticos em cada país envolvido costumem pensar que se trata de fenômeno típico de seus países (KOOPMANS, 2003, p. 269). E é natural que, findo o ciclo militar, essa questão tenha desaguado nos tribunais civis. Cassel (c2003, p. 97), diretor do Centro de Direitos Humanos da Northwestern University, nos Estados Unidos, ao elencar dez condições para que o Direito e as instituições possam efetivamente proteger os direitos humanos, especialmente no caso latino-americano, destacou, em primeiro lugar, a existência de supremacia do poder civil sobre o militar; sem isso, não há possibilidade de se garantir uma proteção segura para os direitos humanos. Entretanto, a superação do regime militar e a redemocratização dos países latino-americanos constituíram apenas um pressuposto elementar para que o Judiciário pudesse analisar a constitucionalidade de normas criadas para perdoar e esquecer crimes praticados durante aquele regime, o que não serviu de garantia para que isso realmente acontecesse. Judiciários, especialmente os da tradição romano-germânica, sempre foram mais passivos e tímidos, muito embora o controle de constitucionalidade seja justamente o fórum em

que os valores fundamentais e permanentes, não apenas contingentes, são levados a sério (FERRERES COMELLA, c2009, p. 71).

É natural também que as Cortes Constitucionais se influenciem reciprocamente: diante de problemas semelhantes, elas examinam como outras Cortes os resolveram. Essa é a abordagem *funcionalista* de que fala Robertson (c2010, p. 382). Outra forma de examinar o fenômeno é pela abordagem que o autor chama de *universalista*, quando os juízes constitucionais, percebendo que várias Cortes vêm decidindo casos semelhantes de forma similar, tendem a entender que tal solução não é apenas uma inspiração a seguir, mas é o próprio Direito sendo revelado. Quando as soluções divergem, os magistrados tendem a decidir de forma mais autônoma, levando mais a sério as peculiaridades culturais dos países onde atuam.

Abordar-se-ão separadamente os posicionamentos jurisdicionais sobre as leis de anistia na Argentina, Brasil e Chile.

3.1 Argentina

Na experiência argentina, genericamente falando, o Judiciário, o Direito e a reivindicação de direitos têm desempenhado um papel político crescente. Ainda durante a ditadura militar (1976-1983), alguns atores sociais chegaram a impetrar *habeas data* para terem acesso a dados que revelassem práticas ilegais e abuso no exercício do poder. A invocação do Direito e o acesso à Justiça aumentaram bastante após os anos 1980, especialmente encorajados pelas ações judiciais envolvendo a violação de direitos humanos, o que modificou a visão do cidadão a respeito das virtudes de um Judiciário independente e das potencialidades do Direito (SMULOVITZ, 2005, p. 174).

Porém, não foi um caminho sem obstáculos, pois a junta militar que governava o país

promulgou a Lei nº 22.924, em 23/3/1983 (ARGENTINA, 1983a), meses antes das primeiras eleições democráticas. Tratava-se de documento conhecido como Lei da Pacificação Nacional. Ela previa a extinção de todas as ações penais relativas a crimes ocorridos por ocasião do desenvolvimento de ações destinadas a prevenir ou pôr fim às atividades terroristas ou subversivas. Essa lei foi revogada quando se implantou o regime democrático, durante o governo de Raúl Alfonsín (de 1983 a 1989), por meio da Lei nº 23.040, de 22/12/1983. Seu principal propósito era permitir que os integrantes das juntas militares fossem levados a julgamento. Todavia, a punição dos responsáveis pelos crimes de lesa-humanidade cometidos durante o regime militar encontrou grande resistência dos integrantes das Forças Armadas. Assim, pressionado, o governo cedeu e fez aprovar leis contemporizadoras.

De fato, em 1986 foi aprovada a Lei do Ponto Final (Lei nº 23.492) (ARGENTINA, 1986), que fixava o prazo de 60 dias para ajuizamento e citação dos acusados, sob pena de caducidade da ação penal. No ano seguinte, foi aprovada a Lei da Obediência Devida (Lei nº 23.521/1987), que presumia, sem admitir prova em contrário, que os crimes cometidos por membros das Forças Armadas e das forças de segurança, por policiais e agentes penitenciários teriam ocorrido em virtude da chamada “obediência devida”, isto é, teriam sido praticados em razão da subordinação a autoridades superiores e em cumprimento de ordens, sem possibilidade de oposição ou resistência. Em razão dessa circunstância, não seriam puníveis. A mesma presunção valia para oficiais superiores caso, em 30 dias após a promulgação da lei, não se decidisse judicialmente que eles haviam exercido funções decisórias ou tivessem participado na formulação das ordens. A exiguidade do prazo estava desde logo a prenunciar que todos os oficiais superiores seriam

igualmente beneficiados pela lei. Entre 7/10/1989 e 29/12/1990, foram ainda editados decretos de indulto pelo então presidente Carlos Saúl Menem, beneficiando militares e civis que haviam sido processados e condenados por crimes contra a humanidade, já que esses crimes não tinham sido abrangidos pelas Leis do Ponto Final e da Obediência Devida (OSMO, 2016, p. 38).

Boa parte dos dispositivos dessas normas legais foi questionada judicialmente, quer pelos interessados em ampliar a proteção aos potenciais incriminados, quer por aqueles que, ao contrário, achavam que um acerto de contas era necessário, impondo-se distinções para evitar um generalizado perdão a crimes inomináveis. E, como ocorre em qualquer país, as questões jurídicas mais importantes acabariam sendo decididas pela Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. Sua composição e orientação ideológica era, portanto, crucial. Todavia, em alguns momentos desse período de transição, ela não esteve à altura dos desafios históricos que teve de enfrentar, mostrando-se vulnerável aos humores de um Executivo forte.

As leis do Ponto Final e da Obediência Devida tinham por objetivo anistiar os oficiais em postos de níveis médio e baixo na hierarquia militar. Argumentava-se que tais medidas eram necessárias para preservar a paz social. Quando em 1987 teve de analisar a validade das duas leis, a Corte Suprema externou o entendimento de que elas resultavam de uma ponderação dos interesses em jogo, de exclusiva competência do poder político. Por essa razão, deveriam ser acatadas pelo Poder Judiciário. Na época, aquela Corte afirmou que o Poder Judiciário não deveria avaliar a conveniência ou a eficácia dos meios adotados pelo Poder Legislativo para atingir seus propósitos, salvo quando violassem os direitos individuais básicos ou não fossem razoáveis em relação aos fins que buscavam atingir (GUEMBE, 2005, p. 121). Essa tendência favorável ao perdão dos agentes civis e militares envolvidos na repressão durante o período militar atingiu seu pico durante o governo Menem (1989-1999), quando ele expandiu o perdão e a anistia mediante dez decretos no final de 1989 (GLOPPEN; WILSON; GARGARELLA; SKAAR; KINANDER, 2010, p. 47).

Essas normas legais beneficiaram uma infinidade de militares: dos 1.195 militares que haviam sido processados por violação de direitos humanos, 730 se beneficiaram com a lei “Ponto Final”, 379 tiveram seus processos arquivados por causa da lei “Obediência Devida” e outras 43 pessoas foram beneficiadas pela Corte. Considerando, também, os perdões concedidos por Menem, até o início da década de 1990 apenas dez pessoas haviam sido condenadas pelas graves violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar (MIRANDA, 2016).

A partir da década de 1990, a Corte Suprema passou a sofrer duras críticas por alegadamente estar alinhada ao governo Menem. Apontava-se a existência de uma “maioria automática”, que sempre votaria em favor dos interesses do governo. Para fazer frente a essa situação, em 2003 o presidente Kirchner (2003-2007) lançou uma ofensiva, alterando o número de ministros da Corte, culminando no *impeachment* de dois magistrados e na renúncia de outros três. Kirchner também editou o Decreto nº 222/2003 (ARGENTINA, 2003a), que procurou dar transparência ao processo de indicação de ministros à Corte Suprema, prevendo a possibilidade de cidadãos e entidades da sociedade civil apresentarem observações e críticas por escrito. Além disso, adotou-se na Corte um compromisso com a diversidade regional, de gênero e de especialidade (PIRES, 2017, p. 35).

Também sob o governo Kirchner, em agosto de 2003 foi aprovada a Lei nº 25.779 (ARGENTINA, 2003b), que revogou as chamadas “leis da impunidade” – as Leis do Ponto Final e da Obediência Devida, de 1986 e 1987 –, sob a alegação de serem inconstitucionais. Dois anos mais tarde, a Corte Suprema teve a oportunidade de manifestar-se sobre essa lei e sobre as “leis de impunidade” que ela revogara. Em razão da renovação de sua composição, ela passou a adotar uma postura mais firme e independente. Em 14/6/2005, ela reconheceu a inconstitucionalidade das duas leis – as quais impediam a punição dos crimes contra a humanidade cometidos pelo Estado entre 1975 e 1983 – e reconheceu a constitucionalidade da Lei nº 25.779/2003. O que ensejou tal julgamento passou à história como caso Simón (*Simón, J. H. y otros s/ privación ilegítima de la libertad*) (ARGENTINA, 2005). Em 1978, o cidadão chileno Jose Poblete e sua esposa argentina Gertrudis Marta Hlaczik formavam parte do grupo *Cristianos por la Liberación*. Foram

sequestrados pelo Exército argentino e conduzidos ao centro clandestino *El Olimpo*, onde foram torturados e posteriormente mortos. A filha deles, de apenas oito meses, foi igualmente sequestrada e afastada dos pais. Entre aqueles que participaram do sequestro, estavam Julian Simón e Juan Antonio del Cerro. Eis um bom resumo do caso:

O Ministério Público Fiscal inicialmente denunciou os réus pelo sequestro da filha do casal Poblete, Maria Claudia, uma vez que os casos de apropriação de crianças não foram citados pelas leis de impunidade. Entretanto, a *Fiscalia* ampliou a denúncia, por entender que havia provas suficientes que imputavam aos réus a morte do casal. A sentença foi procedente e os réus condenados. A segunda instância da Câmara Federal ratificou o entendimento pela inconstitucionalidade das leis de impunidade, o que levou a defesa de Simón e del Cerro a interpor Recurso Extraordinário a Corte Suprema.

Neste precedente, a Corte fixou que as leis – revogadas e anuladas – não poderiam ser aplicadas em virtude de o caso em pauta configurar delitos de lesa humanidade. Esta foi a grande importância desta decisão: por maioria, a Suprema Corte declarou a validade constitucional de Lei nº 25.779 – que anulou as Leis de Ponto Final e Obediência Devida – e declarou sem efeito qualquer ato fundado nelas que pudessem obstar o avanço dos processos e julgamentos de responsáveis por crimes de lesa-humanidade (LORENZETTI; KRAUT, 2011, p. 147-148 apud MACHADO, 2015, p. 159).

Diferentemente do que costuma ocorrer em julgamentos daquela Corte, todos os julgadores fizeram questão de redigir votos separados, ainda que concordantes (casos dos juizes Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda, Antonio Boggiano, Eugenio R. Zaffaroni, Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco e Carmen Argibay). Um juiz absteve-se de participar e o único voto divergente foi de Carlos Fayt.

Entre os principais argumentos expostos pela expressiva maioria, segundo a síntese apresentada por Boschi (2017, p. 263-271), constam as afirmações de que: a partir da modificação da Constituição Nacional em 1994 (ARGENTINA, 1994), o Estado argentino assumiu perante o Direito Internacional, especialmente em relação à ordem jurídica interamericana, uma série de deveres de hierarquia constitucional, entre os quais a limitação da faculdade de conceder perdão e deixar de perseguir crimes contra a humanidade; as leis da “obediência devida” e “ponto final” apontavam para o esquecimento de graves violações de direitos humanos, o que se opunha à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 1992a, 1992b) e tornava-as constitucionalmente inaceitáveis; a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), assim como as diretivas da Comissão Interamericana, constituíam imprescindível parâmetro de interpretação de deveres e obrigações derivados da CADH; para dar cumprimento aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, a supressão das referidas leis era impostergável; a República Argentina, ao conferir hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos (art. 75, inc. 22, da Constituição Nacional), incorpora ao Direito interno o chamado Direito Internacional dos direitos humanos, que deve ser aplicado na forma prevista pelo Direito Internacional; as Leis da Obediência Devida e do Ponto Final são inaplicáveis aos crimes de lesa-humanidade; a punição dos crimes contra a humanidade provém diretamente dos princípios surgidos da ordem imperativa internacional e incorpora-se com hierarquia constitucional como um direito penal protetor dos direitos humanos, não podendo ser restringido por algumas das limitações constitucionais aplicáveis aos demais delitos; a negativa de persecução das ações penais contra os crimes de lesa-humanidade implicaria sair do marco normativo em que se inserem as nações civilizadas desde a criação da ONU, pois a incorporação desse marco ao direito positivo universal pressupõe o reconhecimento do caráter essencial da proteção da dignidade humana; como aquelas leis foram posteriores à ratificação argentina da CADH, o Congresso Nacional estava impedido de sancionar leis que a violassem; a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade não tornou imprescritíveis crimes que antes eram prescritíveis, mas simplesmente tornou expresso o que antes era *jus cogens* em função do Direito Internacional Público consuetudinário, sendo matéria pacífica nesse ramo jurídico que o costume internacional é uma de suas fontes; antes de estatais, os direitos fundamentais são essencialmente humanos, e por isso não podem ser suprimidos pelo Estado nacional; se os delitos atrozos permanecerem impunes, a sociedade não tem um futuro promissor, porque suas bases morais estarão contaminadas.

Destaca-se o seguinte trecho do voto de Lorenzetti, ao julgar o Caso Simón:

Quienes tomaron decisiones, legislaron o dictaron sentencias en los últimos treinta años hicieron su valioso aporte en las situaciones que les tocaron vivir. Pero en la hora actual, es deber de esta corte tomar en cuenta el grado de maduración que la sociedad muestra sobre la concepción de la justicia, entendida como los principios morales que aceptarían personas libres, iguales, racionales y razonables que permitan una convivencia basada en la cooperación (Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971; del mismo autor, *Justice as Fairness. A Restatement*, ed. Erin Kelly, Harvard, 2001; BARRY, Brian, *Justice as impartiality*, Oxford: Clarendon Press, 1995) y que no son otros que los del estado de derecho. Nuestro deber en la hora actual es garantizar, de modo indubitable, la vigencia plena y efectiva del estado de derecho para quienes habitan esta Nación y para las generaciones futuras (Acórdão do Caso Simón, p. 159) (GALLO, [2018], p. 50).

Como consequência dessa decisão, foram removidos os obstáculos que impediam o julgamento dos responsáveis por violações de direitos humanos cometidas durante a última ditadura militar argentina. Isso deu lugar à reabertura de centenas de processos (BOSCHI, 2017, p. 262). Por fim, deve ser registrado que em 2008 ocorreu a derrogação do Código Penal Militar (ARGENTINA, 2008). A partir de então, os militares ficaram sujeitos à Justiça Comum, embora pudessem recorrer à Justiça Federal em caso de condenação por crimes militares.

As leis da Obediência Devida e do Ponto Final são de 1986 e 1987 – posteriores, portanto, à lei de anistia brasileira. Esse aspecto revelou-se juridicamente relevante, cotejando-se a argumentação feita pela Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina para invalidar tais normas e a argumentação tecida pelo STF para manter a higidez constitucional da lei de anistia brasileira, pois a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela ONU em 1984, era posterior à lei brasileira, mas anterior à lei argentina.

3.2 Brasil

A Lei de Anistia brasileira – Lei nº 6.683, de 28/8/1979 – foi promulgada ainda em pleno governo militar e concedia anistia a todos os que, no período compreendido entre 2/9/1961 e 15/8/1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, ou crimes eleitorais, assim como aos opositores do regime que tivessem sofrido alguma punição administrativa. Essa Lei da Anistia considerou conexos os crimes de qualquer natureza, relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

Em razão dessa abrangência, a lei acabou beneficiando também agentes da repressão que praticaram crimes comuns como sequestro, lesão corporal, estupro, assassinato e ocultação de cadáver (OSMO, 2016, p. 38).

Quando compelido a manifestar-se sobre o tema, em 29/4/2010, o STF julgou improcedente, por sete votos a dois⁶, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153 (BRASIL, 2010) promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, objetivando a declaração de não recepção, pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2019]), do disposto no § 1º do art. 1º da Lei de Anistia⁷. Essa ADPF pretendia a declaração de que a anistia concedida pela lei não se estenderia aos crimes comuns como tortura, homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor, praticados pelos agentes da repressão, contra opositores políticos, durante o regime militar (BARRIENTOS-PARRA; MIALHE, 2012, p. 27). O acórdão, relatado pelo ministro Eros Roberto Grau, naquilo que interessa a este ensaio, está assim ementado:

LEI N. 6.683/79, CHAMADA “LEI DE ANISTIA”. ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. [...] CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E “AUTO-ANISTIA”. INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE.
[...]

⁶Foram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto, que a julgavam parcialmente procedente com amplitudes diversas.

⁷“Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. § 1º – Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. § 2º – Excetua-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal” (BRASIL, [2002]).

3. [...] A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; [...].

4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados – e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou – pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. [...] A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada.

6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes – adotada pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 – e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição – que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes – não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido.

7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia.

8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá – ou não – de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.

9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. [...] Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. [...]

10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura (BRASIL, 2010, p. 1-4).

Como se vê, prevaleceu no acórdão a ideia de que a lei fora recepcionada pela Constituição em razão de expressa ressalva incluída na Emenda Constitucional nº 26/1985 (BRASIL, [1987]), que convocou a Assembleia Constituinte. Além disso, tal norma deveria ser interpretada no contexto de tentativa de pacificação do País no momento de sua edição, sendo que à época não estaria violando normas de Direito Internacional ainda não incorporadas ao Direito brasileiro.

Os votos parcialmente divergentes dos ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Brito, por sua vez, estavam alinhados com a sentença que alguns meses mais tarde seria proferida pela CIDH no caso *Gomes Lund e outros* (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, de 24/11/2010 (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2010), segundo Barrientos-Parra e Mialhe (2012, p. 36).

Segundo Oliveira (2018a, p. 390), nessa importante decisão

a CIDH (Corte Interamericana de Direitos Humanos) conclui que, em virtude da Lei nº 6.683/79, promulgada pelo governo militar do Brasil, o Estado não levou a cabo nenhuma investigação penal para julgar e sancionar os responsáveis por esses desaparecimentos forçados; que os recursos judiciais de natureza civil com vistas a obter informação sobre os fatos não foram efetivos para garantir aos familiares dos desaparecidos o acesso à informação sobre a Guerrilha do Araguaia; que as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito ao acesso à informação desses familiares; e que o desaparecimento forçado das vítimas, a impunidade dos seus responsáveis, e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação afetaram negativamente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos.

De qualquer modo, em que pese o entendimento emanado da CIDH, a Lei de Anistia no Brasil continua vigente. Registra-se apenas a existência do Projeto de Lei do Senado nº 237, de 2013 (BRASIL, 2013b), atualmente

tramitando na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que altera o art. 1º, § 1º, da Lei da Anistia, para dispor que

não se incluem entre os crimes conexos aqueles cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de qualquer forma, se opunham ao regime de governo vigente no período por ela abrangido. Dispõe que a prescrição, bem como qualquer outra causa de extinção da punibilidade, não é aplicável aos crimes a que se refere o art. 1º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, observando-se seus efeitos a partir da data da promulgação da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979.

Porém, são escassas as chances de conversão desse projeto em lei. Sob o atual governo, são nulas.

3.3 Chile

No Chile, após a fase mais intensa da repressão política, houve a edição do Decreto-lei nº 2.191, em 1978, prevendo a concessão de anistia às pessoas que tivessem participado na qualidade de autores, cúmplices ou encobridores de fatos delituosos ocorridos durante a situação de estado de sítio vivida no país entre 11/9/1973 e 10/3/1978. Esse Decreto-lei foi promulgado pelo próprio general Pinochet, com os militares ainda no comando do país, razão pela qual pode ser designado de Lei da Autoanistia.

O Judiciário chileno, especialmente sua Suprema Corte, foi condescendente com o governo Pinochet: das 5.400 petições de *habeas corpus* que aportaram na Corte durante o período da ditadura, apenas dez foram aceitas. Em decisões da época, seus juízes usavam um chavão: “Os Tribunais são fiéis e estritos cumpridores da lei” (CORREA, 1993, p. 93). A atuação da Corte confirmou que juízes estritamente positivistas são, na verdade, escravos dos donos da lei; re-

corde-se que, no Julgamento de Nuremberg, os que atuaram sob o regime nazista igualmente alegaram, em sua defesa, que apenas se limitaram a aplicar as leis vigentes no país.

Findo o governo Pinochet, a situação começou lentamente a se alterar. O presidente Patricio Aylwin, um advogado que fora ativista de direitos humanos, criou a Comissão Nacional da Verdade e da Reconciliação e promoveu a ratificação de vários tratados e convenções internacionais de direitos humanos, procurando, também, reformar e modernizar o aparato judicial. Durante os primeiros anos após a transição democrática, o Judiciário chileno, especialmente a Suprema Corte, esteve sob intensa crítica, tanto do governo quanto da oposição. O governo acusava o Judiciário de ter sido condescendente com as práticas criminosas realizadas durante a ditadura militar, ao que o Judiciário respondia dizendo que simplesmente tinha aplicado a lei e que, sob a legislação então vigente, era impossível proteger direitos humanos. A oposição, por sua vez, alegava que o Judiciário era corrupto e ineficiente, não adaptado às necessidades de uma economia moderna e liberal. Diante do Relatório da Comissão da Verdade e da Reconciliação, que apontou para a comprovada e sistemática violação de direitos humanos, a Suprema Corte reagiu alegando que o relatório era “apaixonado, superficial e parcial”. O presidente Aylwin, então, convocou rede nacional de televisão e acusou o Judiciário chileno de “não ter tido a coragem moral de confrontar a vasta violação de direitos humanos perpetrada pelo regime militar” (CORREA, 1999, p. 303). O conflito entre o Judiciário e os demais Poderes redundou também no *impeachment* de alguns ministros da Suprema Corte, envolvidos em atos ilícitos e em corrupção. Posteriormente, já sob o governo de Eduardo Frei, o número de juízes nessa Corte subiu de 17 para 21. Foi também criada uma Escola Judicial de Magistrados e um

Conselho Nacional de Justiça (COUSO, 2005, p. 110-112).

Contudo, mudanças efetivas só ocorreram após 1998, quando, por crimes contra a humanidade e por ordem do juiz espanhol Baltasar Garzón, Pinochet foi preso na Inglaterra, onde se encontrava para tratamento de saúde. As autoridades britânicas mantiveram Pinochet preso até 2000, quando o repatriaram para o Chile em razão da deteriorada condição de sua saúde. Somente a partir da prisão de Pinochet, boa parte dos chilenos realmente percebeu que o general e seus colaboradores eram unanimemente condenados no cenário internacional. Já repatriado, Pinochet enfrentou mais de 300 acusações de graves violações de direitos humanos em tribunais chilenos, mas faleceu na prisão em 2006, antes que qualquer desses casos tivesse sido concluído (GLOPPEN; WILSON; GARGARELLA; SKAAR; KINANDER, 2010, p. 39-40).

Em novembro de 2004, o presidente Lagos apresentou, em cadeia nacional de televisão, o Relatório final da *Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura* (conhecida por *Comisión Valech*), após ter ouvido 35 mil pessoas. A conclusão irrefutável do profundo trabalho realizado era a de que a tortura fora prática sistemática ao longo de toda a ditadura de Pinochet.

Até os anos 1990, o Judiciário chileno mantivera sua atitude formalista, simplesmente aplicando as normas elaboradas pelo regime militar ou recusando-se a examinar casos sob a alegação de que envolviam “questões políticas”. Em 1990, por exemplo, a Suprema Corte por unanimidade validou o Decreto-lei de Anistia de 1978 e sistematicamente bloqueou qualquer iniciativa de juízes inferiores de discutir violações de direitos humanos ocorridos durante a ditadura, chegando a usar seu poder disciplinar sobre os magistrados sob sua jurisdição que criticassem sua atitude passiva frente à violação de direitos humanos (exemplos disso são as punições

dos juízes René Garcia [1990], Carlos Cerda Fernández [1991] e Gloria Olivares [1992]). Após a prisão de Pinochet, todavia, a postura daquela Corte começou a mudar, até mesmo atendendo à conclamação do presidente Aylwin para que ela participasse do desafio nacional de “achar os desaparecidos”. Foi então que ela começou a flexibilizar sua interpretação do Decreto-lei de Anistia. O auge dessa mudança ocorreu por ocasião do julgamento do caso Caravana da Morte, assim chamado por envolver a identificação de múltiplas execuções – 71 mortos e 26 desaparecidos – praticadas no país, num curto período de tempo, por um mesmo grupo militar chefiado pelo general do Exército Sergio Arellano Stark. A Corte adotou, nesse caso, o entendimento de que o desaparecimento de pessoas constituía um crime contínuo. Enquanto o corpo não fosse localizado, o crime ainda estava ocorrendo, razão pela qual não estava coberto pela anistia. Com esse argumento, ela validou a prisão de cinco oficiais do exército que haviam atuado naquelas ações criminosas. Pouco depois, em 2004, a Corte manteve uma decisão da Corte de Apelações de Santiago que permitiu o julgamento de Pinochet pelo “desaparecimento” de vinte pessoas, no âmbito da Operação Condor. Essa postura mais flexível da Suprema Corte permitiu que mais de 300 ações fossem movidas contra Pinochet e seus colaboradores, envolvendo crimes contra a humanidade e alegações de corrupção envolvendo Pinochet e seus familiares.⁸

Formalmente, a Lei de Anistia chilena permanece vigente, embora tenha sido superada hermeneuticamente com base no entendimento firmado pela Corte de que aquela norma não se aplica a casos de crime contra a humanidade e crimes de guerra. Não se pode olvidar que a CIDH, especialmente ao julgar o caso Almonacid

⁸ Sobre esses episódios, ver Gloppe, Wilson, Gargarella, Skaar e Kinander (2010, p. 49-50).

Arellano vs. Chile, em 2006 (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2006), foi determinante para que a jurisprudência chilena se firmasse nesse sentido (OSMO, 2016, p. 48).

O caso Almonacid Arellano vs. Chile relaciona-se à reclamação pela falta de investigação e punição dos responsáveis pela execução do sr. Arellano, em razão da Lei de Anistia chilena. A CIDH condenou o Chile sob o fundamento de que a Lei de Anistia ignorou os deveres impostos pelo art. 1.1 da CADH. Nesse julgamento, o Chile foi condenado sob o fundamento de que a aplicação do Decreto-lei nº 2.191/1978 ignorara os deveres impostos pelo art. 1.1 da CADH e violara os direitos dos familiares das vítimas de acesso à Justiça. Concluiu que o Estado chileno tinha o dever de investigar os fatos relacionados à morte de Arellano e punir todos os partícipes. Condenou o Chile, também, a indenizar pelos danos materiais e imateriais causados à família de Arellano (JESUS; ALENCAR; OLIVEIRA; PETERLI; READE, 2015, p. 10).

Em face das tímidas decisões da Suprema Corte, ocorre, segundo Couso (2005, p. 114-123), um paradoxo: embora o Chile tenha exitosamente percorrido o caminho para a redemocratização, sendo uma consolidada democracia, seu Judiciário não teve papel saliente e importante na defesa dos direitos humanos e do Estado de Direito, ao contrário do Judiciário dos outros países latino-americanos. Coube substancialmente aos demais Poderes conduzir o país nessa travessia.⁹

⁹Para não excedermos os limites de um artigo doutrinário, não abordaremos a situação uruguaia, sobre a qual nos limitaremos a sintetizar os aspectos mais essenciais. Logo após a redemocratização do país, foi promulgada a Lei nº 15.737, de 8/3/1985, chamada de Lei de Reconciliação Nacional, concedendo anistia para os crimes políticos e os crimes comuns conexos com aqueles, cometidos durante o regime militar uruguaio. Apesar da indignação das vítimas da ditadura e dos clamores populares pela condenação dos responsáveis, no ano seguinte foi sancionada nova Lei, de nº 15.848/1986, chamada de Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado, que previu a caducidade da pretensão

4 Considerações finais

Comparando-se a situação dos três países, nota-se que a ditadura militar argentina foi a mais breve, mas também a mais repressiva e que mais danos sociais causou, como os números o demonstram. Mas também foi a Argentina quem mais prontamente buscou fazer os acertos com o passado. De fato, uma das primeiras medidas do governo Alfonsín, logo após a retomada democrática, consistiu na criação de uma Comissão para obter informações sobre o destino das vítimas do sistema de repressão ilegal – tratava-se da Conadep (Comissão Nacional sobre Desaparecimento de Pessoas). No Brasil, a Comissão Nacional da Verdade (CNV) só foi criada pela Lei nº 12.528/2011 (BRASIL, 2011). Seu relatório ficou pronto somente cinquenta anos após o golpe militar (OLIVEIRA; LUCAS, 2016).

punitiva para os delitos de cunho político ocorridos antes de 1985. Essa lei foi submetida a *referendum* popular em 1989, sendo aprovada pela maioria da população uruguaia. Os inconformados com a impunidade generalizada recorreram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que em 1992 publicou a Resolução nº 29, na qual se declarou que a Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva era incompatível com o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, violava o direito à Justiça (previsto no art. XVIII da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (BRASIL, 2013a) e nos arts. 1, 8 e 25 da CADH), e recomendou ao governo uruguaio a outorga de justa compensação às vítimas por violações decorrentes da supracitada lei, além da adoção das medidas necessárias ao esclarecimento dos fatos e à identificação dos responsáveis pelas violações aos direitos humanos ocorridas no período anterior. Diante de tais pressões, ressurgiu a questão dos desaparecidos durante o regime militar. Com base em tal deliberação, as vítimas e seus familiares ingressaram com demandas no âmbito administrativo, visando que o Executivo promovesse as devidas investigações. Em razão da judicialização da questão, a Suprema Corte do Uruguai decidiu, em outubro de 2009, pela declaração de inconstitucionalidade da chamada Lei de Caducidade, num caso concreto, envolvendo a investigação de tortura e posterior morte, em 1974, de uma professora em um quartel militar. Essa decisão, porém, por peculiaridades do sistema jurídico uruguaio, não tinha efeitos *erga omnes*. Entretanto, essa tendência promissora acabou abortada, em razão de plebiscito realizado imediatamente depois daquela decisão, no qual ganhou o chamado “voto amarelo” – nome dado em função da cor das papeletas –, que decidiu pela manutenção da referida lei (essas informações foram retiradas de Fernandes (2010)).

Além disso, a Argentina alinhou-se à jurisprudência da CIDH e invalidou sua lei de anistia, ao passo que o STF mostrou deferência ao legislador e recusou-se a declarar a inconstitucionalidade da Lei de Anistia, alegando que essa tarefa cabia ao Poder Legislativo (OLIVEIRA; LUCAS, 2016). Além das razões jurídicas expostas pelos ministros do STF, a explicação para tal postura talvez resida um pouco na cultura condescendente do brasileiro e muito na percepção de que a repressão ocorrida no Brasil fora menos intensa e numericamente menos dramática que a dos outros dois países analisados.

O aspecto da intensidade e da extensão da repressão também explicaria a solução chilena. Em termos numéricos, a repressão chilena ficou a meio caminho entre a do Brasil e a da Argentina. A postura do seu Judiciário, relativamente à anistia dos envolvidos na repressão, igualmente ficou a meio caminho. A Suprema Corte recusou-se a declarar inconstitucional a lei de anistia chilena, mas desenvolveu critérios técnicos para identificar “brechas” na legislação e alcançar os criminosos.

Outra explicação para a maior condescendência das instituições – especialmente do Legislativo e do Judiciário – chilenas e brasileiras relativamente aos crimes cometidos durante a fase mais dura da repressão militar, comparativamente com a experiência argentina, é o relativo sucesso obtido pelos governos militares chileno e brasileiro em reorganizar economicamente seus países, conseguindo atingir níveis até elevados de desenvolvimento em alguns períodos. O mesmo não ocorreu na Argentina, razão pela qual os militares não tinham “crédito a gastar”. O pouco capital que poderiam ter perdeu-se irremediavelmente com a desastrosa Guerra das Malvinas.

De todo modo, estamos convictos de que quaisquer que possam ser os benefícios econômicos de um regime forte (além de que, com mão de ferro e sem liberdades públicas, talvez seja mais fácil dirigir a economia, como os relativos sucessos brasileiro e chileno mostram e a experiência chinesa das últimas décadas confirmam), isso jamais poderá ser usado como escusa para condescender com a prática de crimes abomináveis. Uma nação civilizada não só tem o direito de saber o que ocorreu nos porões da ditadura, como também o de ver responsabilizado quem torturou e matou seus concidadãos. Isso não se chama vingança. Seu nome é Justiça.

Sobre os autores

Dionis Mauri Penning Blank é mestre em Ciências e em Memória Social e Patrimônio Cultural pela Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, RS, Brasil; doutorando em Direito

pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; assessor de desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil.

E-mail: dionisblank@gmail.com

Eugênio Facchini Neto é doutor em Direito Comparado pela Università Degli Studi di Firenze, Toscana, Itália; mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor dos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil.

E-mail: facchini@tjrs.jus.br

Como citar este artigo

(ABNT)

BLANK, Dionis Mauri Penning; FACCHINI NETO, Eugênio. O Poder Judiciário e as leis de anistia latino-americanas: as experiências da Argentina, Chile e Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 224, p. 11-36, out./dez. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p11

(APA)

Blank, D. M. P., & Facchini, E., Neto (2019). O Poder Judiciário e as leis de anistia latino-americanas: as experiências da Argentina, Chile e Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(224), 11-36. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p11

Referências

ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*. Santa Fe: [s. n.], 1994. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0039.pdf?view=1>. Acesso em: 30 ago. 2019.

_____. *Decreto nº 222, de 2003*. 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 [...]. [Buenos Aires]: Presidencia de la Nación, 2003a. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/85000-89999/86247/norma.htm>. Acesso em: 2 set. 2019.

_____. *Ley nº 22.924*. Medidas políticas y noramtivas tendientes a sentar las bases de la definitiva pacificación del país. Buenos Aires: Presidencia de la Nación, 1983a. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/73271/norma.htm>. Acesso em: 2 set. 2019.

_____. *Ley nº 23.040*. Derógase por inconstitucional y declárase insanablemente nula la Ley de facto nº 22.924. Buenos Aires: Presidencia de la Nación, 1983b. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28166/norma.htm>. Acesso em: 2 set. 2019.

_____. *Ley nº 23.492*. Dispónese la extinción de acciones penales por presunta participación, en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley nº 23.049 y por aquellos vinculado a la instauración de formas violentas de acción política. Excepciones. Buenos Aires:

Presidencia de la Nación, 1986. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21864/norma.htm>. Acesso em: 2 set. 2019.

_____. *Ley nº 23.521. Obediencia debida. Se fijan límites.* Buenos Aires: Presidencia de la Nación, 1987. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21746/norma.htm>. Acesso em: 2 set. 2019.

_____. *Ley nº 25.779. Decláranse insanablemente nulas las Leyes nºs 23.492 y 23.521.* Buenos Aires: Presidencia de la Nación, 2003b. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/85000-89999/88140/norma.htm>. Acesso em: 2 set. 2019.

_____. *Ley nº 26.394. Deróganse el Código de Justicia Militar y todas las normas, resoluciones y disposiciones de carácter interno que lo reglamentan. Modificanse el Código Penal y el Código Procesal Penal de la Nación.* Buenos Aires: Presidencia de la Nación, 2008. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/143873/norma.htm>. Acesso em: 2 set. 2019.

_____. Suprema Corte. *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.* causa nº 17.768. 14 de junio de 2005. Disponível em: <https://www.asser.nl/upload/documents/20121101T042835-Cavallo%20Argentina%20Corte%20Suprema%20Fallo%20anulando%20las%20leyes%20de%20amnist%C3%ADa.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2019.

BADINTER, Robert; BREYER, Stephen G. (ed.). *Judges in contemporary democracy: an international conversation.* New York: New York University Press, 2004.

BARAK, Aharon. *The judge in a democracy.* Princeton, NJ: Princeton University Press, c2006.

BARRIENTOS-PARRA, Jorge; MIALHE, Jorge Luís. Lei de Anistia: comentários à sentença do Supremo Tribunal Federal no caso da ADPF 153. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 49, n. 194, p. 23-40, abr./jun. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496575/000952677.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 2 set. 2019.

BOSCHI, Silvana. *Los secretos de la Corte: las presiones, las operaciones y las internas.* Buenos Aires: Margen Izquierdo, 2017.

BRASIL. *Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964.* Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Brasília, DF: Presidência da República, [1964]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm. Acesso em: 29 ago. 2019.

_____. *Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965.* Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1965]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm. Acesso em: 29 ago. 2019.

_____. *Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.* São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm. Acesso em: 30 ago. 2019.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 29 ago. 2019.

_____. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.* Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 29 ago. 2019.

_____. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.* Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 29 ago. 2019.

_____. *Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985*. Convoca Assembléia Nacional Constituinte e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1987]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm. Acesso em: 29 ago. 2019.

_____. *Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979*. Concede anistia e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. *Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011*. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm. Acesso em: 29 ago. 2019.

_____. Senado Federal. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. In: _____. *Direitos humanos: atos internacionais e normas correlatas*. 4. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013a. p. 24-28. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf?sequence=1>. Acesso em: 29 ago. 2019.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 237, de 2013*. Define crime conexo, para fins do disposto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Brasília, DF: Senado Federal, 2013b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113220>. Acesso em: 29 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF*. Lei nº 6.683/79, a chamada “Lei de Anistia”. Artigo 5º, *caput*, III e XXXIII da Constituição do Brasil; princípio democrático e princípio republicano: não violação. Circunstâncias históricas. Dignidade da pessoa humana e tirania dos valores [...]. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Arguido: Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau, 29 de abril de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 2 set. 2019.

CASSEL, Douglas. Reformas a la protección de las garantías constitucionales y los derechos humanos. In: CENTRO DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS. *Justicia y gobernabilidad democrática*. Santiago: Ceja: Ministerio de Justicia, c2003.

CHILE. *Decreto Ley nº 2.191*. Concede amnistia a las personas que indica por los delito que señala. Santiago: Archivo Chile, 1978. Disponível em: https://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/commissions/Chile90-AmnestyLaw_decree2191.pdf. Acesso em: 2 set. 2019.

CORREA, Jorge. La cenicienta se queda en la fiesta: el poder judicial chileno en la década de los 90. In: DRAKE, Paul W.; JAKSIC, Ivan (comp.). *El modelo chileno: democracia y desarrollo en los noventa*. Santiago: Lom, 1999.

_____. The judiciary and the political system in Chile. In: STOTZKY, Irwin P. (ed.). *Transition to democracy in Latin America: the role of the judiciary*. Boulder: Westview Press, 1993.

COUSO, Javier A. The judicialization of Chilean politics: the rights revolution that never was. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (ed.). *The judicialization of politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2005. p. 105-129.

FAUSTO, Boris; DEVOTO, Fernando J. *Brasil e Argentina: um ensaio de história comparada (1850-2002)*. Tradução: Sérgio Molina. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2004.

FERNANDES, Camila Vicenci. Leis de anistia: aspectos teóricos e as experiências da Argentina, Uruguai e Brasil. *Âmbito Jurídico*, [s. l.], 1º abr. 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7637&revista_caderno=19. Acesso em: 30 ago. 2019.

FERRERES COMELLA, Víctor. *Constitutional courts and democratic values: a European perspective*. New Haven: Yale University Press, c2009.

GALLO, Carlos Artur. *Um acerto de contas com o passado: crimes da ditadura, “Leis de Impunidade” e decisões das supremas cortes no Brasil e na Argentina*. Curitiba: Appris, [2018].

GLOPPEN, Siri; WILSON, Bruce M.; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin; KINANDER, Morten. *Courts and power in Latin America and Africa*. New York: Palgrave Macmillan, 2010.

GUEMBE, María José. Reabertura dos processos pelos crimes da ditadura militar argentina. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, [São Paulo], ano 2, n. 3, p. 120-137, dez. 2005. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452005000200008>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v2n3/a08v02n3.pdf>. Acesso em: 2 set. 2019.

HAMMERGREN, Linn A. *Envisioning reform: improving judicial performance in Latin America*. University Park: Pennsylvania State University Press, 2007.

JACOB, Herbert. Introduction. In: JACOB, Herbert; BLANKENBURG, Erhard; KRITZER, Herbert M.; PROVINE, Doris Marie; SANDERS, Joseph. *Courts, law and politics in comparative perspective*. New Haven: Yale University Press, 1996. p. 1-15.

JESUS, Adailton; ALENCAR, Maria Tereza; OLIVEIRA, Pedro Paulo; PETERLI, Rebeca Souza; READE, Veronica. *Um olhar sobre o Chile e Uruguai sob a ótica da justiça de transição*. [Rio de Janeiro]: Departamento de Direito, 2015. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2015/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Adailton,Rebeca,Maria,%20Pedro,Veronica.pdf. Acesso em: 30 ago. 2019.

KOOPMANS, T. *Courts and political institutions: a comparative view*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIND, E. Allan; TYLER, Tom R. *The social psychology of procedural justice*. New York: Plenum Press, c1988.

MACHADO, Patrícia da Costa. Justiça e direito: as cortes supremas de Brasil e Argentina frente aos crimes das ditaduras de segurança nacional. *Revista Eletrônica de Ciência Política*, [Curitiba], v. 6, n. 2, p. 147-165, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/recp.v6i2.42649>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/politica/article/view/42649/26888>. Acesso em: 2 set. 2019.

MARTINS, Enio Viterbo. Justiça de transição e o desaparecimento forçado nos países do Cone Sul. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 65, p. 54-64, maio/ago. 2014. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista65/revista65_54.pdf. Acesso em: 30 ago. 2019.

MEZAROBBA, Glenda. *O preço do esquecimento: as reparações pagas às vítimas do regime militar: (uma comparação entre Brasil, Argentina e Chile)*. 2007. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

MIRANDA, Ivan Adolfo Geronimo. Comparativo entre as Leis de Anistia brasileira e argentina. *Jusbrasil*, [s. l.], 2016. Disponível em: <https://ivanmiranda923171.jusbrasil.com.br/artigos/330380204/comparativo-entre-as-leis-de-anistia-brasileira-e-argentina>. Acesso em: 2 set. 2019.

OLIVEIRA, Carla Dóro de; LUCAS, Douglas Cesar. A justiça de transição na Argentina e no Brasil. *Canal Ciências Criminais*, [s. l.], 15 abr. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-justica-de-transicao-na-argentina-e-no-brasil>. Acesso em: 2 set. 2019.

OLIVEIRA, David Barbosa de. (Des)acertos no julgamento da Lei de Anistia de 1979: o Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Autoanistia. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 19, n. 8, p. 382-394, jan./abr. 2018a. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Bras_v.19_n.8.24.pdf. Acesso em: 11 set. 2019.

_____. Julgamentos das leis de anistia pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e os esforços da sociedade civil na justiça de transição da Argentina e do Peru. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, [Porto Alegre], ano 6, n. 11, p. 406-431, jan./jun. 2018b. DOI: <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2018.11.406-431>. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/6702>. Acesso em: 2 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO DO ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. 26 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2019.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 29 ago. 2019.

OSMO, Carla. *Judicialização da justiça de transição na América Latina = Judicialización de la justicia de transición en América Latina*. Tradução para o espanhol: Nathaly Mancilla Órdenes. Brasília, DF: Ministério da Justiça; Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016.

PARAGUAY. *Constitución de la República de Paraguay, 1992*. Asunción: Base de Datos Políticos de las Américas, [2002]. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf. Acesso em: 2 set. 2019.

PARLAMENTO brasileiro foi fechado ou dissolvido 18 vezes. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 27 set. 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/563647-PARLAMENTO-BRASILEIRO-FOI-FECHADO-OU-DISSOLVIDO-18-VEZES.html>. Acesso em: 2 set. 2019.

PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. Tradução de Patricia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PIRES, Thiago Magalhães. Corte Suprema de Justiça da Nação (Argentina). In: BRANDÃO, Rodrigo (org.). *Cortes constitucionais e supremas cortes*. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 33-45.

ROBERTSON, David. *The judge as political theorist: contemporary constitutional review*. Princeton, NJ: Princeton University Press, c2010.

SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. Introduction. In: _____ (ed.). *The judicialization of politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2005. p. 1-20.

SILVA, Alexandre Garrido da; PAULA, Carlos Eduardo Artiaga; DIAS, Júlia Machado. As Leis de Anistia brasileira (1979) e argentina (1983) em perspectiva comparada. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, Uberlândia, v. 41, n. 2, p. 187-204, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/24465>. Acesso em: 2 set. 2019.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Justiça de transição: da ditadura civil-militar ao debate justransnacional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SMULOVITZ, Catalina. Petitioning and creating rights: judicialization in Argentina. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (ed.). *The judicialization of politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2005. p. 161-185.

TYLER, Tom R. *Why people obey the law*. New Haven: Yale University Press, c1990.

VALÉRIO, Otávio Lucas Solano. *A toga e a farda: o Supremo Tribunal Federal e o regime militar (1964-1969)*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-16082011-164739/pt-br.php>. Acesso em: 2 set. 2019.

A dependência entre os direitos humanos e o Direito Tributário

THIAGO ÁLVARES FEITAL

Resumo: Demonstra-se que os direitos humanos e o Direito Tributário são campos normativos em relação de interdependência mista no Brasil. Discute-se como a obrigação de não discriminação possibilita avaliar a progressividade do Sistema Tributário Nacional e apresenta-se o dever de mobilizar recursos como marco axiológico para se aferir a eficiência desse sistema em relação à capacidade de arrecadar receitas para a realização dos direitos humanos.

Palavras-chave: Tributação. Direitos humanos. Direitos econômicos, sociais e culturais.

The dependency between human rights and tax law

Abstract: This paper demonstrates that human rights and tax law are in a mixed-strength interdependence relation. We discuss how the obligation of non-discrimination allows an assessment of the progressivity of the Brazilian National Tax System (STN). We then present the obligation to mobilize resources as an axiological framework to appraise the STN's efficiency in its ability to raise revenue for human rights realization.

Keywords: Taxation. Human rights. Economic, social and cultural rights.

1 Introdução

A relação entre os direitos humanos e a tributação é normalmente compreendida por acadêmicos do Direito Tributário como um vetor unidirecional. Nessa representação, os direitos humanos são apresentados como normas que irradiam efeitos nos domínios da tributação para proteger o contribuinte, o mais fraco da relação tributária. É nesse sentido

Recebido em 26/8/19
Aprovado em 3/10/19

que as normas contidas em tratados internacionais são eventualmente invocadas para se argumentar acerca da necessidade de se codificarem instrumentos de defesa do contribuinte, para afastar a tributação confiscatória ou para viabilizar o direito de defesa contra a atuação fiscal¹.

Segundo esse esquema – que pode ser reduzido graficamente a DH → DT –, o Direito Tributário positivo não teria influência alguma sobre os direitos humanos. Por outro lado, o influxo destes últimos na esfera tributária limitar-se-ia a repercutir nas denominadas “limitações constitucionais ao poder de tributar” (BALEEIRO, 2010).

Ainda que possa ter relevância para o desenvolvimento de instrumentos de salvaguarda do contribuinte, essa representação é insuficiente, pois não explica a complexidade do nexos que se estabelece entre esses dois subsistemas normativos. Por essa razão, com inspiração numa teoria analítica que busca apreender a natureza da relação dos direitos humanos entre si (NICKEL, 2008), neste trabalho esboçaremos uma compreensão da relação entre o Direito Tributário e os direitos humanos, para possibilitar o desenvolvimento posterior de abordagens do Direito Tributário centradas nos direitos humanos (*human rights based approach*). Defenderemos a tese segundo a qual entre o Direito Tributário e os direitos humanos se estabelece uma relação de dependência *mista* que remete à própria situação constitucional do Direito Tributário brasileiro (seção 2). Discutiremos como a obrigação de não discriminação possibilita avaliar a progressividade do Sistema Tributário Nacional (STN) (seção 3). Em seguida, apresentaremos o dever de mobilizar recursos como marco axiológico para avaliar a eficiência do STN em relação à sua capacidade de arrecadar receitas para a realização dos direitos humanos (seção 4).

Segundo o esquema analítico aqui exposto, a interdependência é gênero relativo às denominadas *relações de suporte* que podem ser verificadas na dinâmica das normas. Quando a existência de uma norma (ou conjunto normativo) qualquer (α) contribui para a existência, fun-

¹ Para um exemplo, ver Kofler, Maduro e Pistone ([2011]). No âmbito do sistema regional europeu, a Convenção Europeia de Direitos Humanos é frequentemente utilizada pelos contribuintes em litígios tributários levados à Corte Europeia de Direitos Humanos. A esse respeito vejam-se os seguintes casos (os algarismos entre parênteses referem-se ao número do processo): sobre o direito à defesa no processo administrativo tributário: *Bendenoun v. França* (12547/86) (COUNCIL OF EUROPE, 1994); sobre o uso de sanções políticas como meio de coerção para o recolhimento de tributos: *Gasus Dosier-und Fördertechnik GmbH v. Países Baixos* (15357/89) (COUNCIL OF EUROPE, 1995); sobre a intranscendência da pena pelo cometimento de ilícitos tributários: *A.P., M.P. e T.P. v. Suíça* (19958/92) (COUNCIL OF EUROPE, 1997); sobre o direito de não produzir provas contra si mesmo e da impossibilidade de o contribuinte ser compelido, mediante multa, a fornecer documentos que teriam este efeito: *J.B. v. Suíça* (31827/96) (COUNCIL OF EUROPE, 2001); sobre a obrigatoriedade da inclusão de juros na repetição do indébito: *Eko-Elda Avee v. Grécia* (10162/02) (COUNCIL OF EUROPE, 2006); sobre a proteção da confiança do contribuinte: *Association les Témoins de Jéhovah v. França* (8916/05) (COUNCIL OF EUROPE, 2012).

cionamento ou estabilidade de outra norma (β), diz-se que entre elas se estabelece uma relação de suporte ($\alpha \rightarrow \beta$ ou $\alpha \leftarrow \beta$). Tais relações, por sua vez, podem ser classificadas como *fortes* ou *fracas*, conforme a norma *de suporte* seja, respectivamente, *indispensável* ou não para a existência da norma *suportada*. Quando a relação entre duas normas é bilateral – isto é, elas mutuamente se suportam –, diz-se que são *interdependentes* ($\alpha \leftrightarrow \beta$). As relações em que se verifica a interdependência não pressupõem, todavia, uma simetria necessária, podendo assumir a forma das relações de interdependência *mistas*, nas quais o suporte é forte num sentido e fraco noutra ($\alpha \leftarrow \rightarrow \beta$ ou $\alpha \leftarrow \rightarrow \beta$).

A relação entre o Direito Tributário e os direitos humanos enquadra-se neste último modelo. O Direito Tributário é imprescindível para a realização dos direitos humanos, mas estes, conquanto essenciais para a estruturação de um sistema tributário justo – como exige a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2019a]) –, não são indispensáveis para a existência efetiva do sistema tributário, que pode faticamente vigorar, ainda que viole normas internacionais de direitos humanos, o que se nota trivialmente na observação cotidiana.

Como se sabe, todos os direitos têm um aspecto econômico (HOLMES; SUNSTEIN, 1999), o que implica a necessidade de compreendê-los no contexto maior do problema da escassez de recursos (HILL, 1992, p. 3), como uma matéria de finanças públicas. Por isso, afirma-se que a realização concreta dos direitos humanos depende da existência de recursos públicos (BALAKRISHNAN; HEINTZ; ELSON, 2016; ELSON; BALAKRISHNAN; HEINTZ, 2013; GODOI, 2017, p. 7; INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION'S HUMAN RIGHTS INSTITUTE, 2017; SKOGLY, 2012, p. 394). Tais recursos, por sua vez, são obtidos maio-

ritariamente por meio da tributação, de modo que é possível afirmar sem sobressaltos que a atividade impositiva, longe de ser confiscação ilegítima ou ataque injustificável a um direito natural², é o que torna possível a própria instituição da propriedade privada.

Como apontam Murphy e Nagel (2005, p. 46), o mercado não subsiste sem o governo, de modo que é desacertado avaliar a legitimidade da tributação tomando como referencial critérios que remetam à renda pré-tributária. Muito pelo contrário, os tributos visam à construção da sociedade projetada pela CRFB, o que inevitavelmente acarreta o dever do Estado de adotar medidas redistributivas de caráter solidário (GODOI, 2005, p. 142), que implicam a obrigatoriedade de interferir no esquema de distribuição de recursos que as teorias libertárias consideram natural. Por esse motivo, a tributação desponta como determinante forte dos direitos humanos, compreendidos aqui como o mínimo jurídico intrínseco à vida de todas as pessoas em todos os lugares, decorrente de sua própria dignidade (NINO, 1989, p. 14).

A despeito de ser pouco abordado pela literatura nacional – por acadêmicos tanto do Direito Internacional quanto do Direito Tributário –, esse nexos reflete-se muito claramente nos documentos internacionais sobre direitos humanos, sobretudo os que dizem respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais (BRASIL, 1969, 1992b, 2002), tendo sido objeto de detida análise pelos subscritores da Declaração de Lima sobre a Justiça Tributária e os Direitos Humanos³

²Com um ou outro reparo, essa é a visão que se encontra em Nozick (2013) e em Rothbard (c2004), para mencionar apenas dois exemplos.

³Essa Declaração – resultado da Global Week of Action for Tax Justice, evento cujas atividades foram realizadas em 43 países – tem como objetivo ressaltar a importância da tributação e a necessidade de se reformar o sistema tributário dos países envolvidos, para a realização dos direitos humanos.

(CENTER FOR ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS, 2015), por pesquisadores independentes (BALAKRISHNAN; HEINTZ; ELSON, 2016; DOWELL-JONES, 2015; ELSON; BALAKRISHNAN; HEINTZ, 2013; NOHLE; GIACCA, 2018; NOLAN, 2014; O'CONNELL; NOLAN; HARVEY; DUTSCHKE; ROONEY, 2014; SAIZ, 2013; SKOGLY, 2012), por diversos Relatores Especiais da ONU (UNITED NATIONS, 1992, 2009b, 2010b, 2011, 2015b) e, em diferentes ocasiões, pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR) (UNITED NATIONS, 2009a, 2010a, 2015a, 2016a, 2016b, 2016d, 2016e).

2 O destino constitucional do Sistema Tributário Nacional

Como em qualquer ramo do Direito positivo, é na CRFB que se devem buscar os propósitos do STN. Partindo do texto constitucional – que circunscreve o espaço de concretização da Constituição (MÜLLER, 2005, p. 64) e, conseqüentemente, de toda a legislação tributária que a ela se sujeita –, identificamos no art. 30 os objetivos que orientam a República Federativa do Brasil.

O adjetivo *fundamentais*, que qualifica tais objetivos, não é desprovido de relevância hermenêutica. Trata-se de objetivos substanciais ou “preceitos definidores dos fins do Estado’ [...], ‘princípios directivos fundamentais’ [...], ou ‘normas programáticas, definidoras de fins ou tarefas’” (CANOTILHO, [2003], p. 1.167), que se posicionam no arcabouço normativo constitucional, orientando-o integralmente. Constituem, portanto, a medula diretiva do ordenamento jurídico e, como o STN é um apêndice desse ordenamento, cuja autonomia é mero expediente didático, configuram as bases também do Direito Tributário.

Desse modo, o sistema previsto no Título VI da CRFB está geneticamente vinculado a propósitos políticos positivamente estabelecidos, sendo instrumental⁴ para o alcance dos seguintes objetivos: (i) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) o desenvolvimento nacional; (iii) a erradicação da pobreza e da marginalização; (iv) a redução das desigualdades sociais; (v) a redução das desigualdades regionais; e (vi) a promoção do bem de todos, independentemente de quaisquer formas de discriminação⁵.

Para os familiarizados com uma leitura democrática do Direito Tributário⁶, não deve causar espanto a afirmação de que os objetivos do STN se identificam com os objetivos da República Federativa do Brasil. Nessa relação de identidade vislumbra-se o caráter político da tributação (BALEIRO, 2010, p. 1, 2013, p. 38, 2015, p. 231; COELHO, 2000, 2012, p. 32; CRAWFORD, 2014; MENÉNDEZ, c2001, p. 32; PHILIPPS, 2009), elemento indissociável da atividade financeira do Estado. Essa *politicidade*, que em última análise está radicada no caráter público do próprio Direito, pode ser contemplada também no contexto de uma economia política da crise, como a que atualmente se experimenta, nas alternativas (ou na suposta ausência de alternativas) apresentadas pelos que defendem a adoção irrefletida de políticas

⁴ Partimos da premissa de que o STN, como de resto o Direito, é um instrumento para consecução de determinados fins eleitos socialmente. Essa afirmação, que constitui um truismo, opõe-se à ideia de um sistema tributário neutro, que não poderia ser utilizado como dispositivo para a intervenção na ordem econômica, sob pena de desvirtuar-se em arbítrio.

⁵ Ainda no plano constitucional, é possível identificar os vetores axiológicos que orientam o STN. Tais valores resultam da concatenação do art. 1º com o art. 4º da CRFB. Para os fins deste trabalho, é de especial relevância a dignidade humana que, na ordem internacional, se reflete no princípio da *prevalência dos direitos humanos* (BRETING-GARCIA, 2017; GISELSSON, 2018; LUKÓW, 2018), o qual deve conduzir a República Federativa do Brasil em suas relações.

⁶ Para um aprofundamento, ver Menéndez (c2001).

fiscais regressivas⁷ para deslocar o ônus do “resgate” da economia para os ombros dos cidadãos mais vulneráveis⁸.

O que coloca os tributos nessa posição fulcral é o fato de serem a principal fonte de receitas dos Estados contemporâneos. À exceção dos Estados que subsistem por meio da exploração de recursos naturais ou de auxílios financeiros de instituições internacionais (SAIZ, 2013, p. 82), a quase totalidade dos países tem na tributação a principal origem dos recursos que abastecem seus erários. Os tributos configuram, pois, um instrumento indispensável para a manutenção e a estabilidade do próprio sistema jurídico-político desses Estados.

Assim, além de financiar as instituições que integram e possibilitam a existência do Estado e do mercado – questão sumarizada no adágio *no property without taxation* (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 59) –, o sistema tributário é o elemento que concretiza a concepção de justiça social que será executada pelo governo (MURPHY; NAGEL, 2005, p. 5). O problema da justiça do sistema tributário desloca-se, numa relação de continência, para o escopo mais amplo do problema da justiça de um sistema jurídico: justo é o sistema tributário que torna possível uma sociedade justa (GALLO, c2007, p. 102).

Integra ainda o quadro normativo constitucional brasileiro o “núcleo básico do direito internacional vinculativo das ordens jurídicas internas” (CANOTILHO, [2003], p. 233). Verifica-se, então, a mencionada relação de dependência mista entre os direitos humanos e o Direito Tributário (DH \leftarrow \rightarrow DT)⁹. Pode-se estudar essa relação partindo de qualquer de seus dois sentidos: seja pelo ângulo da interdependência fraca (DH \rightarrow DT), seja pelo da interdependência forte (DH \leftarrow DT). Avalia-se, no primeiro caso, a adequação interna das normas que compõem o STN relativamente aos direitos humanos; e, no segundo caso, a sua capacidade de mobilizar recursos para a realização desses direitos. Ambas as questões dizem respeito à concretização do aludido destino constitucional do STN, que não é outro senão a efetivação do Estado Democrático de Direito, cujo alcance não é possível sem a observância das obrigações de não discriminar¹⁰, de um lado, e da obrigação de mobilizar recursos, de outro.

⁷ Como adverte Lazzarato (2017, p. 34), as medidas de consolidação fiscal tomadas em contextos de crise são ditadas por escolhas políticas.

⁸ Para uma análise crítica de viés filosófico, ver Butler e Athanasiou (2013).

⁹ Nessas representações, o tamanho das setas corresponde à intensidade da relação de apoio. A seta maior para a esquerda indica que os direitos humanos estão mais intensamente apoiados no Direito Tributário, isto é, dependem mais intensamente do Direito Tributário para sua realização do que este depende dos direitos humanos.

¹⁰ Tomam-se as expressões *igualdade* e *não discriminação*, encontradas nos tratados de direitos humanos, como sinônimas.

3 O dever de não discriminar como núcleo da relação de suporte fraca

3.1 Revisão dos documentos normativos internacionais que positivam o dever de não discriminar

O direito de não ser discriminado está presente em todos os tratados de direitos humanos (UNITED NATIONS; INTERNATIONAL BUDGET PARTNERSHIP, 2017, p. 30). Por sua relevância, a proibição de discriminação está contida no art. 1(3) da Carta das Nações Unidas (BRASIL, [1995], grifo nosso), que afirma o propósito dessa organização de alcançar um estado de cooperação internacional para a solução dos “problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, *sem distinção de raça, sexo, língua ou religião*”. A asserção é reiterada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (NAÇÕES UNIDAS, 2013, p. 20) – “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos” –, a qual franqueia o acesso universal aos direitos ali proclamados, ao mesmo tempo em que veda discriminações de qualquer natureza em seu art. II.

Nos dois Pactos Internacionais¹¹ que visam a tornar cogentes os direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (RIEDEL; GIACCA; GOLAY, 2014, p. 6), a proibição de discriminar é reforçada em vários dispositivos. No Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966, o direito à igualdade está expresso no art. 2(1), que proíbe qualquer discriminação no exercício dos direitos ali previstos. O art. 3 institui a obrigação de se adotarem as medidas cabíveis para a realização da igualdade de gênero, de modo que homens e mulheres usufruam equanimemente dos direitos civis e políticos. Porém, na redação ainda mais abrangente do art. 26, a igualdade formal é propriamente enunciada:

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação (BRASIL, 1992b).

¹¹ O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16/12/1966. O Brasil aderiu a esse tratado em 12/12/1991; ver Decreto nº 592, de 6/7/1992. O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, por sua vez, foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 19/12/1966; ver Decreto nº 591, de 6/7/1992 (BRASIL, 1992a).

No Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ICESCR) (BRASIL, 1992a), de 1966, a igualdade figura, em sua forma mais genérica, no art. 2º(2), que obriga os Estados a “garantir que os direitos nele enunciados [se] exercerão [sem] discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”. Além de outros dispositivos que visam a assegurar concretamente a igualdade na fruição de direitos específicos, esta também se encontra no art. 3º, no qual os Estados “comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos econômicos, sociais e culturais” (BRASIL, 1992a).

Na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965 (BRASIL, 1969)¹², a igualdade apresenta-se na forma da proibição de discriminação contida no art. I(1), mas também sob a forma mais ativa da obrigação de eliminar a discriminação racial, promovendo a fruição dos direitos humanos sem qualquer “distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica”.

Na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 (BRASIL, 2002)¹³, o direito à igualdade é reiterado no art. 1º, *a contrario sensu*, mediante a positivação do conceito de discriminação de gênero:

toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

No sistema regional interamericano – ao qual o Brasil aderiu em 1992 – à universalidade expressa no art. 1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 (BRASIL, 1992c)¹⁴, soma-se a igualdade formal contida no art. 24: “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”. No Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de

¹² Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 21/12/1965, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial foi adotada pelo Brasil em 27/3/1968; ver Decreto nº 65.810, de 8/12/1969.

¹³ Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 18/12/1979, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher foi adotada pelo Brasil em 2/3/1984, com reservas aos arts. 15, parágrafo 4º, e 16, parágrafo 1º, alíneas (a), (c), (g) e (h). Tais reservas foram retiradas em 20/12/1994; ver Decreto nº 4.377, de 13/9/2002.

¹⁴ Ver Decreto nº 678, de 6/11/1992.

1988 (BRASIL, 1999)¹⁵, a obrigação de não discriminação está expressa no art. 3º:

Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição económica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, de 1994 (BRASIL, 1996)¹⁶, a violência de gênero é tematizada de forma ampla, abarcando, segundo o art. 6(a) e (b), “o direito da mulher a ser livre de todas as formas de discriminação [...] e o direito da mulher a ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento [...] e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação”.

A despeito da abrangência desses dispositivos, que não representam senão uma restrita seleção, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR) julgou oportuno esclarecer que o vocábulo *discriminação* deve ser interpretado da forma mais ampla possível (UNITED NATIONS, 1989), pois a igualdade é, na semântica dos direitos humanos, um princípio estrutural que informa todo o sistema¹⁷ – quer na sua dimensão universal, quer nas suas dimensões regionais (TRINDADE, 1999, p. 77). Ao mesmo tempo, na tipologia dos direitos humanos, representa um direito objetivo autônomo ao qual correspondem obrigações de respeitar, proteger e realizar para os Estados¹⁸.

Para garantir a não discriminação, os Estados que, como o Brasil, ratificaram tais tratados devem adotar as medidas (legislativas, administrativas ou de outra natureza) que julgarem cabíveis. Em qualquer caso, como obrigação caracterizada pela incondicionalidade (UNITED NATIONS; INTERNATIONAL BUDGET PARTNERSHIP, 2017, p. 30), o seu cumprimento deve ser imediato (UNITED NATIONS, 1987). Independentemente, portanto, de quaisquer fatores econômicos que possam dificultar a implementação dos direitos econômicos, sociais

¹⁵ Ver Decreto nº 3.321, de 30/12/1999.

¹⁶ Ver Decreto nº 1.973, de 1º/8/1996.

¹⁷ “Because of their basic and general character, the principle of non-discrimination as well as that of equality before the law and equal protection of the law are sometimes expressly referred to in articles relating to particular categories of human rights” (UNITED NATIONS, 1989, p. [1]).

¹⁸ Naturalmente, essas normas não comandam uma igualdade de tratamento cega em todos os casos, o que se converteria em desigualdade. Para uma análise do conteúdo normativo do princípio da igualdade, que impõe a discriminação positiva, em sua vertente tributária, ver Feital (2018, p. 51-128).

e culturais substantivos, a não discriminação deve ser imediatamente efetivada e garantida pelos Estados partes¹⁹.

Isso exige que se verifique se o Estado não criou ou contribuiu para a manutenção de desigualdades formais ou substanciais (UNITED NATIONS, 2009a). Dessa maneira, é imprescindível a análise cuidadosa do sistema tributário, o qual pode funcionar como poderoso instrumento para a redistribuição de recursos ou acentuar as desigualdades estruturais presentes nas sociedades. Recentemente, diferentes órgãos das Nações Unidas²⁰ têm convergido em seus posicionamentos para ressaltar a importância da *progressividade* na estruturação de um sistema tributário compatível com a obrigação de não discriminar (UNITED NATIONS, 2010a, 2012, 2015b, 2016b, 2016c, 2016d).

3.2 A regressividade do Sistema Tributário Nacional como discriminação substantiva

A classificação dos sistemas tributários em *progressivos* ou *regressivos* ocorre em função da equidade vertical (TRESCH, 2015, p. 182). *Grosso modo*, são regressivos os sistemas tributários que oneram mais o trabalho que o capital, isto é, os que se assentam em tributos indiretos, que priorizam o consumo como base de incidência (DERZI, 2014, p. 658). Por outro lado, um sistema tributário é progressivo quando a intensidade da tributação aumenta proporcionalmente à renda disponível, o que demanda, em relação a sua estruturação, uma incidência mais concentrada na renda e no capital e menos concentrada no consumo²¹.

A regressividade do STN é demonstrada pela própria Receita Federal (BRASIL, 2016), a qual, em estudo recente, apontou que aproximadamente 60% da receita tributária do País provém de tributos incidentes, direta ou indiretamente, sobre o consumo²². Para agravar esse cenário, as alíquotas reais do imposto sobre a renda diminuem à medida que a

¹⁹ “This interpretation finds support in the specific wording used in articles 2(2) and 3 of the Covenant and in their position within the Covenant. Article 2(2) uses the term ‘guarantee’ and article 3 uses the term ‘ensure’ which have been considered as imposing obligations of an immediate nature. Moreover, as Klerk argues, articles 2(2) and 3 are not subordinate to the principle of progressive realisation contained in article 2(1) as this principle is only applicable to the substantive rights contained in Part III” (CARMONA, c2003, p. 396).

²⁰ Neste trabalho, optamos por centrar a análise no sistema global de proteção aos direitos humanos.

²¹ “Nos países socialmente mais desenvolvidos, a tributação sobre o patrimônio e a renda corresponde a cerca de 2/3 da arrecadação dos tributos, conforme dados da OCDE. No Brasil, há uma baixa eficácia redistributiva da política tributária, que não tributa os rendimentos mais elevados não originários do trabalho – aluguéis, aplicações financeiras, lucros e dividendos – e o patrimônio” (SALVADOR, 2016, p. 8).

²² Além dos tributos sobre bens e serviços, também oneram o consumo os tributos incidentes sobre a folha de salários a encargo do empregador e as contribuições previdenciárias.

renda aumenta (MORGAN, 2018). Ou seja, quanto maior a capacidade econômica demonstrada, menor a intensidade da tributação, o que contribui para agravar os efeitos da concentração de renda no Brasil (GOBETTI; ORAIR, 2016, p. 28), a qual, em relação ao 1% mais rico, é a maior do mundo (WIID..., 2006-2010).

O STN não apenas incide mais gravosamente sobre os que dispõem de menor capacidade econômica, como também é indiferente à necessidade de correção das desigualdades estruturais verificadas na sociedade brasileira (LAVINAS, 2014, p. 25). Trata-se de um dispositivo discriminatório que contribui, no sentido inverso do desejado, para o aprofundamento da desigualdade de renda (SALVADOR, 2014, p. 10), com baixíssima capacidade redistributiva, mesmo em relação a outros países da América Latina (INTERNATIONAL MONETARY FUND, 2017). Estimativas apontam que as famílias situadas no primeiro décimo de renda sofrem os efeitos de uma carga tributária 2,28 vezes maior que a experimentada pelas famílias que estão no último décimo (ZOCKUN, 2017), o que associa a tributação no Brasil à manutenção de um contingente de pobreza que bloqueia qualquer possibilidade de realização da justiça distributiva (MAGALHÃES; SILVEIRA; TOMICH; VIANNA, 2001, p. 22) demandada pela CRFB.

E mais: durante as duas últimas décadas do século XX, foram implementadas diversas medidas de matiz neoclássico, que reduziram ainda mais a progressividade do STN em benefício das classes mais abastadas. Como ressaltam Gobetti e Orair (2016, p. 25), “a concentração é ainda mais impressionante quando alcançamos o meio milésimo mais rico: são cerca de 71 mil pessoas que se apropriam de 8,5% de toda a renda”.

Mais que uma eventual responsabilidade por omissão, verifica-se que o Estado brasileiro tem contribuído ativamente para agravar a desigualdade entre ricos e pobres (SALVADOR, 2016,

p. 9) por meio da adoção de políticas fiscais contraproducentes que contribuem para aumentar o número de famílias em situação de pobreza (LÓPEZ-CALVA; LUSTIG; MATYTSIN; POPOVA, 2017). Ao transferir dos mais ricos para os mais pobres o ônus de contribuir para as despesas estatais²³, o STN colabora para fazer da concentração de renda um fenômeno gargantuesco, com nítido viés discriminatório²⁴. Até mesmo numa perspectiva regional, verifica-se a desproporção do impacto da regressividade tributária e das medidas de consolidação fiscal recentemente adotadas, pois o indicador de perda de desenvolvimento decorrente da desigualdade no Brasil é superior à média da América Latina, a região mais desigual do mundo²⁵.

De fato, a regressividade tributária é exemplo patente de discriminação substantiva provocada pelo Estado, pois, ainda que as leis que compõem o STN tenham certo verniz de imparcialidade – afinal, não são previstas alíquotas ou tributos específicos para mulheres e homens; negros, indígenas e brancos; ou ricos e pobres –, o impacto da tributação é diferente em grupos sociais distintos, em detrimento de minorias que já sofrem os efeitos de uma persistente desigualdade estrutural. Conforme interpretação das Nações

²³ “[O] orçamento público no Brasil é financiado pelos pobres e apropriado pelos ricos” (INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS, 2011, p. 16).

²⁴ É estarrecedora a conclusão do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social da Presidência da República em 2011: “O sistema é injusto porque não se verificam as condições adequadas para o exercício da cidadania tributária. Como os tributos indiretos são menos visíveis que as incidências sobre a renda e a propriedade, é disseminada a crença na sociedade brasileira de que a população de baixa renda não paga impostos. Em decorrência, as políticas públicas orientadas para a redução das desigualdades e dos índices de pobreza são vistas como benesses tanto pelas camadas mais carentes da população quanto pela parcela da sociedade que se encontra em melhores condições, o que prejudica o entendimento sobre os mecanismos e instituições de participação democrática, dificultando os controles – fiscal e social – sobre o Estado” (BRASIL, 2009, p. 22).

²⁵ A média dos países latino-americanos é de 23,4%, ao passo que no Brasil a perda em desenvolvimento decorrente da desigualdade chega a 25,6% (UNDP, 2018).

Unidas (UNITED NATIONS, 2009a), constituem violações do direito à não discriminação os atos ou omissões que contribuam, de forma direta ou indireta, para criar ou perpetuar discriminações em razão de gênero, raça, deficiência, condição social ou outra²⁶.

Sob a perspectiva da relação de suporte fraca, podemos concluir que o fato de o STN penalizar os mais pobres constitui violação da obrigação de não discriminar assumida pelo Brasil ao ratificar os tratados já mencionados, sobretudo o relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais. A ausência de medidas voltadas para a concretização da igualdade no STN equivale à omissão diante da obrigação de concretizar medidas (de qualquer natureza) para não discriminar.

4 A obrigação de mobilizar recursos como núcleo da relação de suporte forte

4.1 O conteúdo normativo da obrigação de mobilizar recursos

A realização dos direitos, independentemente do caráter que se lhes atribua classificações doutrinárias (humanos ou fundamentais; civis, políticos, econômicos, sociais ou culturais; positivos ou negativos etc.), depende da existência de recursos públicos²⁷. Contudo, essa relação entre recursos estatais e a garantia dos direitos evidencia-se mais em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, motivo pelo qual

²⁶ Como estatuem os princípios de Limburg, “a falha de um Estado em cumprir com uma obrigação contida no Pacto é, sob o direito internacional, uma violação do Pacto” (UNITED NATIONS, 1987, tradução nossa).

²⁷ “Training law enforcement officials in the prevention of torture, combating gender stereotypes in society or guaranteeing defendants a fair trial all evolve the creation of state institutions and programmes which require a considerable investment of public funds” (SAIZ, 2013, p. 78).

a obrigação de destinar o máximo de recursos disponíveis à sua realização se encontra propriamente enunciada no art. 2º(1) do ICESCR²⁸:

Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas (BRASIL, 1992a, grifo nosso).

Em razão de seu conteúdo plurissignificativo e da redação atécnica do dispositivo em que está inserida (CRAVEN, 1995, p. 151), a expressão *to the maximum of its available resources* (“até o máximo de seus recursos disponíveis”) foi objeto de controvérsia entre os estudiosos (NOHLE; GIACCA, 2018). Por força dessa obrigação, considerando a discricionariedade (*margin of appreciation*²⁹) que lhes é inerente, os Estados

²⁸ A ausência de menção a esse princípio do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos deve-se, sobretudo, à ideologia em voga à época de sua elaboração, que via nos direitos civis e políticos direitos “negativos”, em relação aos quais subsistiam para os Estados apenas obrigações de não fazer, ao passo que os direitos econômicos, sociais e culturais seriam “positivos”, justamente por demandar do Estado obrigações de fazer. Como essa ideologia não encontra mais amparo na literatura majoritária, tampouco nos órgãos internacionais competentes, deve-se compreender o dever de utilização máxima como aplicável à realização de todos os direitos humanos.

²⁹ “As in the case of civil and political rights, States enjoy a margin of discretion in selecting the means for implementing their respective obligations. State practice and the application of legal norms to concrete cases and situations by international treaty monitoring bodies as well as by domestic courts have contributed to the development of universal minimum standards and the common understanding of the scope, nature and limitation of economic, social and cultural rights. The fact that the full realization of most economic, social and cultural rights can only be achieved progressively, which in fact also applies to most civil and political rights, does not alter the nature of the legal obligation of States, which requires that certain steps be taken immediately, and others as soon as possible. Therefore, the burden is on the State to demonstrate that it is making measurable progress

devem adotar as medidas legislativas e judiciais necessárias para garantir a maior fruição possível dos direitos econômicos, sociais e culturais, inclusive em tempos de crise econômica (UNITED NATIONS, 2016e).

Em manifestação sobre a natureza da obrigação contida no art. 2º(1) do ICESCR, o CESCR³⁰ teve a oportunidade de esclarecer que “com a frase ‘até o máximo de seus recursos disponíveis’ os redatores do Pacto visavam simultaneamente aos recursos existentes em um Estado e àqueles disponíveis na comunidade internacional, por meio da cooperação e assistência internacionais” (UNITED NATIONS, 1990, p. [4], tradução nossa). Se, por um lado, a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais está, em geral, sujeita à progressividade (nos termos do próprio ICESCR), por outro, há direitos cuja implementação se deve fazer imediatamente³¹. Além disso, deve ser compreendida como uma obrigação imediata

toward the full realization of the rights in question. The State cannot use the ‘progressive realization’ provisions in article 2 of the Covenant as a pretext for non-compliance. Nor can the State justify derogations or limitations of rights recognized in the Covenant because of different social, religious and cultural backgrounds” (INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 1997). É oportuno o alerta de Trindade (1999, p. 124) formulado há quase duas décadas: “A doutrina da chamada ‘margem de apreciação’ floresce, por analogia com desenvolvimentos no âmbito dos sistemas de direito interno, na aplicação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, como uma deferência à suposta ‘sabedoria’ dos órgãos do Estado no tocante à melhor maneira de dar efeito às decisões dos órgãos convencionais de proteção no plano do direito interno. Essa doutrina pressupõe a existência de Estados verdadeiramente democráticos, com um Poder Judiciário indubitavelmente autônomo”.

³⁰ Criado pela Resolução ECOSOC 17/1985, o órgão é composto por dezoito especialistas independentes incumbidos de monitorar a implementação dos direitos previstos na ICESCR.

³¹ “[T]here are a number of other provisions in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, including articles 3, 7 (a) (i), 8, 10 (3), 13 (2) (a), (3) and (4) and 15 (3) which would seem to be capable of immediate application by judicial and other organs in many national legal systems. Any suggestion that the provisions indicated are inherently non self executing would seem to be difficult to sustain” (UNITED NATIONS, 1990, p. [2]).

a própria obrigação de se adotarem medidas para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais³². Ela é gênero que integra o plexo normativo da obrigação mais específica de mobilizar recursos.

Também segundo o CESCR, a responsabilidade do Estado em razão de sua inércia não pode ser afastada mediante a invocação de fatores econômicos ou desastres naturais. A obrigação de adotar medidas – que é obrigação de colocar-se em movimento e, portanto, exige a iniciativa dos Estados de empregar ações concretas – não está sujeita a limitações.

Dados os requisitos do Estado Democrático de Direito e da sua relação com o núcleo e a história da institucionalização dos direitos humanos, o ICESCR concede prioridade às medidas legislativas (CARMONA, c2003, p. 339), sem dispensar os Estados da adoção de providências de outra natureza. Não obstante, a mera promulgação de textos legais, desacompanhada do esforço para a sua efetivação, não representa o adimplemento dessa obrigação. É preciso que os Estados demonstrem o seu comprometimento com a implementação efetiva das normas pro-

³² “[W]hile the Covenant provides for progressive realization and acknowledges the constraints due to the limits of available resources, it also imposes various obligations which are of immediate effect. Of these, two are of particular importance in understanding the precise nature of States parties obligations. One of these, which is dealt with in a separate general comment, and which is to be considered by the Committee at its sixth session, is the ‘undertaking to guarantee’ that relevant rights ‘will be exercised without discrimination...’ . [...] The other is the undertaking in article 2 (1) ‘to take steps’, which in itself, is not qualified or limited by other considerations. The full meaning of the phrase can also be gauged by noting some of the different language versions. In English the undertaking is ‘to take steps’, in French it is ‘to act’ (‘s’engage à agir’) and in Spanish it is ‘to adopt measures’ (‘a adoptar medidas’). Thus while the full realization of the relevant rights may be achieved progressively, steps towards that goal must be taken within a reasonably short time after the Covenant’s entry into force for the States concerned. Such steps should be deliberate, concrete and targeted as clearly as possible towards meeting the obligations recognized in the Covenant” (UNITED NATIONS, 1990, p. [1]).

mulgadas, por meio do monitoramento, da fiscalização e do emprego de outras ações eventualmente aplicáveis.

Finalmente, o núcleo normativo da obrigação de mobilizar recursos é composto ainda pela obrigação de buscar ou prover assistência internacional e cooperação. Dessa forma, a locução *máximo de seus recursos disponíveis* deve ser interpretada no sentido de compreender também os recursos que estão à disposição do Estado em fontes internacionais. Assim, a obrigação bifurca-se para abarcar os Estados em condições de prover auxílio e os Estados que necessitam de auxílio³³.

4.2 Obrigação de mobilizar recursos e o Sistema Tributário Nacional

A obrigação de mobilizar recursos é a chave para compreender a forte dependência entre o Direito Tributário e os direitos humanos, passo necessário para esboçar uma alternativa à compreensão tradicional da relação entre os direitos humanos e a tributação no Brasil e alhures³⁴. O princípio visa a compelir os Estados partes a otimizar a obtenção de receitas (UNITED NATIONS, 2011, p. 20), priorizando a alocação de recursos para a realização de direitos humanos (CARMONA, c2003, p. 332), e permite verificar a adequação da legislação e das políticas públicas adotadas em relação à sua capacidade de contribuir para o alcance desse objetivo. Quanto ao sistema tributário, a norma permite verificar se a sua estruturação é adequada à realização dos direitos humanos e, portanto, se o orçamento (no âmbito das receitas) reflete o pacto fiscal previsto na CRFB.

Um sistema tributário eficiente contribui para a criação do espaço fiscal³⁵ necessário às alocações orçamentárias relativas à realização dos direitos aqui comentados (ELSON; BALAKRISHNAN; HEINTZ, 2013, p. 17). Por isso, não são adequadas as abordagens clássicas que interpretam o dever de mobilizar recursos com base na presunção de que esses recursos foram definitivamente estabelecidos em políticas prévias, cabendo ao Estado apenas administrá-los eficientemente, recorrendo a fontes externas quando necessário. Tais perspectivas assumem que o montante de recursos à disposição dos Estados corresponde a

³³ Para uma análise das obrigações em relação ao sujeito que busca ou oferece auxílio, ver International Bar Association's Human Rights Institute (2017, p. 33-36).

³⁴ Outras obrigações relativas à mobilização de recursos financeiros são: a obrigação de melhoramento contínuo; a proibição do retrocesso; a concessão de prioridade aos direitos humanos na alocação de recursos; o dever de monitoramento dos programas e estratégias adotados; e o dever de garantir um núcleo mínimo de direitos humanos (INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION'S HUMAN RIGHTS INSTITUTE, 2017, p. 36).

³⁵ “[F]iscal space can be defined as the availability of budgetary room that allows a government to provide resources for a desired purpose without any prejudice to the sustainability of a government's financial position” (HELLER, 2005, p. 3).

uma quantia predeterminada e fixa, ignorando o papel e a dinâmica das políticas fiscais. Diversamente, o dever de mobilizar recursos deve ser compreendido como princípio fundamental a orientar todo o sistema das finanças públicas, especialmente no que diz respeito às definições políticas que impactam na arrecadação (SAIZ, 2013, p. 78).

Ainda que sua execução seja bastante complexa (ALLEN; MANION; MATTHEWS; RALSTON, 2016, p. 24), a análise das receitas orçamentárias é importante para determinar o cumprimento das obrigações relativas aos direitos humanos, pois faz o debate público – atualmente centrado em questões técnicas mistificadoras da realidade política do “problema” orçamentário e tomado por uma concepção equivocada de neutralidade³⁶ – voltar-se para os resultados esperados de um sistema tributário democrático (BALAKRISHNAN; HEINTZ; ELSON, 2016, p. 64). Isso é especialmente importante no que diz respeito à efetivação da justiça social (CENTER FOR ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS, 2015) requerida pela CRFB, que incorpora automaticamente ao bloco de constitucionalidade os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil (TRINDADE, 1993, p. 30; PIOVESAN, 2015, p. 163).

A remissão à democracia, normalmente ignorada nos debates econômicos, não é aqui expediente de mera retórica, mas decorre da sua inserção como valor diretivo no panorama dos direitos humanos. Afastando a associação rasteira entre democracia e direitos humanos que se vale de uma aplicação seletiva destes no intuito de angariar legitimidade política para governos que violam diuturnamente os direitos mais fundamentais dos cidadãos, identificamos no núcleo

³⁶ Sobre a ideologia da neutralidade na literatura tributária atual, ver Feital (2018, p. 26-34).

dos direitos humanos o *télos* de potencialização da autonomia dos sujeitos (GALLARDO, 2014, p. 85; MÜLLER, 2013, p. 170), que é o seu verdadeiro elo com a democracia.

Assim, uma análise do sistema tributário à luz do dever de mobilizar recursos deve buscar identificar os principais obstáculos à obtenção de receitas para a realização dos direitos humanos (UNITED NATIONS; INTERNATIONAL BUDGET PARTNERSHIP, 2017, p. 69). No cenário brasileiro, destaca-se como exemplo a isenção dos lucros e dividendos distribuídos a sócios e acionistas de pessoas jurídicas instituída pela Lei nº 9.249/1995³⁷. Trata-se da opção por uma redução de receitas que *prima facie* não se justifica ante a débil progressividade do imposto sobre a renda no País, a qual faz dele um tributo de arrecadação subótima, como já visto.

A alíquota média da tributação incidente sobre lucros e dividendos pagos ou creditados a pessoas físicas nos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) equivale a 24,1% (GOBETTI; ORAIR, 2016, p. 17). Estimativas indicam que a tributação dos dividendos à alíquota de 15%, que vigorava até o advento da Lei nº 9.249/1995, alcançaria um universo de 2,1 milhões de pessoas, resultando num incremento de 43 bilhões de reais nas receitas públicas (GOBETTI; ORAIR, 2016, p. 26). Por sua vez, conforme a tabela progressiva do Imposto de Renda de Pessoa Física, a tributação alcançaria 1,2 milhões de pessoas e resultaria na arrecadação de 59 bilhões de reais (GOBETTI; ORAIR, 2016, p. 26).

³⁷ “Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior” (BRASIL, [2019b]).

Em contraste, a perspectiva da relação de suporte forte indica que, ao ratificar o ICESCR, o Brasil *espontaneamente* limitou a sua prerrogativa de estruturar as finanças internas como bem entendesse. Um aspecto importante dessa limitação, aqui desenvolvido, é a obrigação de otimizar a arrecadação para maximizar seu espaço fiscal. Por isso, constitui violação dessa obrigação a adoção de medidas legislativas que, implicando a diminuição das receitas, resultem na ausência ou escassez de recursos destinados à realização dos direitos humanos, sobretudo no contexto de economias em desenvolvimento, que tendem a ter bases tributárias mais estreitas e um enorme contingente de pessoas em situação de precariedade.

5 Conclusão

A despeito do silêncio da literatura nacional, tanto no campo disciplinar do Direito Internacional quanto no do Direito Tributário, pode-se afirmar que entre os direitos humanos e o Direito Tributário se estabelece uma relação de dependência mista. A assimetria dos vetores nessa relação abre dois flancos de investigação para futuras agendas de pesquisa. O primeiro, que denominamos *relação de suporte fraco*, permite avaliar a progressividade do STN à luz da obrigação de não discriminação, que é transversal ao sistema de proteção global dos direitos humanos. O segundo, denominado *relação de suporte forte*, possibilita avaliar a capacidade do STN de arrecadar receitas para a realização dos direitos humanos. Perpassando essas duas relações, neste trabalho concluímos que (i) a ausência de medidas voltadas para a concretização da igualdade no STN é omissão diante da obrigação de não discriminar, ao mesmo tempo em que (ii) isenções como as destinadas aos lucros e dividendos criadas pela Lei nº 9.249/1995 indicam a incapacidade do Estado brasileiro de cumprir a obrigação de mobilizar recursos para a realização dos direitos humanos.

Sobre o autor

Thiago Álvares Feital é mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; doutorando em Direito na UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil; especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor de Direito Tributário dos cursos de graduação das Faculdades Milton Campos, Belo Horizonte, MG, Brasil; advogado.
E-mail: thiago.feitalv@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

FEITAL, Thiago Álvares. A dependência entre os direitos humanos e o Direito Tributário. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 224, p. 37-58, out./dez. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p37

(APA)

Feital, T. A. (2019). A dependência entre os direitos humanos e o Direito Tributário. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(224), 37-58. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p37

Referências

ALLEN, Ian; MANION, Megan; MATTHEWS, Thandiwe; RALSTON, Robert. Budget analysis for economic and social rights. *Human Rights Watch Advisory*, Minneapolis, MN, 2016. Disponível em: <https://jamesron.com/wp-content/uploads/2015/05/Human-Rights-Watch-Advisory-Project-Budget-Analysis-for-Economic-and-Social-Rights-May-2016.pdf>. Acesso em: 11 out. 2019.

BALAKRISHNAN, Radhika; HEINTZ, James; ELSON, Diane. *Rethinking economic policy for social justice: the radical potential of human rights*. Abingdon: Routledge, 2016.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualização de Misabel Abreu Machado Derzi. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Atualização de Misabel Abreu Machado Derzi. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Uma introdução à ciência das finanças*. 19. ed. rev. e atual. por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 8 out. 2019.

_____. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 9 out. 2019.

_____. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 9 out. 2019.

_____. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 9 out. 2019.

_____. *Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996*. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm. Acesso em: 9 out. 2019.

_____. *Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais

e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm. Acesso em: 9 out. 2019.

_____. *Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002*. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 9 out. 2019.

_____. *Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1995]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em: 9 out. 2019.

_____. *Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969*. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: 9 out. 2019.

_____. *Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995*. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm. Acesso em: 9 out. 2019.

_____. Ministério da Fazenda. *Carga tributária no Brasil 2015: análise por tributos e bases de incidência*. Brasília, DF: Receita Federal, 2016. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2015.pdf>. Acesso em: 9 out. 2019.

_____. Presidência da República. *Indicadores de equidade do Sistema Tributário Nacional: relatório de observação nº 1*. Brasília, DF: Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, 2009. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/0906_Indicadores_de_Equidade_Sistema_TN_Relatorio_Observacao_01.pdf. Acesso em: 9 out. 2019.

BRETING-GARCIA, Victoria M. Human dignity and legal protections. *Human Rights Review*, [s. l.], v. 18, n. 3, p. 355-359, Sept. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1007/s12142-017-0469-z>.

BUTLER, Judith; ATHANASIOU, Athena. *Dispossession: the performative in the political*. Malden, MA: Polity, 2013.

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

CARMONA, Magdalena Sepúlveda. *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights*. New York: Intersentia, c2003. (School of Human Rights Research Series, v. 18).

CENTER FOR ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS. *Lima Declaration on Tax Justice and Human Rights*. Lima: [s. n.], 2015. Disponível em: <https://www.globaltaxjustice.org/sites/default/files/Lima%20Declaration.pdf>. Acesso em: 11 out. 2019.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. Introdução à teoria geral do direito tributário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, [Belo Horizonte], n. 38, p. 283-334, 2000. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1173/1106>. Acesso em: 11 out. 2019.

COUNCIL OF EUROPE. European Court of Human Rights (5th Section). *Affaire Association les Témoins de Jehovah c. France*: requête nº 8916/05. 5 juillet 2012. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-112025"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 14 out. 2019.

_____. European Court of Human Rights. *Case of A. P., M. P. and T. P. v. Switzerland*. 29 August 1997. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/>

eng#{"fulltext":["19958/92\"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-58178"]}. Acesso em: 14 out. 2019.

_____. European Court of Human Rights. *Case of Bendenoun v. France*: application No. 12547/86. 24 February 1994. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-72757&filename=001-72757.pdf&TID=ihgdqbxnfi>. Acesso em: 7 out. 2019.

_____. European Court of Human Rights (1st Section). *Case of Eko-Elda Avee v. Greece*: application No. 10162/02. 9 March 2006. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-72757&filename=001-72757.pdf&TID=ihgdqbxnfi>. Acesso em: 11 out. 2019.

_____. European Court of Human Rights. *Case of Gasus Dosier-und Fördertechnik GmbH v. The Netherlands*: application No. 15375/89. 23 February 1995. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-57918&filename=001-57918.pdf>. Acesso em: 7 out. 2019.

_____. European Court of Human Rights (2nd Section). *Case of J. B. v. Switzerland*: application No. 31827/96. 3 May 2001. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-59449&filename=001-59449.pdf>. Acesso em: 11 out. 2019.

CRAVEN, Matthew C. R. *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: a perspective on its development*. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1995. (Oxford Monographs in International Law).

CRAWFORD, Patrick. Occupy Wall Street, distributive justice, and tax scholarship: an ideology critique of the consumption tax debate. *University of New Hampshire Law Review*, [Concord, NH], v. 12, n. 2, p. 136-174, Jan. 2014. Disponível em: https://scholars.unh.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1212&context=unh_lr. Acesso em: 11 out. 2019.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. O princípio da não-afetação da receita de impostos e a justiça distributiva. In: HORVATH, Estevão; CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (org.). *Direito financeiro, econômico e tributário: estudos em homenagem a Regis Fernandes de Oliveira*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 637-660.

DOWELL-JONES, Mary. The economics of the austerity crisis: unpicking some human rights arguments. *Human Rights Law Review*, Oxford, UK, v. 15, n. 2, p. 193-223, May 2015. DOI: <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngv005>. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/hrlr15&id=202&men_tab=srchresults. Acesso em: 11 out. 2019.

ELSON, Diane; BALAKRISHNAN, Radhika; HEINTZ, James. Public finance, maximum available resources and human rights. In: NOLAN, Aoife; O'CONNEL, Rory; HARVEY, Collin (ed.). *Human rights and public finance: budgets and the promotion of economic and social rights*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2013.

FEITAL, Thiago Álvares. *Subjetividade e direito tributário: teorias da equidade na tributação e o sujeito do direito tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GALLARDO, Helio. *Teoria crítica: matriz e possibilidade de direitos humanos*. Tradução Patricia Fernandes. São Paulo: Ed. Unesp, 2014.

GALLO, Franco. *Le ragioni del fisco: etica e giustizia nella tassazione*. Bologna: Il Mulino, c2007. (Saggi, v. 678).

GISELSSON, Kristi. Rethinking dignity. *Human Rights Review*, [s. l.], v. 19, n. 3, p. 331-348, Sept. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1007/s12142-018-0501-y>.

GOBETTI, Sérgio Wulff; ORAIR, Rodrigo Octávio. *Progressividade tributária: a agenda negligenciada*. Brasília, DF: Ipea, 2016. (Texto para Discussão, v. 2.190). Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6633/1/td_2190.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

GODOI, Marciano Seabra de. Finanças públicas brasileiras: diagnóstico e combate dos principais entraves à igualdade social e ao desenvolvimento econômico. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 5, p. 1-41, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/25565/19718>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Tributo e solidariedade social. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 141-167.

HELLER, Peter S. Understanding fiscal space. *International Monetary Fund Policy Discussion Paper*, [s. l.], p. 1-18, Mar. 2005. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/pdp/2005/pdp04.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

HILL, Dilys M. Rights and their realisation. In: BEDDARD, Ralph; HILL, Dilys M. (ed.). *Economic, social, and cultural rights: progress and achiev[e]ment*. New York: St. Martin's Press, 1992. p. 1-21.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999.

INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. *Orçamento e direitos: construindo um método de análise do orçamento à luz dos direitos humanos*. Brasília, DF: Inesc, 2011.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION'S HUMAN RIGHTS INSTITUTE. *The obligation to mobilise resources: bridging human rights, sustainable development goals, and economic and fiscal policies*. [S. l.]: International Bar Association's Human Rights Institute, 2017. Disponível em: https://www.ibanet.org/Human_Rights_Institute/HRI_Publications/Obligation-to-Mobilise-Resources.aspx. Acesso em: 10 out. 2019.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. *Maastricht guidelines on violations of economic, social and cultural rights*. [S. l.]: ICJ, 1997. Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/48abd5730.html>. Acesso em: 11 out. 2019.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Fiscal monitor, October 2017: tackling inequality*. Washington, DC: IMF, 2017. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2017/10/05/fiscal-monitor-october-2017>. Acesso em: 18 out. 2019.

KOFLER, Georg; MADURO, Miguel Póiares; PISTONE, Pasquale (ed.). *Human rights and taxation in Europe and the world*. Amsterdam: IBFD, [2011].

LAVINAS, Lena. *A long way from tax justice: the Brazilian case*. Geneva: Global Labour University, 2014. Disponível em: https://www.global-labour-university.org/fileadmin/GLU_Working_Papers/GLU_WP_No.22.pdf. Acesso em: 11 out. 2019.

LAZZARATO, Maurizio. *O governo do homem endividado*. São Paulo: N-1, 2017.

LÓPEZ-CALVA, Luis Felipe; LUSTIG, Nora; MATYTSIN, Mikhail; POPOVA, Daria. Who benefits from fiscal redistribution in the Russian Federation? In: INCHAUSTE, Gabriela; LUSTIG, Nora (ed.). *The distributional impact of taxes and transfers: evidence from eight low-and middle-income countries*. Washington, DC: World Bank Group, 2017. p. 199-231. Disponível em: http://commitmenttoequity.org/wp-content/uploads/2018/04/The-Distributional-Impact-of-Taxes-and-Transfers_Inchauste-Lustig.pdf. Acesso em: 11 out. 2019.

ŁUKÓW, Paweł. A difficult legacy: human dignity as the founding value of human rights. *Human Rights Review*, [s. l.], v. 19, n. 3, p. 313-329, Sept. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1007/s12142-018-0500-z>. Disponível em: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs12142-018-0500-z.pdf>. Acesso em: 11 out. 2019.

MAGALHÃES, Luís Carlos Garcia de; SILVEIRA, Fernando Gaiger; TOMICH, Frederico Andrade; VIANNA, Salvador Werneck. *Tributação, distribuição de renda e pobreza: uma análise dos impactos da carga tributária sobre alimentação nas grandes regiões urbanas brasileiras*. Brasília, DF: Ipea, 2001. (Texto para Discussão, n. 804). Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0804.pdf. Acesso em: 11 out. 2019.

MENÉNDEZ, Agustín José. *Justifying taxes: some elements for a general theory of democratic tax law*. Dordrecht: Kluwer Academic, c2001. (Law and Philosophy Library, v. 51).

MORGAN, Marc. Income inequality, growth and elite taxation in Brazil: new evidence combining survey and fiscal data, 2011-2015. *International Policy Centre for Inclusive Growth*, Brasília, DF, n. 165, p. 1-34, Feb. 2018. Disponível em: https://ipcig.org/pub/eng/WP165_Income_inequality_growth_and_elite_taxation_in_Brasil.pdf. Acesso em: 11 out. 2019.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. Tradução: Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais: especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. In: _____. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. Tradução de Dimitri Dimoulis *et al.* 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade: os impostos e a justiça*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: BRASIL. Senado Federal. *Direitos humanos: atos internacionais e normas correlatas*. 4. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. p. 20-23. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf?sequence=1>. Acesso em: 9 out. 2019.

NICKEL, James W. Rethinking indivisibility: towards a theory of supporting relations between human rights. *Human Rights Quarterly*, Baltimore, v. 30, n. 4, p. 984-1.001, Nov. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1353/hrq.0.0046>.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensaio de fundamentación*. 2. ed. ampl. y rev. Buenos Aires: Astrea, 1989. (Filosofía y Derecho, v. 15).

NOHLE, Ellen; GIACCA, Gilles. Economic and social rights in times of disaster: obligations of immediate effect and progressive realization. In: ZORZI GIUSTINIANI, Flavia; SOMMARIO, Emanuele; CASOLARI, Federico; BARTOLINI, Giulio (ed.). *Routledge handbook of human rights and disasters*. New York: Routledge, 2018. (Routledge Studies in Humanitarian Action).

NOLAN, Aoife. Budget analysis and economic and social rights. In: RIEDEL, Eibe H.; GIACCA, Gilles; GOLAY, Christophe (ed.). *Economic, social, and cultural rights in international law: contemporary issues and challenges*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2014. p. 369-390.

NOZICK, Robert. *Anarchy, state, and utopia*. With a new foreword by Thomas Nagel. New York: Basic Books, 2013.

O'CONNELL, Rory; NOLAN, Aoife; HARVEY, Colin; DUTSCHKE, Mira; ROONEY, Eoin. *Applying an international human rights framework to state budget allocations: rights and resources*. New York: Routledge, 2014. (Routledge Research in Human Rights Law).

PHILIPPS, Lisa. Discursive deficits: a feminist perspective on the power of technical knowledge in fiscal law and policy. In: INFANTI, Anthony C.; CRAWFORD, Bridget J. (ed.). *Critical tax theory: an introduction*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2009. p. 46-52.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIEDEL, Eibe; GIACCA, Gilles; GOLAY, Christophe. Introduction. In: _____. (ed.). *Economic, social, and cultural rights in international law: contemporary issues and challenges*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2014. p. 3-52.

ROTHBARD, Murray N. *Man, economy, and state with Power and market: government and economy*. 2nd ed. Auburn: Ludwig von Mises Institute, c2004.

SAIZ, Ignacio. Resourcing rights: combating tax injustice from a human rights perspective. In: NOLAN, Aoife; O'CONNELL, Rory; HARVEY, Colin (org.). *Human rights and public finance: budgets and the promotion of economic and social rights*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2013.

SALVADOR, Evilasio. *As implicações do Sistema Tributário Brasileiro nas desigualdades de renda*. Brasília, DF: Inesc, 2014. Disponível em: https://www.inesc.org.br/wp-content/uploads/2019/04/Sistema_tributario_e_desigualdades_evilasio.pdf. Acesso em: 14 out. 2019.

_____. *Perfil da desigualdade e da injustiça tributária: com base nos declarantes do Imposto de Renda no Brasil 2007-2013*. Brasília, DF: Inesc, 2016. Disponível em: <http://www.ceapetce.org.br/uploads/documentos/587e0c439bbf33.59808206.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019.

SKOGLY, Sigrun. The requirement of using the “maximum of available resources” for human rights realisation: a question of quality as well as quantity? *Human Rights Law Review*, Oxford, UK, v. 12, n. 3, p. 393-420, Sept. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngs022>. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hrlr12&div=27&collection=journals>. Acesso em: 14 out. 2019.

TRESCH, Richard W. *Public finance: a normative theory*. 3rd ed. London: Elsevier, 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, DF, v. 46, n. 182, p. 27-54, jul./dez. 1993.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999. v. 2.

UNDP. *Human development indices and indicators: 2018 statistical update*. [S. l.]: UNDP, 2018. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/all/themes/hdr_theme/country-notes/BRA.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

UNITED NATIONS. Commission on Human Rights. *Note verbale dated 5 December 1986 from the Permanent Mission of the Netherlands to the United Nations Office at Geneva addressed to the Centre for Human Rights (“Limburg Principles”)*. [S. l.]: United Nations, 1987. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/48abd5790.html>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Commission on Human Rights. *Report of the special rapporteur on the realisation of economic, social and cultural rights, Danilo Türk*. Geneva: United Nations, 1992.

_____. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *Concluding observations on the fifth periodic report of Costa Rica*. [S. l.]: United Nations, 2016a. Disponível em: <https://undocs.org/E/C.12/CRI/CO/5>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *Concluding observations on the fourth periodic report of Paraguay*. [S. l.]: United Nations, 2015a. Disponível em: <https://undocs.org/E/C.12/PRY/CO/4>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *Concluding observations on the initial report of Namibia*. [S. l.]: United Nations, 2016b. Disponível em: <https://undocs.org/E/C.12/NAM/CO/1>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *Concluding observations on the second periodic report of Honduras*. [S. l.]: United Nations, 2016c. Disponível em: <https://undocs.org/en/E/C.12/HND/CO/2>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *Concluding observations on the sixth periodic report of Canada*. [S. l.]: United Nations, 2016d. Disponível em: <https://undocs.org/E/C.12/CAN/CO/6>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *Concluding observations on the sixth periodic report of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*. [S. l.]: United Nations, 2016e. Disponível em: <https://undocs.org/E/C.12/GBR/CO/6>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *General Comment No. 20: non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*. Geneva: United Nations, 2009a. Disponível em: <https://undocs.org/E/C.12/GC/20>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Committee on the Rights of the Child. *Consideration of reports submitted by States Parties under article 44 of the Convention*. [S. l.]: United Nations, 2010a. Disponível em: <https://undocs.org/CRC/C/GTM/CO/3-4>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. General Assembly. *Interim report of the special rapporteur on the right to education*. [S. l.]: United Nations, 2011. Disponível em: <https://undocs.org/A/66/269>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. General Assembly. *Report of the special rapporteur on extreme poverty and human rights, Philip Alston*. [S. l.]: United Nations, 2015b. Disponível em: <https://undocs.org/A/HRC/29/31>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. General Assembly. *Report of the special rapporteur on the right to food, Olivier de Schutter*. [S. l.]: United Nations, 2010b. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/HRC/13/33/Add.4>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. General Assembly. *Report of the special rapporteur on the right to food, Olivier de Schutter*. [S. l.]: United Nations, 2009b. Disponível em: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/01/Report-of-the-SR-on-the-right-to-food-Mission-to-Brazil-2009.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. General Assembly. *The role of the United Nations in promoting a new global human order and an assessment of the implications of inequality for development*. [S. l.]: United Nations, 2012. Disponível em: <https://undocs.org/A/67/394>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Office of the High Commissioner for Human Rights. *CCPR general comment No. 18: non-discrimination*: adopted at the Thirty-seventh Session of the Human Rights Committee, on 10 November 1989. [S. l.: United Nations], 1989. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/453883fa8.html>. Acesso em: 18 out. 2019.

_____. Office of the High Commissioner for Human Rights. *CESCR general comment No. 3: the nature of States Parties' obligations (art. 2, para. 1, of the Covenant)*. [S. l.: United Nations], 1990. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/4538838e10.html>. Acesso em: 10 out. 2019.

UNITED NATIONS; INTERNATIONAL BUDGET PARTNERSHIP. *Realizing human rights through government budgets*. New York: United Nations, 2017. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/RealizingHRThroughGovernmentBudgets.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

WIID – World Income Inequality Database. *Unu-Wider*, Helsinki, 2006-2010. Disponível em: <https://www.wider.unu.edu/project/wiid-world-income-inequality-database>. Acesso em: 10 out. 2019.

ZOCKUN, Maria Helena. Equidade na tributação. In: AFONSO, José Roberto R.; LUKIC, Melina de Souza Rocha; ORAIR, Rodrigo Octávio; SILVEIRA, Fernando Gaiger (org.). *Tributação e desigualdade*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 17-42.

Preços de transferência em operações de alto risco

A Ação 10 do Projeto Beps

LEANDRO TRIPODI

Resumo: A Ação 10 do projeto Base Erosion and Profit Shifting (Beps) (OCDE/G20) objetiva aprimorar os métodos de preços de transferência aplicáveis a operações intragrupo consideradas de alto risco. Se, por um lado, tratou de operações envolvendo serviços com baixa agregação de valor e *commodities*, essa Ação também levou à reforma das Diretrizes da OCDE sobre Preços de Transferência no que diz respeito ao método transacional do rateio de lucros. Por não ter adotado, até o momento, nenhum método de lucro transacional em sua legislação, pode-se dizer que o Brasil se encontra, além de isolado (inclusive no contexto do Mercosul), desprovido de ferramentas importantes no tratamento de operações complexas, praticadas por grupos multinacionais, capazes de erodir a base tributável do imposto de renda pessoa jurídica e deslocar lucros para o exterior, o que pode acarretar perda de receitas tributárias e de divisas para o País.

Palavras-chave: Tributação internacional. OCDE. Método do rateio de lucros. Imposto de renda. Empresas multinacionais.

Transfer pricing rules in high risk transactions: Beps Project Action 10

Abstract: Action 10 of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD/G20) Beps Project aims at the improvement of transfer pricing methods applicable to high risk intra-group transactions. Whereas it has focussed on low value-adding services and commodities transactions between associated enterprises, Action 10 also gave rise to a revamping of the OECD Transfer Pricing Guidelines where the transactional profit split method is concerned. Considering that Brazil has in its domestic legislation adopted no transactional profit transfer pricing methods, it is not amiss to state that, besides being isolated (even in the context of the Mercosul), the country cannot avail itself of important tools

Recebido em 17/6/19
Aprovado em 18/9/19

for the treatment of complex transactions, performed by multinational groups, which are capable of eroding Brazil's corporate tax base and shifting profits to foreign jurisdictions, which may result in loss of tax revenue while also negatively affecting the country's balance of payments.

Keywords: International taxation. OECD. Profit split method. Corporate tax. Multinational enterprises.

Introdução

O projeto Base Erosion and Profit Shifting (em tradução livre, Erosão da Base Tributável e Deslocação de Lucros), doravante Projeto Beps, simplesmente Beps ou Projeto, liderado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), foi criado em 2013 pelo Comitê de Assuntos Fiscais dessa mesma Organização com o fito de promover a cooperação internacional em matéria tributária para lidar com práticas, não necessariamente ilícitas, de empresas multinacionais (EMNs) capazes de causar perdas e/ou ineficiências alocativas arrecadatórias aos países nos quais desenvolvem atividades¹.

Devido à complexidade de seu objeto, o Projeto Beps foi dividido em quinze Ações, que integram o chamado Pacote Beps e podem ser agrupadas de duas maneiras: a) em três pilares, cada um dos quais reflete a preocupação central que embasa a ação – Coerência, Substância e Transparência²; ou b) em quatro categorias, segundo as quais as ações são classificadas de acordo com uma noção de prioridade na sua implementação – Critérios Mínimos; Critérios Internacionais Reforçados; Abordagens Comuns e Melhores Práticas; e Reportamento Analítico e Mensuração do Beps. É importante notar que a sigla Beps é comumente empregada para designar o Projeto Beps, mas pode ser também utilizada para denotar as próprias estratégias de planejamento tributário insubstancial empregadas por grupos de EMNs a fim de erodir a base tributável

¹ Embora tenha representado um divisor de águas para a cooperação internacional em matéria tributária, é certo que o Beps ainda não se firmou como o arauto da era multilateral da tributação internacional. Como fatores que podem vir a refrear tal efeito, são apontadas, entre outros, uma certa involução – ou recalque – recente da cooperação multilateral em matéria comercial; a continuada prevalência do bilateralismo no campo do investimento; a dubiedade quanto ao foro internacional mais apropriado para albergar o tema da tributação e a dúvida quanto ao efetivo comprometimento das grandes potências para com a implementação do Projeto (KIM, 2015).

² Duas das ações, as Ações 1 (Economia Digital) e 15 (Instrumento Multilateral), são, porém, transversais em relação aos pilares mencionados.

em países com nível maior de tributação e deslocar lucros para países com nível menor de tributação.

O Grupo dos Vinte (G20), que inclui o Brasil e do qual a OCDE é parceira atuante e aconselhadora estratégica, também participa do Projeto, que se encontra atualmente na fase de implementação e conta com o envolvimento de 125 países, todos compreendidos no que se convencionou chamar de Marco Inclusivo (*Inclusive Framework*) do Beps. O Marco Inclusivo foi concebido, ao menos nominalmente, para envolver no Beps os países em desenvolvimento que não fazem parte do G20, visto que um esforço de cooperação internacional visando a evitar a deslocação de lucros para países com níveis menores de tributação seria praticamente inerte se não fosse nele incluído o maior número possível de países, em especial aqueles mais afeitos às chamadas práticas tributárias nocivas. Por outro lado, devido às suas vulnerabilidades, países em desenvolvimento – especialmente os menos desenvolvidos – são vítimas fáceis da competição tributária predatória (ou guerra fiscal) internacional, o que também justifica o seu envolvimento. Diversas organizações internacionais gozam do *status* de interlocutoras privilegiadas da OCDE e do G20 no âmbito do Beps, tais como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Comissão Europeia (CE) e o Fundo Monetário Internacional (FMI).

A Ação 10 do Beps vincula-se ao pilar de Substância do Projeto. As Ações vinculadas a esse pilar voltam-se especialmente ao combate do abuso de forma³ por parte de EMNs, com o fito de desvirtuar a aplicação de acordos bilaterais para evitar a dupla tributação (doravante, ADTs) – por meio da prática do chamado *treaty shopping*, às vezes contando com a intermediação de uma sociedade veículo ou de passagem (*conduit arrangements*) – ou de ludibriar as administrações tributárias nacionais, induzindo-as ao erro – por exemplo, malogrando a caracterização de estabelecimento permanente num determinado país ou realizando operações⁴ intragrupais sem qualquer significação econômica, apenas a fim de deslocar lucros para países com menor tributação, subtributação, tributação favorecida ou até mesmo zero (ainda que o país de destino apenas ofereça um regime fiscal privilegiado, prática conhecida como *ring fencing*).

Para que uma operação demonstre ter substância na perspectiva do Beps, é necessário que faça sentido do ponto de vista da lógica empresarial e da racionalidade econômica, pois do contrário entende-se presente o

³Segundo a definição de Ribeiro (2015, p. 108), cristalina, além de muito conveniente para o seguimento deste estudo, no plano tributário, “a teoria do abuso de direito passa a incidir a partir do momento em que o contribuinte lança mão de um negócio jurídico, formalmente lícito, não visando, porém, adequar-se aos efeitos deste, mas apenas, ou fundamentalmente, à economia do imposto”.

⁴Neste trabalho, preferimos o termo *operações* como tradução de *transactions*, haja vista que *transação*, no direito brasileiro, tem o mesmo sentido que *settlement*, em inglês.

potencial de erosão da base e deslocação de lucros, ainda que tecnicamente não haja simulação jurídica tendente à elisão ou, de acordo com diferentes autores, evasão, elusão ou elisão abusiva fiscal. Além disso, requer-se que a alocação de riscos e retornos entre as EMNs participantes da operação, bem como sua capacidade financeira e sua conduta (ou performance funcional, como prefere a literatura oficial do Beps), considerada a função que cada uma desempenha no âmbito do grupo, correspondam às evidências produzidas quando da instauração de eventual procedimento fiscal. Isto é, exige-se que não haja descompasso entre papel e realidade, pois do contrário a realização de desconsiderações, requalificações e ajustes por parte das administrações tributárias envolvidas tende a se tornar inevitável.

Por outro lado, a Ação 10 está inserida na categoria de Critérios Internacionais Reforçados (*Reinforced International Standards*) do Beps, junto com as Ações 8 e 9 do Projeto, as quais também se referem aos preços de transferência. As Ações 8, 9 e 10 do Beps têm por denominador comum a preocupação – que também é uma preocupação do Projeto como um todo e, pode-se dizer, fundamento da própria doutrina dos preços de transferência – de atrelar o lucro (ou prejuízo) ao âmbito territorial onde se tem por agregado o valor, para que aí, e não em outro lugar, venha a ocorrer a sua tributação. Por isso, neste estudo, um mínimo de sobreposição da Ação 10 com as demais Ações do mesmo espectro será inevitável, uma vez que, além de contíguas, são intimamente correlacionadas.

1 Critério da aderência do valor econômico ao território do país onde é agregado como fundamento da tributação internacional dos lucros

Desde a década de 1920 sedimentou-se a prevalência, no plano internacional, da ideia de territorialidade da tributação⁵, a qual tem por paradigma alinhar a localização jurídica do lucro, para fins tributários, com a localização geográfica da agregação de valor, isto é, com a locação física da atividade reditícia. O critério em comento exige que os estabelecimentos de um mesmo grupo sejam tratados como entidades separadas (segregadas, distintas, autônomas ou independentes, segundo o dizer de diferentes autores) para fins tributários, exigência que se encontra refletida no art. 7(2) do Modelo de Convenção Tributária sobre o Rendimento e o Capital da OCDE, independentemente da natureza jurídica de cada estabelecimento, o que resulta na incidência de ficções jurídicas em alguns casos.

⁵ Ver o texto do Esboço de Modelo de Tratado da Liga das Nações, de 1928, cujo art. 5 combinava a abordagem territorial com uma espécie de *formulary apportionment*.

Porém, a ideia de que o Estado que exerce soberania sobre o território no qual o valor é agregado – isto é, o Estado fonte ou exportador de lucros – deve ser aquele que tributa o lucro da atividade realizada em seu território não é universalmente aceita. A ela opõe-se a ideia da tributação unitária ou em bases mundiais ou universais (TBU), também conhecida como *worldwide taxation*, que tem caráter marcadamente pessoal e extraterritorial e prestigia o exercício da jurisdição do Estado de residência, isto é, o Estado destinatário ou receptor dos lucros, no tocante à atuação transfronteiriça de seus nacionais⁶. Dizemos Estado de residência por ser esse o conceito aplicável no ramo tributário, pois em outros ramos do Direito o que dá fundamento ao poder extraterritorial do Estado é a nacionalidade como relação basilar de sujeição a um ordenamento jurídico, e não a residência, conforme o antigo adágio de que a lei persegue o nacional. Todavia, é certo que o alcance material do ordenamento jurídico tributário se baseia no conceito de fixação espacial da atividade ou do contribuinte ao âmbito de validade da lei, sendo-lhe a nacionalidade do pagador de impostos deveras indiferente⁷.

Na perspectiva da tributação unitária, o exercício do poder de tributar pelo Estado fonte é costumeiramente correspondido, mesmo na ausência de ADT, pelo Estado de residência com a imputação de um crédito ao contribuinte, em montante equivalente ao do imposto pago no Estado fonte, a fim de evitar a dupla tributa-

⁶Tôrres (2001, p. 89) anota que a TBU não é propriamente antagonista em relação à tributação territorial, porque “pressupõe” esta última, o que está correto e, por essa razão, esse doutrinador entende que melhor seria referir-se à TBU como “territorialidade com universalidade” por oposição à “territorialidade pura”.

⁷No âmbito do Direito Tributário dos EUA, a nacionalidade é levada a sério como critério de eleição do legislador para alcançar ativos de pessoas físicas situados no exterior, o que faz do sistema tributário desse país um exemplo quase único no cenário mundial.

ção⁸. Às vezes, apenas ficticiamente pago, como quando se verifica o gozo de benefício fiscal pelo contribuinte, concedido pelo Estado fonte, fenômeno denominado *tax sparing* e ocorrente na vigência de ADT.

Como se sabe, a partir de 1995 o Brasil adota a TBU⁹. A lei brasileira obriga a empresa controladora brasileira a registrar a renda do exterior como variação do valor do investimento em controlada ou como lucros disponibilizados ou, conforme o caso, apurados por coligada estrangeira – nos termos dos arts. 76 e ss. da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014 (BRASIL, [2017a]). Isto é, a lei tributária brasileira abraçou o tratamento unitário dos grupos multinacionais brasileiros, por oposição ao tratamento atomístico ou individual, o que coloca o País em descompasso com o critério prevalente no cenário da tributação internacional dos lucros. Esse descompasso, *ad argumentandum*, pode induzir atritos na negociação e aplicação de ADTs, além de potencialmente acarretar outras desvantagens competitivas¹⁰.

Não que o modelo da TBU seja essencialmente problemático ou incompatível com o modelo territorial, o que é atestado pelo fato de a maioria dos países adotar, na verdade, um sistema híbrido, pois a) a tributação de coligadas

⁸Há outras variantes metodológicas conhecidas além do método do crédito (o método da isenção e o método das deduções), mas não convém aqui adentrar no detalhe, visto que constituiria desvio em relação ao tema principal.

⁹A partir da adoção dos arts. 25 a 27 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995 (BRASIL, [2019b]). Contudo, o Código Tributário Nacional (CTN) somente foi alterado, no particular, pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, a qual inseriu os §§ 1º e 2º no art. 43 do CTN (BRASIL, 2001).

¹⁰Ver, por exemplo, Fuck (2006), texto que trata da denúncia do ADT Brasil-Alemanha por este último país e atribui parte da motivação alemã à adoção da TBU pelo Brasil. Algumas das desvantagens competitivas acima aludidas encontram-se resumidas, didaticamente, em Territorial... (2012) – documento não atualizado após as reformas legislativas de 2017 realizadas nos Estados Unidos –, sem que necessariamente todas sejam pertinentes ao caso brasileiro.

e controladas estrangeiras neles estabelecidas guarda, em regra, caráter territorial; b) à tributação de lucros do exterior, ainda que unitária, em geral, correspondem créditos nacionais amistosa e bilateral ou unilateralmente concedidos; c) em alguns casos, a TBU se aplica somente a rendas de intangíveis ou provenientes de atividades com alta lucratividade; d) aplica-se uma variante da TBU limitada às companhias forâneas controladas (CFCs) situadas em paraísos fiscais; e e) vários dos países que preferem a tributação territorial adotam um pacote de medidas antiBeps, as quais recendem ao método unitário¹¹. Todavia, a TBU não é a forma de tributação de lucros do exterior adotada pela maioria dos países desenvolvidos (hoje em dia, nem mesmo com a até então ponderável exceção dos Estados Unidos), nem aquela sancionada pela OCDE no âmbito do Beps.

Além disso, é unânime que a TBU desestimula a repatriação de lucros e estimula a inversão de controle (ou de investimento), mediante reorganização societária, forma de planejamento tributário internacional que deixa o Estado originário do grupo à mercê da perda de receitas, de divisas e, potencialmente, de empregos.

2 Estratégias para proporcionar a aderência do valor econômico ao território do país onde é agregado, para fins de tributação dos lucros

Sem dúvida, a mais difundida estratégia com a finalidade de proporcionar a aderência do valor econômico ao território do país onde é agregado é a adoção de uma sistemática de

preços de transferência. A sistemática dos preços de transferência baseia-se na ideia de que os lucros não tendem a “fugir” de um país, a menos que exista uma comunhão de direitos e interesses entre EMNs envolvidas em operações intragrupais, com a concorrência da vontade dessas, para que ocorra a deslocação dos lucros. Afinal, é claro que uma empresa sem nenhuma relação de capital com outra, situada no exterior, não tem por que disfarçadamente remeter lucros (nem repassar prejuízos) a esta última: normalmente, as EMNs envolvidas em operações que provocam deslocação de lucros no plano internacional são o que se chama de entidades associadas, na linguagem da OCDE, ou pessoas vinculadas, na da legislação brasileira de preços de transferência, ou ainda partes relacionadas, expressão mais corrente na doutrina e que preferiremos empregar neste estudo. Isto é, trata-se de EMNs com laços societários suficientemente estreitos para que o proveito econômico que se busca maximizar possa ser compartilhado, ao fim e ao cabo, entre aqueles que detenham interesse em sua maximização.

O conceito de entidades associadas é definido, de forma abstrata, no art. 9 do Modelo de Convenção Tributária sobre o Rendimento e o Capital da OCDE, como as EMNs das quais uma participe na administração, no controle ou no capital da(s) outra(s), ou de cuja administração, controle ou capital participem idênticas pessoas, desde que seja possível diferenciar as condições comerciais e/ou financeiras aplicadas nas relações entre elas daquelas aplicadas entre partes não relacionadas – ou seja, de condições de mercado, ou de plena concorrência, ou comutativas, ou não tendenciosas, ou sem favoritismo, segundo o dizer de diferentes autores – ou simplesmente *arms length*. Por sua vez, o conceito de pessoas vinculadas encontra-se definido, de forma particularizada (e criticada, na doutrina, por sua abrangência), no art. 23, I a X, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro

¹¹ Como se vê, na praxis tributária internacional, misturam-se os elementos de conexão relevantes para a tributação: a) a nacionalidade, para tributar o nacional no exterior; b) a residência, para tributar o estrangeiro em território nacional, ou o próprio nacional em relação à sua atividade forânea; e c) o destino dos bens, serviços ou capitais, nos casos de tributação favorecida.

de 1996 (BRASIL, [2019c]), o qual deve ser lido combinadamente com os §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das S.A.) (BRASIL, [2019a]), bem como com os arts. 1.097 a 1.101 do Código Civil (BRASIL, [2019d]) e com o art. 83 da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014.

A literatura sobre preços de transferência é rica, inclusive no Brasil, razão pela qual seria ocioso explorar aqui os fundamentos dessa sistemática. Cumpre apenas dizer que não se trata da única estratégia para proporcionar a aderência do lucro ao território no qual o valor é agregado. Como contraponto, a estratégia do *formulary apportionment* também pode ser utilizada com o mesmo objetivo e o é de maneira bem-sucedida, no plano doméstico, nos Estados Unidos, por exemplo. À diferença dos preços de transferência, o *formulary apportionment* consiste numa repartição dos lucros tributáveis entre as jurisdições interessadas de acordo com fórmulas previamente acordadas e fixas. Pode-se notar uma certa aproximação entre essa estratégia e a de preços de transferência nos métodos que a OCDE denomina de lucro transacional (*transactional profit methods*), se bem que descabe confusão entre tais abordagens, já que a segunda, como o nome diz, é *transacional*, ao passo que a primeira se baseia na aferição do lucro consolidado do grupo, prescindindo da utilização de preços de transferência e, conseqüentemente, afastando as dificuldades a ela inerentes, em particular, a de obtenção de informações confiáveis acerca de preços e condições de plena concorrência ou *arm's length*, dificuldade que será maior ou menor em função das condições do caso concreto e do método de preços de transferência a ser a ele aplicado¹².

¹² Cumpre anotar que é indevida a caracterização da legislação brasileira de preços de transferência, fundada em presunções legais, como uma manifestação da estratégia

Embora aqui se fale, superficialmente, numa certa aproximação, a doutrina prevalente repudia qualquer relação entre a estratégia da OCDE e a da tributação com base no *formulary apportionment*, até porque o uso de fórmulas preestabelecidas foi cogitado, mas descartado, no âmbito do Beps. Mas há quem suspeite que, ao dar importância aos métodos de lucro transacional (o que ocorre, em grande parte, como consequência da Ação 10 do Beps), a OCDE esteja prenunciando a possibilidade de adotar o *formulary apportionment* como estratégia global para a tributação internacional dos lucros^{13 14}. Segundo Tavares (2016, p. 28), embora os *standards* pós-Beps possam “até mesmo se assemelhar ou se aproximar de *global formulary apportionments* e [representar] flexibilização do ALP” (*arm's length principle*), eles “são, todavia, melhor compreendidos como uma evolução e sofisticação do sistema”. Certamente, a posição da OCDE não deve ser considerada inalterável, porém uma guinada estratégica de tamanha envergadura não se empreenderia, de fato, tacitamente, mas apenas após enfrentadas as objeções pertinentes e granjeado consenso entre as nações cooperantes.

Estratégias complementares, qualquer que seja a principal, devem ser adotadas. Dentre essas, destaca-se a promulgação de regras para combater a subcapitalização, normas antielisivas gerais, tais como a aferição ou teste de propósito principal (*Principal Purpose Test* (PPT), na sigla em inglês)¹⁵ e da existência de estabelecimento permanente,

do *formulary apportionment*, pois deriva de um equívoco conceitual (SCHOUERI, 2013, p. 220).

¹³ Possibilidade que Schoueri (2013) denominaria “método da divisão dos lucros mundiais por fórmulas predeterminadas”.

¹⁴ Ver, por exemplo, Robillard (2015).

¹⁵ É de notar, porém, que a adoção de regras antielisivas gerais, como um teste de “propósito negocial”, sem amparo em regra autorizativa expressa do ordenamento jurídico – que conta apenas com a norma de eficácia limitada do art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional (CTN) (BRASIL, [2013]) –, tem esbarrado em pesadas críticas na doutrina brasileira. Ver, por todos, Santos (2015).

este último, cada vez mais difícil de caracterizar na era da economia digital, pelo pouco que ela está ancorada em presença física. Tais estratégias complementares, em princípio, são compatíveis tanto com a sistemática dos preços de transferência quanto com o *formulary apportionment*.

3 O que se consideram operações de alto risco para fins da Ação 10 do Beps?

Como dito, as Ações 8, 9 e 10 do Beps são dedicadas ao tema dos preços de transferência. Espera-se que os resultados dessas Ações provoquem modificações no plano das legislações domésticas, ocasionando a reformulação de parte do Direito Tributário internacional.

De certa forma, pode-se dizer que todas as operações visadas por essas Ações são de alto risco, porque a expressão se refere ao risco de erosão da base tributável por meio de planejamentos tributários insubstanciais praticados por grupos multinacionais. Tais operações têm em comum o fato de não serem consideradas aceitáveis do ponto de vista da lógica empresarial e da racionalidade econômica por indicarem, objetivamente, a busca não de eficiências alocativas ou de otimização da produção, mas de deslocação artificial de lucros e minoração – quando não completa frustração – da carga tributária. Trata-se de utilizar estratégias contábeis e negócios jurídicos simulados, com prejuízo tanto para o país que teria legítimo interesse e capacidade ativa para tributar – porque arrecadará menos, fato que desperta o instinto competitivo de cada país –, quanto para o conjunto dos países envolvidos – pois também a arrecadação é menor no total, comparativamente com uma operação em condições *arm's length*, fato que desperta o espírito de cooperação/coordenação internacional a fim de conter a perda de receitas tributárias no seu conjunto.

Porém, a OCDE (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, [2015]) considera que “alto risco” pode referir-se também ao risco inerente à própria operação, pois frequentemente algumas EMNs “assumem” (apenas no papel, é claro) riscos injustificáveis em operações intragrupo tão somente para embasar uma alocação de retornos não condizente com a decisão econômica razoável que partes não relacionadas presumivelmente teriam adotado em operação comparável – a se entender que empresas independentes não teriam feito operação do mesmo jaez, ou apenas muito dificilmente. Nesses casos, fica evidente tratar-se de uma alocação (e concentração) artificial de riscos e retornos, desenhada com o propósito de deslocar lucros também artificialmente, e “coincidentalmente” a parte que assume o maior risco (e à qual corresponde o maior prêmio, isto é, a maior fração dos retornos) encontra-se exatamente

situada em paraíso fiscal ou país com subtributação ou, quando menos, de menor tributação. Essa parte é (ironicamente, claro) denominada pela OCDE de “caixa postal de dinheiro” ou *cash box*, porque se limita a atuar como investidora ou mutuante formal, sem relevo operacional condizente com a atividade que, alegadamente, desempenha no âmbito do grupo, nem capacidade financeira para assumir os riscos que lhe são atribuídos a rigor dos instrumentos contratuais pertinentes à operação¹⁶.

Há ainda uma terceira acepção: “alto risco” pode referir-se a operações com potencial para causar prejuízos de larga escala à economia mundial, tais como as que, praticadas essencialmente por instituições financeiras, conduziram à crise econômica de 2007-2008, cujos efeitos contribuíram sobremaneira para o nascimento do Projeto Beps.

Como temas específicos, a Ação 10 ocupa-se de:

1. operações envolvendo *commodities*. A Ação 10 consagrou o chamado sexto método dos preços de transferência – uma variante mais praticável do método *Comparable Uncontrolled Price* (CUP)) –, o qual se baseia no uso de preços de *commodities* com cotações disponíveis em bases de dados dinâmicas, tais como bolsas de mercadorias; esse aspecto não interessa diretamente à presente análise, pois o Brasil já trabalha com métodos semelhantes de precificação de *commodities* em operações intragrupais¹⁷, e a Ação 10, no particular, baseou-se na experiência de países que já haviam adotado métodos de caráter similar;
2. pagamentos tipicamente empregados para deslocação de lucros no plano internacional, tais como taxas de administração (*management fees*) e despesas de escritório matriz (*head office expenses*), os quais correspondem a serviços intragrupais de baixa agregação de valor, cujo preço pode ser sobrestimado com relativa facilidade. Não lidaremos, tampouco, com esses pagamentos; pode-se dizer que, no particular, o Beps exige transparência quanto à informação relativa aos serviços intragrupais e aos respectivos preços, bem como a adequada precificação desses serviços; propõe-se, para esse fim, a adoção de uma margem fixa de 5% sobre os custos considerados como *arm's length*.

O que nos interessa na Ação 10 é a discussão sobre o método transacional do rateio de lucros (*transactional profit split method* ou simplesmente *profit split method*), visto que o Brasil ainda não adota esse método, nem outro

¹⁶ Na literatura produzida pela OCDE, diz-se que essas EMNs são ricas em capital, mas de funcionamento pouco intensivo (*capital-rich, low-functioning*), devido ao caráter essencialmente formal de sua constituição.

¹⁷ Trata-se dos métodos do Preço sob Cotação na Importação (PCI) e Preço sob Cotação na Exportação (PECEX), introduzidos pela MP 563, de 3 de abril de 2012, a qual foi convertida na Lei nº 12.715, de 17 de setembro de 2012 (BRASIL, [2012], [2015]), e inseriu, na Lei nº 9.430/1996, os arts. 18-A e 19-A (ver IN RFB nº 1.870, de 29 de janeiro de 2019 (BRASIL, 2019f), que alterou a IN RFB nº 1.312, de 28 de dezembro de 2012 (BRASIL, 2019e)).

que lhe seja equivalente ou possa suprir a sua não adoção. Trata-se de um método de elevada complexidade, que guarda remota semelhança com a estratégia do *formulary apportionment*, como já se disse, porém incide a) por transação e b) sem a adoção de qualquer fórmula fixa, exigindo análise caso a caso. É certo que o método enseja preocupações quanto à dificuldade e ao custo de sua aplicação tanto pelo contribuinte quanto pela administração tributária, mas essa ressalva não diminui a sua utilidade, nem a sua importância no contexto dos métodos dos preços de transferência.

A essência do método do rateio de lucros encontra-se na análise funcional do envolvimento de cada EMN quanto ao papel desempenhado na operação sob análise, aos riscos assumidos e aos retornos a cada uma delas alocados, de tal forma que a alocação de riscos e de retornos seja fidedigna à lógica empresarial e à racionalidade econômica, e não manipulada de forma a provocar a erosão da base e a deslocação – isto é, a remessa forçada ou disfarçada de lucros –, combatendo-se assim práticas tais como o *treaty shopping* e o *treaty abuse*, bem como o planejamento tributário insubstancial que lance mão de instrumentos híbridos descasados para a perseguição de oportunidades de dupla não tributação.

4 Quais as medidas recomendadas pelo Beps para evitar a alocação artificial de riscos e retornos em operações intragrupais?

Quando uma operação suspeita de Beps se encontrar delineada em termos da alocação artificial de riscos e retornos entre EMNs pertencentes a um mesmo grupo econômico, a situação reclamará um olhar em direção à realidade a fim de se buscar a essência econômica da operação, desconsiderando-se a estruturação meramente

formal que se lhe deu. Porém, a análise funcional da operação deverá levar em conta eventuais circunstâncias legítimas, tais como benefícios sinérgicos, economias de escala, práticas setoriais ou peculiaridades de estratégia empresarial que possam explicar uma eventual remuneração diferenciada, pois tais circunstâncias, quando se apresentam na prática, tornam a operação analisada incomparável a praticamente qualquer outra realizada sob condições de mercado. Em outras palavras, cada EMN deverá ter alocados para si os retornos que correspondam à sua efetiva contribuição para a obtenção do proveito econômico experimentado pelo grupo, independentemente do que houver sido formalmente acordado entre elas, sempre que discrepâncias relevantes e injustificadas forem identificadas.

Quatro são as providências recomendadas pelo Projeto Beps (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, [2015]) no âmbito da Ação 10, quando se afigurar o cenário descrito:

1. ajustar os preços de transferência à realidade econômica e à conduta das partes, ao invés de se apegar à literalidade dos instrumentos contratuais e das comunicações escritas ou outros atos praticados e/ou documentos trocados por elas;
2. observar a alocação contratual do risco tão somente na medida em que representar decisões de efetiva substância econômica;
3. atribuir não mais do que um retorno de risco zero (isto é, desprovido de prêmio de risco) às “caixas postais de dinheiro” do grupo, isto é, empresas que sejam mutuantes meramente formais e não se apresentem como efetivamente funcionais, por lhes faltar, se assim demonstrar a evidência do caso, tanto o controle do risco quanto a capacidade financeira para arcar com os ônus da operação; e
4. desconsiderar operações que se revelem claramente desprovidas de fundamento do ponto de vista da lógica empresarial e da racionalidade econômica.

Na prática, em relação à reforma e adaptação das legislações nacionais aos padrões pós-Beps, espera-se que as recomendações acima resultem em novos dispositivos da legislação de preços de transferência, tendo por finalidade, de um lado, combater a alocação exagerada de riscos, capital e retornos a uma parte relacionada, a fim de evitar a formação de “caixas postais de dinheiro”, e, de outro, desconsiderar operações intragrupo que, a julgar pela evidência, sejam estranhas à lógica empresarial e à racionalidade econômica – operações que, em outras palavras, não teriam ocorrido no mundo *arm's length* e que não se teriam manifestado a não ser entre partes relacionadas exatamente por conta da minoração de carga tributária que venham a proporcionar.

Esse seria o caso, por exemplo, de um grupo cuja EMN A, situada no país Ághape (de tributação favorecida ou, vulgarmente, um paraíso fiscal), sem ativos relevantes nem liquidez – isto é, desprovida de capacidade financeira e acesso a crédito e com exíguo quadro de funcionários –, fizesse empréstimos unicamente a outras subsidiárias do grupo (digamos, B, C e D, EMNs efetivamente funcionais e situadas respectivamente em Brabânia, Ceilônia e Dardanellos, países de tributação normal), acarretando a subcapitalização ou capitalização magra (*thin capitalisation*) destas últimas, a taxas superestimadas em relação ao mercado e sem gestão de riscos. Já que a mutuante A em nada contribui para a governança das mutuárias em decisões que possam importar significativa elevação ou mitigação do respectivo risco de crédito, nem impõe renegociações ou exerce direitos previstos em contrato, fica ao final evidenciada a participação societária indireta e disfarçada de um certo fundo de *equity* nas companhias B, C e D por intermédio de uma *offshore* (ou CFC) – nesse caso, A –, a qual se revela como mera sociedade de passagem.

Numa situação como essa, à falta de circunstâncias especiais que viessem a justificar um tratamento diferente, as recomendações da Ação 10 do Beps indicam as seguintes providências: a) atribuir um retorno de risco zero ao empréstimo realizado por A às EMNs relacionadas B, C e D (isto é, considerar que os juros devidos à empresa A, em virtude da operação, não serão superiores à taxa de uma aplicação segura)¹⁸; e b) desconsiderar – sempre para fins tributários, é bom lembrar – o negócio jurídico simulado (mútuo com pagamento de juros) e, conseqüentemente, tributar o negócio jurídico dissimulado (o qual se revela como de aporte de capital com remessa de lucros), considerando que este último esteja

¹⁸Note-se que a determinação do *quantum* dos juros devidos é questão espinhosa e controversa na doutrina e no Direito Comparado, mais ainda quando se tem em conta a legislação brasileira, ancorada na elaborada regra de custo do capital albergada no art. 22 e §§ da Lei nº 9.430/1996, que, como toda regra presuntiva, trata de forma idêntica situações elisivas e não elisivas ou, melhor dizendo, situações com e sem Beps.

clara e corretamente delineado, de acordo com a evidência do caso¹⁹.

Com relação ao exemplo apresentado, é importante acrescentar que a linha prioritária de análise gira em torno do cotejo com uma situação real sobre a qual houver informações disponíveis e dentro da qual se possa identificar um arranjo comparável, mas com consequências distintas por se tratar de operação não controlada (entre partes não relacionadas). De fato, é da essência da sistemática de preços de transferência a comparação entre operações controladas e não controladas, tanto diante de paradigmas externos (envolvendo apenas EMNs não relacionadas) quanto internos (envolvendo EMNs do grupo e outras que dele não façam parte), com base na qual se possa saber quais seriam o preço e/ou as condições *arm's length* no caso. Entretanto, nem sempre será possível proceder com base em comparações, pois uma vasta gama de operações não comparáveis ocorre dentro de grupos multinacionais dos mais diversos setores – de farmácia, biotecnologia, alimentos, eletrônicos, *software*, TI, finanças, serviços relacionados ao transporte internacional, *marketing*, desenvolvimento de produtos e moda, para citar apenas alguns –, todos mencionados na OCDE (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2018).

Por outro lado, o deslinde do caso não pode resultar em *bis in idem*, de tal forma que, no exemplo acima, os países Ághape, Brabânia, Ceilônia e Dardanellos necessitam exercitar a colaboração intergovernamental a fim de adotar solução

¹⁹ Convém mencionar que a legislação brasileira adota outra presunção: a de que o mútuo realizado por coligada ou controlada no exterior em favor de empresa brasileira constitui distribuição disfarçada de lucros (ver art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e arts. 463 e 464 do RIR/2018, aprovado pelo Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018) (BRASIL, [2016b], 2018). Fica assim mais claro que as regras brasileiras carecem de aprimoramento à luz dos padrões pós-Beps, pois, a despeito de sua elogiada praticabilidade, tendem a violar o princípio *arm's length* e produzir pluritributação internacional.

coordenada, promovendo os ajustes primários e secundários ou correspondentes que venham a se revelar necessários, de tal forma que a carga tributária imposta ao grupo não exceda o que seria devido se a operação tivesse sido estruturada sem a prática de Beps (a fim de evitar a chamada dupla tributação econômica).

5 O método *profit split* ou do rateio de lucros²⁰

O método do rateio de lucros (*profit split*) não é propriamente novo, visto que já se fala dele nas Diretrizes da OCDE sobre Preços de Transferência de 1995. Não se trata, portanto, de uma inovação introduzida pelo Projeto Beps, embora ele lhe tenha emprestado novo fôlego. Trata-se de um método notoriamente alheio à legislação brasileira de preços de transferência (até se pode dizer por ela vedado!), que, salvo norma de tratado, não pode ser aplicado pela autoridade fiscal brasileira – a Receita Federal do Brasil (RFB), por se tratar da aplicação da legislação federal do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ), bem como da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) – para lidar com grupos multinacionais estabelecidos no País que realizem operações nas quais seja possível identificar alocação artificial de riscos e retornos de uma forma não condizente com a lógica empresarial e a racionalidade econômica.

O mesmo método é, porém, adotado pela maior parte dos países sul-americanos, tais como Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Peru, Uruguai e Venezuela, observando-se, portanto, descompasso do Brasil em relação às normas adotadas pelas outras nações integrantes do Mercosul, se bem que, no Equador e na

²⁰ Alguns doutrinadores, a exemplo de Schoueri (2013), preferem usar *divisão*, em lugar de *rateio*.

Venezuela, aos métodos de lucro transacional ainda é reservada aplicação residual (aplicação de *last resort*), o que importa em resultados muito parecidos com os que seriam obtidos no Brasil (SCHAFER; GASPARETTO; LUNKES; SCHNORRENBURGER, 2017). É bom lembrar que o Tratado de Assunção (Decreto nº 350, de 21 de novembro de 1991 (BRASIL, 1991)), em seu art. 1º, requer coordenação e harmonização de políticas (entre elas, a fiscal) e legislação nas áreas pertinentes entre os países do Mercosul, com o fim de proporcionar a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos nos respectivos territórios²¹.

Poder-se-ia alegar, porém, que o Brasil, dado o atual cenário legislativo, lança mão da tributação na fonte de remessas ao exterior a fim de coibir alocações artificiais de riscos e retornos em operações intragrupo. Porém, essa tributação não se presta ao objetivo de combater a erosão da base tributável e a deslocação de lucros, pois trata de forma idêntica operações entre partes relacionadas e não relacionadas. Além disso, considerando que há duas alíquotas aplicáveis ao Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) sobre as remessas ao exterior, 15% e 25%, as oportunidades de planejamento tributário tornam-se ainda maiores²². Isso sem falar nas remessas isentas ou sujeitas a alíquota diferenciada, na incidência do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) e, quando for o caso, também na Contribuição de Intervenção sobre o Domínio Econômico (Cide), instituída pela Lei nº 10.168, de 29 de dezembro de 2000 (BRASIL, [2011]), bem como na variedade de alíquotas aplicáveis ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), quando incidir sobre a operação. Acrescente-se ainda a possibilidade de *treaty shopping* nos casos em que se encontrem vigorando ADTs para o País, mormente quando o respectivo ADT não contiver disposições tendentes à limitação de benefícios, dando ensejo a triangulações internacionais.

O método do rateio de lucros tem alguns pressupostos de aplicação, de acordo com a OCDE (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2018). Em particular, não se trata de um método recomendado na presença de operações paradigmas não controladas que possam indicar claramente quais as condições *arm's length* adequadas ao caso, nem na impossibilidade de determinação dos riscos efetivamente assumidos pelas EMNs do grupo, sendo exigível ainda que cada uma delas preste contribuição peculiar e relevante (*unique and valuable*

²¹ Analistas políticos indicam que os fluxos intrablocos do Mercosul tendem a ser superados, dentro de alguns anos, pela nova estrutura de cooperação econômica da África (o African Continental Free Trade Agreement ou AfCFTA), podendo nosso mercado comum se tornar, portanto, o bloco econômico com menor fluxo intrablocos do mundo (ROSSI, 2019).

²² É preciso lembrar ainda a incidência do PIS/Cofins-Importação em muitas operações, muito embora essa incidência tenha por fito apenas implementar a nacionalização dos produtos ou serviços importados.

contributions) à operação, em termos tanto das atribuições executadas quanto dos ativos (particularmente, intangíveis) fornecidos ou utilizados. Ademais, trata-se de um método transacional, por visar ao lucro de cada operação – ou transação –, e não ao lucro consolidado, quer do grupo ou de cada EMN. Tem ainda caráter fortemente relacional, de tal forma que somente se justifica aplicá-lo quando a atividade do grupo for suficientemente integrada e/ou interdependente e for verificada proximidade entre os objetos de cada uma das EMNs envolvidas na operação. Revela-se impróprio utilizar o método quando as EMNs atuarem de forma mais ou menos isolada ou se afigurar viável (e adequado) apreciar a contribuição de cada uma delas separadamente.

Ainda que seja o método mais adequado a casos envolvendo operações de alto risco entre partes relacionadas, não significa que seja um método de fácil aplicação, pois exige farto repertório de informações contabilmente convergentes e reduzidas à mesma base monetária sobre o grupo em análise, o que depende da implementação do pilar da Transparência do Beps. Esse pilar visa ao intercâmbio entre administrações tributárias de informações construídas com base nos relatórios país-a-país ou CbCR (*country by country reports*, na sigla em inglês²³), entre outros documentos – por exemplo, os arquivos mestre e nacional (*master file e local file*), nenhum dos quais implementados pelo Brasil, mas importantes a título de documentação da estratégia global dos grupos multinacionais e para a equalização do patamar informacional de cada uma das administrações tributárias cooperantes²⁴.

É importante ressaltar que a aplicação do método do rateio de lucros se apoia num critério não jurídico, mas econômico, de divisão dos lucros, de tal forma que não se afigura compatível com presunções legais – tais quais as que constituem atualmente a base da legislação brasileira na matéria –, mas requer o exercício de uma análise funcional com suporte na lógica empresarial e na racionalidade econômica, com referência, tanto quanto possível, às condições que seriam perseguidas por partes não relacionadas em operações comparáveis²⁵. Talvez por isso a crítica, às vezes irrogada, de

²³ No Brasil, adotou-se a designação de Declaração País-a-País, ou DPP, instituída pela Instrução Normativa RFB nº 1.681, de 28 de dezembro de 2016 (BRASIL, [2017b]).

²⁴ No plano do intercâmbio de informações, o Brasil andou bem ao ratificar a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária (Decreto nº 8.842, de 29 de agosto de 2016) (BRASIL, 2016a). Embora o compromisso ali estampado tenha sido não mais do que parcial, reflete uma tomada de posição importante do País a favor da colaboração intergovernamental em matéria de *enforcement* tributário.

²⁵ A referência às condições perseguidas por partes não relacionadas pode atuar tanto no sentido positivo de se aplicar, contextualizadamente, o paradigma de rateio de lucros que se saiba adotado por partes não relacionadas em operação comparável, quanto negativo, isto é, de se aplicar outro método de preços de transferência quando se o saiba utilizado em operações assemelhadas (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2018, p. 15).

que esse método seria subjetivo – intuitivo, estimativo ou hipotético –, longe de ser procedente, apenas revela a necessidade de melhor compreensão acerca do quão difícil pode ser a abordagem de planejamentos tributários insubstanciais complexos mediante o uso dos métodos tradicionais, os quais giram em torno apenas de preços de venda, custos e margens brutas de lucro²⁶. Além disso, não há de se falar em subjetividade somente por se requerer a aplicação da lógica empresarial e da racionalidade econômica a uma certa operação: basta lembrar que essas apenas desvelam o conjunto de condições que seriam buscadas por uma parte qualquer que, agindo de forma independente no mercado, perseguisse unicamente o seu interesse, em lugar de priorizar o do grupo empresarial. Evidentemente, essa análise deverá ser contextualizada para cada caso concreto – de forma holística, no dizer da OCDE –, mas isso não significa que será subjetiva.

Embora não caiba, neste estudo, aprofundamento acerca do tópico da aplicação do método, cumpre dizer que são duas as modalidades segundo as quais poderá ser aplicado:

1. pela análise das contribuições de cada uma das EMNs para a operação em análise, aferidas com base na execução de atribuições e/ou na utilização ou fornecimento de ativos, rateando-se os lucros proporcionalmente à contribuição de cada uma delas para a operação; e
2. de forma residual, quando parte da operação puder ser paragonada (*benchmarked*) contra operações comparáveis realizadas entre partes não relacionadas, a respeito das quais informação confiável se encontre à disposição da autoridade tributária; nessa hipótese, deve-se estabelecer primeiramente uma remuneração condizente com a participação de cada EMN na operação, sendo a parcela remanescente do lucro (ou prejuízo) alocada mediante a análise de contribuições (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2018).

Conclusão

Nominalmente, a Ação 10 do Beps trata de operações de alto risco – isto é, que demonstrem alta probabilidade de erosão da base tributável e

²⁶ Em resposta à crítica da subjetividade, Gregorio (2011, p. 393) aduz que a exigência à autoridade tributária de uma “fundamentação documentada” sobre a aplicação da legislação de preços de transferência é o melhor caminho para que se possibilite o ulterior controle judicial de sua atuação. Além disso, cumpre lembrar que a subjetividade é uma das premissas das Normas Internacionais de Relatório Financeiro (IFRS, na sigla em inglês, de International Financial Reporting Standards), adotadas no Brasil pela Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007 (BRASIL, 2007). O IFRS clama pela busca da essência econômica de cada operação, reconhecendo que o tratamento contábil das operações das empresas é adequado somente quando refletir o verdadeiro intuito das partes. Ver, nesse sentido, o item OB11 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC00) (2011), bem como Carvalho (2010, p. 374-375).

deslocação de lucros e/ou apresentem alocação de riscos e retornos operacionais não correspondentes à efetiva contribuição, em cada operação, das EMNs pertencentes a um certo grupo multinacional. Conforme o Beps se foi desdobrando, a Ação 10 convergiu para o tratamento das seguintes questões específicas: a) a prestação de serviços intragrupo de baixa agregação de valor; b) a precificação de *commodities* em operações com partes relacionadas, tendo a Ação 10 consagrado o chamado sexto método de preços de transferência, já adotado pelo Brasil; e c) a reformulação do método do rateio de lucros (*profit split method*), referido nos trabalhos da OCDE desde pelo menos 1995.

A discussão acerca da necessidade de adequação da legislação brasileira sobre preços de transferência já vai longe, com as opiniões se dividindo entre aqueles que decantam as vantagens (em especial, praticabilidade, simplicidade e certeza jurídica) e os que enumeram as desvantagens do atual modelo (em especial, desarmonia com o *arm's length*, inflexibilidade e particularismo). Embora seja difícil dar suporte a essa afirmação com dados da realidade econômica (os quais somente poderiam ser obtidos uma vez implantada eventual reforma), tampouco será fácil sustentar que o Brasil nada tem a ganhar com a adoção de um modelo mais alinhado com as recomendações internacionais. Afinal, o que pode ser mais vantajoso do que harmonizar nossa legislação com a de países com os quais mantemos estreitas relações de comércio e trocas de capitais? Ainda mais numa época em que o investimento estrangeiro procura previsibilidade e mitigação de custos de conformidade, os quais são catapultados pela falta de convergência normativa – algo que, no limite, poderia levar o Brasil a ser “punido” com desinvestimento e fuga de capitais, caso a sua legislação continue afastada dos padrões internacionais.

Em relação especificamente ao método do rateio de lucros, pode-se dizer que em tese o Brasil, por falta de previsão legal, encontra-se desarmado diante de operações que envolvam alocação artificial de riscos e retornos em operações intragrupo, pois sua caixa de ferramentas, em matéria de preços de transferência, apoia-se unicamente na apuração de preços de venda, custos e margens brutas de lucro, limitando-se assim aos métodos denominados tradicionais. Também não se diga que a tributação na fonte de remessas ao exterior poderia evitar a deslocação artificial de lucros nesse tipo de operação, visto que essa modalidade de tributação não é alternativa à estratégia de preços de transferência nem tem as qualidades necessárias para atacar o problema, que apresenta contornos muito mais sofisticados.

Assim, o estudo dos resultados da Ação 10 do Beps pode indicar (mais) um caminho para a maturação da legislação de preços de transferência no Brasil, de tal forma que o País, ao mesmo tempo em que se preocupa em demonstrar maior alinhamento com os padrões internacionais, também possa beneficiar-se de novas ferramentas para o tratamento de operações complexas em relação às quais os métodos tradicionais se mostram ineficazes, especialmente porque se reclama um escrutínio mais profundo do negócio (e não apenas dos negócios) de cada grupo multinacional. Com a adoção de métodos inspirados no tratamento de operações com intensa troca de capitais e nebulosa alocação de riscos, o Brasil daria um passo também no sentido de se preparar para o avanço irrefreável da economia digital, cujo advento traz, no plano tributário, desafios ainda difíceis até de prever.

É preciso dizer, por fim, que a adoção do método do rateio de lucros deverá trazer para o Brasil a necessidade de repensar os meios de resolução de controvérsias aplicáveis às questões

envolvendo preços de transferência, pois os métodos de lucro transaccional tendem a produzir uma espécie de contencioso que dificilmente se conseguirá enfrentar com os meios adotados pela legislação brasileira. Tal adoção atrairá a aplicação de métodos mais condizentes com as práticas de países desenvolvidos, (tais como a arbitragem tributária, na direção de um verdadeiro sistema multiportas) e o aprofundamento de padrões decorrentes da cooperação/coordenação internacional em matéria tributária, como os acordos de determinação prévia de preços (*advance pricing agreements*, entre nós também apelidados de acordos de preços antecipados ou APAs), os quais visam à eliminação de incertezas tanto para a administração tributária quanto para o contribuinte e à mitigação dos custos de administração e de conformidade.

Num cenário de crescente mobilidade internacional do capital e diante da propagação das cadeias globais de valor digitais e da deslocalização da produção, a política de erigir barreiras a fim de forçar uma substituição de importações pode estar datada, por deixar de produzir os efeitos esperados. Para não ficar para trás, é preciso especializar-se para melhor exportar, investindo conscientemente em educação e infraestrutura. Isso, porém, não será suficiente sem o redesenho de vários dos marcos jurídicos nacionais. Para atrair, é necessário reformar e reformular, minorar distorções, harmonizar a nossa legislação com a de outros países economicamente relevantes e mantê-la atualizada de acordo com as inovações produzidas pela comunidade internacional, da qual se deve participar ativamente.

Sobre o autor

Leandro Tripodi é doutor em Direito Internacional e bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; cursa especialização em Direito Tributário na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, com financiamento da Receita Federal do Brasil, São Paulo, SP, Brasil; é analista tributário da Receita Federal do Brasil em São Paulo, SP, Brasil.
E-mail: lndtrp2@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

TRIPODI, Leandro. Preços de transferência em operações de alto risco: a Ação 10 do Projeto Beps. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 224, p. 59-78, out./dez. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p59

(APA)

Tripodi, L. (2019). Preços de transferência em operações de alto risco: a Ação 10 do Projeto Beps. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(224), 59-78. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p59

Referências

BRASIL. *Decreto nº 350, de 21 de novembro de 1991*. Promulga o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (TRATADO MERCOSUL). Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0350.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. *Decreto nº 8.842, de 29 de agosto de 2016*. Promulga o texto da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária emendada pelo Protocolo de 1º de junho de 2010, firmada pela República Federativa do Brasil em Cannes, em 3 de novembro de 2011. Brasília, DF: Presidência da República, 2016a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8842.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. *Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018*. Regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. *Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001*. Altera dispositivos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp104.htm. Acesso em: 1º nov. 2019.

_____. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. *Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995*. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm. Acesso em: 1º nov. 2019.

_____. *Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996*. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. *Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997*. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2016b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9532.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. *Lei nº 10.168, de 29 de dezembro de 2000*. Institui contribuição de intervenção de domínio econômico destinada a financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10168.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. *Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007*. Altera e revoga dispositivos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, e estende às sociedades de grande porte disposições relativas à elaboração e divulgação de demonstrações financeiras. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11638.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. *Lei nº 12.715, de 17 de setembro de 2012*. Altera a alíquota das contribuições previdenciárias sobre a folha de salários devidas pelas empresas que especifica; institui o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12715.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. *Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014*. Altera a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, à Contribuição para o PIS/Pasep e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2017a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L12973.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. *Medida Provisória nº 563, de 3 de abril de 2012*. Altera a alíquota das contribuições previdenciárias sobre a folha de salários devidas pelas empresas que especifica, institui o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. [Revogada]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Mpv/563.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. Receita Federal. *Instrução Normativa RFB nº 1.312, de 28 de dezembro de 2012*. Dispõe sobre os preços a serem praticados nas operações de compra e de venda de bens, serviços ou direitos efetuadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, consideradas vinculadas. [Brasília, DF]: Receita Federal, 2019e. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=39257>. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. Receita Federal. *Instrução Normativa RFB nº 1.681, de 28 de dezembro de 2016*. Dispõe sobre a obrigatoriedade de prestação das informações da Declaração País-a-País. [Brasília, DF]: Receita Federal, [2017b]. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=79444&visao=anotado>. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. Receita Federal. *Instrução Normativa RFB nº 1.870, de 29 de janeiro de 2019*. Altera a Instrução Normativa RFB nº 1.312, de 28 de dezembro de 2012, que dispõe sobre os preços a serem praticados nas operações de compra e de venda de bens, serviços ou direitos efetuadas por pessoa física ou jurídica [...]. [Brasília, DF]: Receita Federal, 2019f. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=98350>. Acesso em: 19 set. 2019.

CARVALHO, Nelson. Essência x forma na contabilidade. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexandro Broedel (org.). *Controvérsias jurídico-contábeis: (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2010. v. 1, p. 371-380.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. *Estrutura conceitual para elaboração e divulgação de relatório contábil-financeiro (CPC00-R1)*. [Brasília, DF]: CPC, 2011. Disponível em: <http://www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos/Pronunciamento?Id=80>. Acesso em: 1º nov. 2019.

FUCK, Luciano Felício. A denúncia da Convenção entre Brasil e Alemanha e os métodos para evitar a dupla tributação internacional. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, [Brasília, DF], v. 1, n. 2, p. 1-17, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/4464/2778>. Acesso em: 19 set. 2019.

GREGORIO, Ricardo Marozzi. *Preços de transferência: arm's length e praticabilidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. (Série Doutrina Tributária, v. 5).

KEEN, Michael. False profits. *Finance & Development*, [Washington, DC], v. 54, n. 3, p. 10-13, Sept. 2017. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2017/09/pdf/keen.pdf>. Acesso em: 19 set. 2019.

KIM, Jung-hong. A new age of multilateralism in international taxation?: focusing on the G20/OECD Beps Action 15 (multilateral instrument). *Seoul Tax Law Review*, [s. l.], v. 21, n. 2, p. 227-278, July 2015.

MORRIS, William. International tax reform: what will the future be? *Tax Journal*, [Surrey], 26 Sept. 2018. Disponível em: <https://www.taxjournal.com/articles/international-tax-reform-what-will-future-be-26092018>. Acesso em: 19 set. 2019.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Aligning transfer pricing outcomes with value creation, actions 8-10: 2015 final reports*. Paris: OECD, [2015]. (OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project). Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241244-en.pdf?expires=1568995934&id=id&accname=ocid49029193&checksum=ACFB1337CD4FAA431DEAE82DEB5F44C6>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. *Revised guidance on the application of the transactional profit split method: inclusive framework on Beps: Action 10*. Paris: OECD, 2018. (OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project). Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/Beps/revised-guidance-on-the-application-of-the-transactional-profit-split-method-Beps-action-10.pdf>. Acesso em: 19 set. 2019.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. O dever de comunicar à fazenda pública o planejamento fiscal no Brasil. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 242, p. 96-114, nov. 2015.

ROBILLARD, Robert. Beps: is the OECD now at the gates of global formulary apportionment? *Intertax*, [s. l.], v. 43, n. 6-7, 2015.

ROSSI, Clóvis. A África se move, o Mercosul é zumbi. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 3 jun. 2019.

SANTOS, Ramon Tomazela. O desvirtuamento da teoria do propósito negocial: da origem no caso Gregory vs. Helvering até a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário*, [São Paulo], n. 243, p. 126-145, dez. 2015.

SCHAFER, Joice Denise; GASPARETTO, Valdirene; LUNKES, Rogério João; SCHNORRENBARGER, Darci. Preço de transferência: legislação dos países da América do Sul e implicações nas importações de bens e serviços. *Revista de Contabilidade do Mestrado em Ciências Contábeis da Uerj*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 3-19, maio/ago. 2017. Disponível em: <http://www.atena.org.br/revista/ojs-2.2.3-06/index.php/UERJ/article/view/3264/2530>. Acesso em: 19 set. 2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2013.

TAVARES, Romero J. S. *Política tributária internacional: OCDE, Beps e G20: implicações para o Brasil*. Brasília, DF: Confederação Nacional da Indústria, 2016.

TERRITORIAL vs. worldwide taxation. *Senate RPC*, [Washington, DC], Sept. 19, 2012. Disponível em: <https://www.rpc.senate.gov/policy-papers/territorial-vs-worldwide-taxation>. Acesso em: 19 set. 2019.

TÔRRES, Heleno. *Pluriributação internacional sobre as rendas de empresas*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Controle judicial do processo legislativo

Do minimalismo à garantia do devido procedimento legislativo

ENEIDA DESIREE SALGADO

EDUARDO BORGES ESPÍNOLA ARAÚJO

Resumo: O controle do processo legislativo é admitido pelo Supremo Tribunal Federal, cujo entendimento é firme quanto à possibilidade de parlamentares impetrarem Mandado de Segurança para proteger seu direito ao devido processo legislativo. Contudo, há divergência quanto às normas que podem ser analisadas judicialmente. O presente trabalho explora tanto os argumentos por um controle mais amplo quanto por um controle mais restrito sobre os trâmites parlamentares. A jurisprudência, no tocante à sindicabilidade das normas de regimentos internos das Casas legislativas, divide-se entre a corrente majoritária, que enquadra as controvérsias regimentais como matéria *interna corporis* insuscetíveis de exame judicial, e a corrente minoritária, que defende a sindicabilidade do regimento por estruturar o processo legislativo constitucional. À luz da doutrina, serão trazidas considerações críticas sobre o atual panorama do controle preventivo de constitucionalidade no Brasil.

Palavras-chave: Controle preventivo de constitucionalidade. Devido processo legislativo. Estatuto constitucional das minorias parlamentares.

Judicial control of the legislative process: from the minimalism to the guarantee of the due legislative procedure

Abstract: The control of the legislative process is admitted by the Federal Supreme Court, whose decisions are firm as to the possibility for parliamentarians to file a writ of mandamus to protect their right to due legislative process. However, there is disagreement as to the norms that can be analyzed judicially. The present work thus explores the arguments for a broader control and a more restricted control. The jurisprudence,

Recebido em 25/6/19

Aprovado em 14/8/19

regarding the syndicality of the regiments of legislative houses, is divided between a majority, which sees the regimental controversies as *interna corporis* matter, and a minority, that defends the syndicality of the regiments because they structure the constitutional legislative process. In the light of the doctrine, critical considerations will be offered over the current panorama of the preventive control of constitutionality in Brazil.

Keywords: Previous judicial review. Due legislative process. Constitutional statute of parliamentary minorities.

1 Introdução

Em momentos de acirramento dos ânimos entre situação e oposição no Congresso Nacional, a exemplo do vivido no Brasil neste início do governo de Jair Bolsonaro, as discussões em torno do controle preventivo de constitucionalidade costumam voltar à tona. Atores políticos que perderam no processo legislativo para a maioria parlamentar encontram no Poder Judiciário um possível *veto point* para retardar, obstaculizar, criticar ou firmar posição contrária a determinada política pública com base em fundamentos legais ou estratégicos (TAYLOR, 2008, p. 10). Ainda que com chances não muito significativas de sucesso na demanda, os políticos buscam os tribunais não só por interesse nos resultados judiciais, mas também nos possíveis benefícios políticos.

Foi justamente no intuito de assegurar uma vitória política sem alcançar propriamente a vitória judicial que o então senador Rodrigo Rollemberg, ao lançar dúvidas sobre a efetividade e a constitucionalidade de uma política, impetrou o Mandado de Segurança (MS) nº 32.033/DF (BRASIL, 2013d) no Supremo Tribunal Federal (STF) e obteve do ministro Gilmar Mendes medida liminar a fim de suspender a tramitação do Projeto de Lei Complementar nº 4.470/2012 (BRASIL, 2012), que dificultava a criação de novas agremiações políticas, ao restringir seu acesso aos recursos do Fundo Partidário e ao horário eleitoral gratuito. Parlamentares voltariam a se socorrer do STF por ocasião das Propostas de Emenda à Constituição (PECs) nº 182/2007 (BRASIL, 2007a) e nº 171/1993 (BRASIL, 1993a), que respectivamente tratavam da reforma política e da maioria penal.

A primeira vez que o STF enfrentou a questão do controle preventivo de constitucionalidade foi em agosto de 1980, com o Mandado de Segurança impetrado pelos então senadores Itamar Franco e Antonio

Canale contra ato da Mesa do Congresso Nacional. Suscitaram os impetrantes que seria inconstitucional o mero trâmite das PECs nº 51/1980 e nº 52/1980 (BRASIL, 1980a, 1980b), bem como da Emenda nº 3, cujo mérito era a prorrogação do mandato de prefeitos, vice-prefeitos e vereadores. Assim como a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2019a]), a Constituição de 1969 (BRASIL, [1985b]), responsável por atribuir nova redação à Constituição de 1967¹ (BRASIL, [1985a]), vedava a deliberação de PECs tendentes a abolir cláusulas pétreas – no caso da Carta de 1969, a Federação e a República, na forma do art. 47, § 1º.

O julgamento do Mandado de Segurança nº 20.257/DF (BRASIL, 1980c), sob relatoria do ministro Décio Miranda, abriu caminho na jurisprudência do STF para a admissibilidade desse remédio constitucional como instrumento jurídico apto a provocar o exame judicial preventivo do processo legislativo. Mas não coube ao relator apresentar os argumentos que inaugurariam a jurisprudência. Ao contrário de seus pares, que decidiram ou pela impossibilidade jurídica do pedido, em virtude de o controle jurisdicional incidir *a posteriori*, ou pela prejudicialidade do *writ*, devido à deliberação e promulgação das propostas pelo Congresso Nacional, o ministro Moreira Alves frisou em seu voto-vista que a regra constitucional vedava a própria deliberação da PEC.

Tipicamente, a tramitação de projeto de lei ou de PEC não poderia ser suspensa sob o argumento de que o conteúdo viola princípio constitucional. Para o ministro Moreira Alves, somente se configuraria violação na hipótese da posterior aprovação da proposta ou do projeto. “Antes disso, nem o Presidente da Casa do Congresso [Senado Federal], ou deste [Congresso Nacional], nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão, sim, exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral” (BRASIL, 1980c, p. 337-338).

Entretanto, a proibição então imposta pelo art. 47 da Constituição de 1969, em seu § 1º, dirigia-se à própria apresentação e deliberação da proposta. Nesse sentido, concluiu que em tese haveria inconstitucionalidade “porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a

¹ É necessário ressaltar quão delicado é denominar Constituição o conjunto de leis instituído em 1967 pelo Congresso Nacional, sob os auspícios do general Humberto de Alencar Castelo Branco, que exercia *de fato* os poderes da Presidência da República. Ressalva Bonavides (1985, p. 204) que, “órgão apenas tolerado mas indefeso, com sua composição representativa mutilada pelas cassações revolucionárias, o Congresso Nacional fez a obra constituinte de 67 em clima de desconfiança política e repressão social, obedecendo a prazos que lhe foram prefixados no ato convocatório por uma vontade estranha e ilegítima, qual era então a vontade do Executivo revolucionário, convertendo-se assim em coautor, por outorga, conforme dissemos, do efêmero texto de 1967”. O texto “constitucional” de 1967 é posteriormente reescrito pela Constituição de 1969.

Constituição” (BRASIL, 1980c, p. 312). O ministro, porém, negou provimento ao *writ* por entender improcedente a fundamentação na medida em que a emenda somente prorrogou os mandatos eletivos por um breve período para fazer coincidir as eleições em todos os entes federados.

Embora tenha sido voto-*vista* na ocasião do julgamento do MS nº 20.257/DF, o voto de Moreira Alves abriu a divergência necessária à posterior afirmação da jurisprudência sobre a admissibilidade do Mandado de Segurança na defesa do direito do parlamentar de abster-se de participar de processo legislativo vedado *per se* pela Constituição. É certo que é livre o exercício do mandato, desde que observados os preceitos constitucionais (SALGADO, 2015, p. 74). No Parlamento plural e deliberativo desenhado pela Constituição, há limites formais, materiais e circunstanciais que condicionam o rito legislativo, a fim de que a deliberação sobre valores possa levar a uma conclusão sobre as expectativas do constituinte “para orientar a negociação em torno da condição das políticas públicas e realizar, enfim, a interseção entre os planos do ser e do dever-ser, concretizando os ideais e aspirações que dão ensejo à formação do Estado” (CARVALHO, 2002, p. 64), pelo que sua observância constitui direito líquido e certo do parlamentar apto a ser tutelado pelo poder Judiciário.

O presente trabalho explora, inicialmente, a jurisprudência do STF em relação ao exame judicial dos trabalhos legislativos do Parlamento. Depois, são apresentadas críticas da doutrina à jurisprudência da Corte, principalmente sobre a restrição da legitimidade ativa do Mandado de Segurança apenas a congressistas e sobre o não conhecimento judicial de afronta às regras dos regimentos internos das Casas legislativas. Ao fim, para afirmar a imprescindibilidade do controle de constitucionalidade sobre o processo

legislativo, são apresentadas considerações críticas acerca desse controle, cuja finalidade seria garantir a aplicação dos regimentos internos.

2 O controle judicial preventivo

Quando decidiu o célebre caso de *Marbury v. Madison*, o então presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos assim declarou: “É enfaticamente a competência e o dever do Poder Judiciário dizer o que a lei é” (UNITED STATES, 1803, tradução nossa). Contudo, John Marshall referiu-se a “departamento judiciário”, em aberta referência ao sistema departamentalista de revisão judicial vigente à época, quando cada Poder seria responsável por aferir a constitucionalidade de atos dos demais Poderes caso pudessem ou viessem a interferir sobre seu adequado funcionamento (TUSHNET, 2003, p. 2.782). Portanto, em *Marbury v. Madison*, a Corte pronunciou-se apenas porque a questão de fundo apresentada era a indevida interferência do Poder Legislativo na distribuição de competências dentro do Poder Judiciário mediante o Judiciary Act de 1789 – na visão do próprio Poder Judiciário.

Nesse sentido, em que pese a posterior superação do modelo departamentalista rumo a um modelo forte de revisão judicial, em que o Poder Judiciário evocaria para si a competência de revelar com exclusividade a lei constitucional (TUSHNET, 2003, p. 2.782), seria inconcebível o Poder Judiciário interferir na atividade legiferante do Poder Legislativo, em homenagem aos princípios da separação e da harmonia entre os Poderes. Como a tradição consagrou, o *judicial review* só poderia ocorrer *a posteriori*, quando a lei já integraria o ordenamento jurídico, sendo afastada qualquer intervenção anterior do Poder Judiciário. O controle preventivo foi concebido em um segundo momento, à luz de um novo paradigma de separação de Poderes

que dispensa ao Poder Judiciário maior proeminência sob o discurso de “ativismo judicial”. Ao contrário do controle repressivo, cuja incidência é *a posteriori*, o controle preventivo incide já no processo legislativo, enquanto o projeto de lei ou a proposta de emenda ainda são objeto de deliberação para votação e promulgação pelo Poder Legislativo no rito delineado no texto constitucional e pormenorizado nos regimentos internos.

O controle judicial preventivo de constitucionalidade é exercido pelas Cortes de alguns países europeus, a exemplo da França, Alemanha, Itália e Portugal (PEREIRA, 2012, p. 108). No primeiro, há controle preventivo obrigatório pelo Conselho Constitucional das *lois organiques* e dos regulamentos internos das Casas legislativas. Se provocado pelo presidente da República, primeiro-ministro, presidente da Assembleia Nacional, presidente do Senado, por 60 deputados ou senadores, a Corte manifesta-se sobre um projeto de lei em particular, com exceção das *lois référendaires* e das leis de revisão constitucional. Na Áustria, a Corte Constitucional poderá ser instada pelo Governo Federal ou pelo Governo de um *Land* a manifestar-se sobre a constitucionalidade de um ato legislativo ou administrativo a fim de preservar as respectivas competências. Em Portugal, por sua vez, realiza-se a pronúncia sobre a inconstitucionalidade de “normas ainda imperfeitas” contidas em tratados internacionais, atos legislativos e atos administrativos. Por fim, a Corte Constitucional da Alemanha realiza controle prévio em caso de lei de aprovação de tratado, de litígio entre órgãos constitucionais e de entrada em vigor da lei.

No Brasil, mesmo sem interferir nas atividades legiferantes do Congresso Nacional a fim de suspender em definitivo a tramitação de projeto de lei ou de PEC, o STF deixou de conceber o controle preventivo somente nos termos materiais do art. 60, § 4º, da CRFB, para fazê-lo mediante os procedimentos delineados pelos arts. 59 e 60, responsáveis por fixar as diretrizes do processo legislativo constitucional. No julgamento do MS nº 32.033/DF (BRASIL, 2013d, p. [2]), prevaleceu o entendimento de que o controle preventivo é legítimo quando “o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa”. Ao mesmo tempo em que reputou legítimo o controle preventivo com base nos parâmetros constitucionais do processo legislativo, a maioria dos integrantes da Corte rejeitou a possibilidade de uma fiscalização material, atenta ao conteúdo da proposta ou do projeto.

Todavia, quanto às normas responsáveis pela estruturação e pela implementação do processo legislativo dentro das Casas legislativas, há ainda um debate: violações às normas dos Regimentos Internos são suscetíveis de análise pelo STF? Uma corrente amplamente majoritária rejeita o exame preventivo de normas regimentais. Os conflitos que envolvam a

interpretação e a aplicação dos regimentos devem ser resolvidos no âmbito das Casas, ainda que subjacentes a essas questões estejam possíveis violações constitucionais. Por outro lado, surgiu uma corrente minoritária que aceita a judicialização das normas regimentais.

A fim de delinear cada uma das correntes, foram selecionados mandados de segurança julgados pelo STF em diferentes períodos para uma análise dos principais argumentos utilizados pelos ministros da Corte no exercício – ou não – do controle preventivo de constitucionalidade.

2.1 A jurisprudência majoritária do STF

O cabimento de MS para resguardar o direito líquido e certo de parlamentares ao devido processo legislativo foi admitido, pela primeira vez, no voto-vista do ministro Moreira Alves no MS nº 20.257/DF. Ainda que conhecido o mandado, denegou-se a segurança “por ser manifesta a improcedência de sua fundamentação” (BRASIL, 1980c, p. 339). Nenhuma das PECs impugnadas violaria a cláusula pétrea da República, que somente pressuporia serem os mandatos periódicos. A prorrogação dos mandatos eletivos de prefeitos, vice-prefeitos e vereadores de dois para quatro anos, de forma que os pleitos e mandatos nos três níveis federativos coincidissem, não importaria em mandatos eternos ou abriria caminho a infinitas prorrogações. Uma vez que não fora desrespeitada qualquer cláusula pétrea, não estavam diante do Supremo propostas cujo trâmite fosse de antemão proibido pela Constituição.

Depois de 1988, 16 deputados federais impetraram contra ato do presidente da Câmara dos Deputados o MS nº 22.503/DF (BRASIL, 1996), sob o argumento de violação ao § 5º do art. 60 da CRFB² e ao inc. VI do art. 163 do Regimento Interno da Câmara³. O substitutivo do relator da PEC nº 33-A (BRASIL, 1995), que dispunha sobre o Sistema de Previdência Social, teria sido rejeitado pelo Plenário da Casa em 6 de março de 1995. Nessa oportunidade, designou-se como novo relator da PEC o então deputado Michel Temer, que, posteriormente, declarou ser autor da Emenda Aglutinativa nº 6. Dessa forma, “o vício estaria consubstanciado na coincidência entre a autoria e a relatoria da emenda” (BRASIL, 1996, p. 389). Argumentava-se também que a emenda aglutinativa de Michel Temer incluía dispositivos do substitutivo então rejeitado e que a indicação das emendas aglutinadas relativas à transação não fora conduzida corretamente.

²“§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa” (BRASIL, [2019a]).

³“Art. 163. Consideram-se prejudicados [...]. VI – a emenda de matéria idêntica à de outra já aprovada ou rejeitada” (BRASIL, 1989).

Vencedores, os ministros Maurício Corrêa, Francisco Rezek, Moreira Alves e Néri da Silveira convergiram para o não conhecimento de violações às regras regimentais da Câmara pelo Poder Judiciário. Em curto voto, o ministro Maurício Corrêa conheceu do *writ* apenas o que dizia respeito à violação do art. 60, § 5º, da CRFB. Por sua vez, as violações ao Regimento Interno da Câmara dos Deputados não foram conhecidas pelo ministro Maurício Corrêa nem pelo ministro Francisco Rezek, cujo voto alinhou-se com o entendimento de que as matérias *interna corporis* não escapariam do Direito, mas sim da análise judiciária. Afirmou o ministro que os regimentos internos “são normas que, uma vez observada a Constituição Federal, as casas do Congresso elaboram para reger a liturgia do seu trabalho no cotidiano” (BRASIL, 1996, p. 444). Assim, as divergências em torno das regras constitucionais poderão ser discutidas em juízo, ao passo que as divergências em torno de regras regimentais serão resolvidas apenas no âmbito do Poder Legislativo. De modo semelhante, os ministros Néri da Silveira e Moreira Alves consideraram que a interpretação e a aplicação das normas regimentais eram matéria *interna corporis* – infensas, portanto, ao exame judicial.

O ministro Francisco Rezek firmou igual entendimento no MS nº 20.471/DF (BRASIL, 1984), impetrado por Airton Sandoval Santana, deputado federal, contra decisão do presidente do Senado Federal que inviabilizou a apreciação pelo Congresso de PEC de sua autoria. Baseando-se apenas em regra do Regimento Comum do Congresso Nacional, pretendia que a Mesa do Congresso apresentasse a proposta para apreciação conjunta. Mas o ministro Francisco Rezek sequer conheceu do pedido de segurança, uma vez que ausente questão constitucional. Nesse sentido, decidiu que “hipotético abuso de poder por parte de dirigente de Casa do Congresso, em tema regimental, quedaria

circunscrito no terreno da responsabilidade política que tem ele ante seus pares” (BRASIL, 1984, p. 49).

Diante da forte resistência do STF em conhecer dos mandados quando fundados em violação a dispositivo regimental, os parlamentares e os respectivos patronos passaram a fundamentar seus *writs* exclusivamente em normas constitucionais a fim de driblar o obstáculo da doutrina da matéria *interna corporis*. Nessa estratégia, dos dispositivos regimentais imediatamente contrariados foram extraídos, ou melhor, foram deduzidos os dispositivos constitucionais que seriam contrariados.

Assim foi feito, por exemplo, no MS nº 33.630/DF (BRASIL, 2015), impetrado por 61 deputados contra ato do presidente da Câmara dos Deputados de colocar em votação a Emenda Aglutinativa nº 28 à PEC nº 182/2007, não obstante a rejeição da Emenda Aglutinativa nº 22/2017 – ambas sobre financiamento privado de campanhas. Em que pese o esforço dos impetrantes em apresentar a controvérsia apenas em termos de violação ao art. 60 da CRFB, a natureza *interna corporis* do Regimento Interno da Câmara dos Deputados foi um dos óbices evocados pela ministra Rosa Weber ao indeferir a medida liminar. A seu ver, a discussão sobre a aglutinação de proposições normativas de tema idêntico diria respeito a “devido processo, à correta concatenação desses atos”. Seria, portanto, uma questão de processo legislativo e nada mais.

Após admitir a legitimidade do controle prévio de constitucionalidade pelo Poder Judiciário de “determinada sequência de atos durante certo processo legislativo tendente à elaboração de uma das espécies normativas primárias, uma vez que é a própria Constituição Federal que, com riqueza de detalhes, prevê as normas básicas e obrigatórias do devido processo legislativo (CF, arts. 59 a 69)” (BRASIL, 2017), o ministro Alexandre de Moraes excepcionou a compe-

tência do STF para conhecer de questões envolvendo a interpretação de normas regimentais. A seu ver, em decisão no MS nº 34.562/DF, cabe ao Congresso Nacional decidir qual o verdadeiro significado por detrás das normas regimentais. Ao final de sua decisão, o ministro terminou concedendo a ordem, confirmando assim a decisão liminar que fora deferida pelo ministro Barroso com fundamento na possível violação ao art. 58, § 2º, I, da CRFB.

Não é apenas em relação à atividade legislante, à produção de normas jurídicas primárias que o Supremo faz valer a doutrina *interna corporis*. Em 2009, por exemplo, senadores impetraram MS para questionar a decisão da Mesa Diretora em não receber recurso contra o arquivamento de representações ao Conselho de Ética e Decoro Parlamentar. Amparando-se na CRFB, nos arts. 55, § 2º⁴, e 58, § 2º, I⁵, o MS nº 28.213/DF (BRASIL, 2009) pedia a anulação da decisão da Mesa Diretora e o julgamento do recurso pelo Plenário.

Sob relatoria do ministro Eros Grau, a decisão afirmou taxativamente que as “questões atinentes exclusivamente à interpretação e à aplicação dos regimentos das casas legislativas constituem matéria *interna corporis*, da alçada exclusiva da respectiva casa” (BRASIL, 2009). Não obstante o MS argumentasse em termos constitucionais, o voto do relator valeu-se da ausência de previsão expressa, no Código de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal, de recurso ao Plenário contra decisão que determine a inadmissibilidade de representação ou denúncia contra senador. Assim, devido ao princípio constitucional da separação de Poderes, subjacente à questão *interna corporis*, afirmou o ministro que essa controvérsia seria insuscetível de apreciação pelo Judiciário, sendo negado por unanimidade o seguimento ao MS nº 28.213/DF.

Semelhante controvérsia fora apreciada pelo STF seis anos antes, no MS nº 24.356/DF. O *writ* impetrado pelo deputado Eduardo Werneck contra ato da Mesa da Câmara dos Deputados e de seu presidente, consubstanciado no arquivamento de denúncia, sequer chegou a ser conhecido pelo Pleno, sob o mesmo argumento de que, “se a controvérsia é puramente regimental, resultante de interpretação de normas regimentais, trata-se de ato *interna corporis*, imune ao controle judicial, mesmo porque não há alegação de ofensa a direito subjetivo” (BRASIL, 2003, p. 319).

⁴“§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa” (BRASIL, [2019a]).

⁵“§ 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: I – discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa” (BRASIL, [2019a]).

É exatamente esse o posicionamento da ampla maioria dos ministros do STF: cabe exclusivamente à Casa legislativa dirimir as controvérsias em torno da interpretação e da aplicação das normas regimentais que estruturam o processo legislativo constitucional.

2.2 A jurisprudência minoritária do STF

A análise de Del Negri (2011, p. 96) das decisões da Corte no exercício do controle preventivo levou a duas conclusões – uma óbvia e outra surpreendente:

No campo das obviedades, está uma série de decisões que, a bem dizer, são aproveitamentos de decisões antigas do tribunal no sentido de negar a ressignificação de projetos de lei, no Judiciário, pelo entendimento de que o assunto é de competência *interna corporis*. No campo das surpresas, verifica-se que pós-88 alguns Ministros apresentaram uma compreensão de um Direito Democrático de forma que a decisão *interna corporis* fosse desafiada.

Em contraponto à corrente majoritária do STF, surgiu, depois da CRFB, uma corrente minoritária que conhece das alegadas ofensas às regras regimentais para avançar sobre as matérias anteriormente consideradas como de natureza *interna corporis*. Contudo, é tarefa difícil encontrar votos em que a segurança seria concedida com base nas normas de regimento interno, o que demonstra que essa compreensão por ora tem um efeito mais simbólico do que prático.

Impetrado pelo deputado Alessandro Molon, o MS nº 31.816/DF (BRASIL, 2013c) insurgia-se contra o ato da Mesa Diretora do Congresso Nacional que acolheu requerimento de urgência para a apreciação do veto presidencial ao Projeto de Lei nº 2.565/2011 (BRASIL, 2011), responsável pelas novas regras de distribuição dos *royalties* arrecadados da exploração de petróleo, gás natural e afins entre os entes federados. A Casa, mesmo com três mil vetos pendentes de análise, decidiu ser prioritária a apreciação do veto nº 38/2012. Para o parlamentar, o Congresso não só violara a CRFB, nos §§ 4º e 6º do art. 66, e o estatuto constitucional das minorias parlamentares, como também violara o Regimento Comum do Congresso Nacional em diversos pontos, ao permitir, por exemplo, a apreciação de matéria não prevista na ordem do dia e ao aplicar subsidiariamente o Regimento do Senado Federal, em vez do Regimento da Câmara dos Deputados, diante das lacunas do Regimento do Congresso Nacional.

Ainda que revertida em sede de agravo regimental, mantendo-se firme a jurisprudência do Tribunal pela natureza *interna corporis* das controvérsias regimentais, a decisão liminar do ministro Luiz Fux teceu

importantes considerações sobre a natureza dos regimentos internos das Casas legislativas, apresentando quatro razões substantivas “para não se transigir com este entendimento ortodoxo [de matérias *interna corporis*] e, conseqüentemente, encampar um elastério no controle jurisdicional nas questões jurídicas porventura existentes nas vísceras de cada Poder” (BRASIL, 2016b).

Primeiro, a seu ver, as disposições regimentais são normas de natureza jurídica dotadas de imperatividade e vinculância. Assim, sua obrigatoriedade autoriza a resposta pelo Poder Judiciário. Segundo, cabe a regimentos internos estruturar as normas constitucionais sobre processo legislativo, que nada mais fixam do que diretrizes genéricas ao legislador. Com isso, a definição das normas reguladoras das atividades legislativas pelos parlamentares constitui um exercício de autolimitação voluntária e de pré-compromisso para com a disciplina interna dos trabalhos legiferantes, impondo-se aos parlamentares o dever de observância. Em terceiro lugar, os regimentos são necessários como regras impessoais que asseguram previsibilidade e segurança às minorias parlamentares que, dessa forma, podem conhecer e participar da deliberação. A última razão é “de cidadania”: a observação das regras regimentais é indispensável ao pluralismo exigido pela Constituição e é necessário à legitimação do processo de elaboração das leis.

Curiosamente, em acórdão depois proferido pela Segunda Turma do Supremo nos autos do MS nº 31.951/DF (BRASIL, 2014), o ministro Luiz Fux parece ter revisto seu entendimento sobre a sindicabilidade das normas regimentais. Nesse *writ*, impetrado pelo deputado Jean Willys, suscitava-se tanto violação ao art. 58 da CRFB quanto ao art. 48 do Regimento da Câmara dos Deputados, consistente na realização de reunião fechada da Comissão de Direitos Humanos e Minorias para a eleição da sua presidência. Primeiro, ao negar monocraticamente seguimento ao MS e, depois, ao negar provimento ao agravo contra sua decisão (BRASIL, 2016a), o ministro aduziu que a controvérsia seria restrita à interpretação de normas regimentais; portanto, deveria ser resolvida no âmbito do próprio Poder Legislativo. Nem sequer foi feita distinção entre, por exemplo, a disciplina regimental das atividades das comissões temáticas e a disciplina regimental do processo legislativo propriamente dito.

De toda forma, na exposição de suas razões no MS nº 31.816/DF, o ministro Luiz Fux traz excerto do voto proferido pelo ministro Marco Aurélio no MS nº 22.503/DF. Como relator, Marco Aurélio concluiu que, se a questão levantada nos autos fosse considerada matéria *interna corporis*, o Poder Legislativo cairia em autofagia. Ler a controvérsia como matéria *interna corporis* afastaria a normalidade democrática subjacente ao direito de acesso ao Poder Judiciário (BRASIL, 1996). Os participan-

tes do trabalho legiferante têm o direito público subjetivo de respeito às normas procedimentais em vigor, tenham ou não estatura constitucional. Ao assegurar seu cumprimento, o Tribunal está no exercício daquele que é seu papel precípuo: guardar a Constituição. A garantia do respeito ao rito contribuiu para a manutenção do Estado Democrático de Direito instituído pela CRFB. Do contrário, os “Deputados que formaram em corrente minoritária somente podem vir a se lamentar” (BRASIL, 1996, p. 411), uma vez que reconhecer tais matérias como *interna corporis* teria o condão de elevar a maioria a “soberano absoluto”, facultando a decisão de respeitar o processo legislativo.

Foi igualmente vencido o ministro Marco Aurélio no MS nº 21.754/DF (BRASIL, 1993c), em sede de agravo regimental. Deputados impetraram o *writ* contra a negativa da Mesa do Congresso Nacional de apresentar as notas taquigráficas e as gravações da 47ª sessão extraordinária do Congresso, cuja finalidade era ler o Projeto de Resolução nº 3/1993 (BRASIL, 1993b), sobre os trabalhos de revisão constitucional. Alegou-se que a sessão, adiada em 30 minutos a fim de obter quórum, foi reaberta pela Mesa ainda que não alcançado o quórum mínimo determinado pelo art. 48 do Regimento: 1/6 dos membros de cada Casa. O ministro Marco Aurélio, que já havia concedido medida cautelar, afastou o teor *interna corporis* da questão impugnada sob a justificativa de competir ao Poder Judiciário conhecer das transgressões ao Regimento, que nada mais é do que um diploma que encerra em si normas.

Curiosamente, vale dizer que a jurisprudência do STF não abriga controvérsias quanto à possibilidade de o Judiciário intervir nas atividades do Legislativo em proteção ao estatuto constitucional de minorias parlamentares. Assim o fez no MS nº 24.831/DF e no MS nº 26.441/DF (BRASIL, 2005, 2007b), ambos relatados pelo ministro Celso de Mello e impetrados por congressistas de oposição a fim de assegurar a criação de Comissão Parlamentar de Inquérito – respectivamente, a CPI dos Bingos e a CPI do “Apagão Aéreo”. Em razão das manobras dos congressistas do governo para inviabilizar sua instauração, ainda que observados os requisitos previstos pelo § 3º do art. 58 da CRFB⁶, a minoria parlamentar socorreu-se do Supremo, que concedeu a segurança em ambas as oportunidades para que fossem adotadas providências suficientes para a instalação e o funcionamento da Comissão. Assim, “a estrita observância

⁶“§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores” (BRASIL, [2019a]).

dos direitos e garantias, notadamente quando se alegar, como se sustenta na espécie, transgressão ao estatuto constitucional das minorias parlamentares, traduz fato de legitimação da atividade estatal. [O] dever de obediência ao regime da lei e da Constituição se impõe a todos” (BRASIL, 2007b, p. 333). Todavia, com exceção da corrente realmente minoritária, a disposição em fiscalizar as atípicas atividades investigatórias do Congresso não encontra correlação nas típicas atividades legislativas do Congresso por força da “concepção [prevalente] desjuridicizante do processo legislativo, o qual é reduzido a sua dimensão político-deliberativa” (BERNARDES JÚNIOR, 2009, p. 108).

3 As críticas doutrinárias ao controle judicial (não) exercido pelo STF

A concessão de liminar pelo ministro Gilmar Mendes no MS nº 32.033/DF, suspendendo o trâmite do PLC nº 14/2013 (BRASIL, 2013a), que tratava de questões partidárias, foi objeto de díspares interpretações. Para Teles Filho (2013), não existiria razão alguma para alarde, uma vez que “tanto a impetração quanto a decisão inserem-se perfeitamente na tradição brasileira”. Por outro lado, Silva (2013) alegou que “é algo que parece não ter paralelo na história do STF e na experiência internacional”. Por não haver espaço neste trabalho para a análise das críticas formuladas a casos particulares em que a Corte exerceu o controle judicial preventivo, é importante abstrair censuras pontuais e direcioná-las ao próprio fenômeno do controle preventivo.

Apreciações de duas naturezas serão apresentadas. Em primeiro lugar, sobre o entendimento do STF de que somente parlamentares detêm a legitimidade ativa para impetrar Mandado de Segurança a fim de impugnar o processo legislativo. Trata-se de crítica voltada ao aspecto

procedimental. Em segundo lugar, a crítica à posição majoritária que afasta da jurisdição da Corte afronta a regimento interno – crítica de natureza material. Ao fim, ambas as posições apresentam a mesma conclusão: defesa da ampliação do escopo do controle judicial preventivo, seja em sua forma, seja em seu conteúdo.

3.1 O controle preventivo judicial e o “dever de cidadania”

José Paulo Coutinho de Arruda impetrou o MS nº 23.087/SP (BRASIL, 1998) contra ato do presidente do Senado Federal e do presidente da Câmara dos Deputados. Ainda que fosse devidamente intimado, o impetrante não realizou o preparo do processo, como determinado pelo art. 57, *caput*, do Regimento Interno do STF (BRASIL, 2019b). Assim, o Mandado de Segurança nem sequer foi distribuído, tendo sido arquivado por decisão do ministro Celso de Mello, então presidente do STF.

O fundamento para o indeferimento do pedido foi a ausência de preparo. Porém, o ministro Celso de Mello avançou na questão acerca da legitimidade ativa *ad causam* do impetrante: João Arruda não era parlamentar, mas apenas “cidadão comum”. Os debates sobre constitucionalidade travados no correr da atividade legiferante, tanto de proposta de emenda quanto de projeto de lei, segundo o ministro, só poderão ser suscitados em juízo por integrantes do Congresso Nacional, a quem é atribuído o direito público subjetivo à observância da disciplina jurídica imposta pela Constituição na elaboração das espécies normativas.

São necessárias duas observações: primeiro, o ministro, ao menos nessa decisão, silencia sobre a possibilidade de o direito líquido e certo abarcar a observância de normas regimentais; segundo, para ressaltar que é conferida a congressista a prerrogativa de impugnar o rito

legislativo na sua respectiva Casa legislativa. Assim, o deputado poderá questionar trâmite na Câmara dos Deputados, e o senador, no Senado. De toda forma, conforme a decisão do MS nº 23.087/SP, a razão de ser da legitimidade ativa *ad causam* dos congressistas reside no fato de que

[o] parlamentar, fundado na sua condição de co-partícipe do procedimento de formação das normas estatais, dispõe da prerrogativa de impugnar o eventual descumprimento, pela instituição parlamentar, das cláusulas constitucionais que lhe condicionam, no plano material ou formal, a atividade de positivação das emendas à Constituição ou das regras legais (BRASIL, 1998).

É privativo do parlamentar o direito de não ver submetida à deliberação a proposta ou o projeto contrários a cláusula pétrea. Não é lícito ao cidadão, sob o argumento de potencial destinatário da futura emenda à Constituição, investir-se na posição de parte interessada no controle prévio. O particular não tem direito público subjetivo de fiscalização do processo legislativo e muito menos direito líquido e certo, que é pressuposto do *writ*, em razão de não sofrer nenhum efeito de norma ainda em elaboração. A ausência da prerrogativa parlamentar desqualificaria o cidadão para buscar prestação jurisdicional a fim de resguardar os postulados constitucionais no procedimento de elaboração das normas.

Quando promulgada a Lei nº 9.882/1999 (BRASIL, [2001]), que regulamenta a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a jurisprudência do STF era pacífica acerca da legitimidade ativa privativa de deputado e senador para propositura de Mandado de Segurança preventivo. Entretanto, merece análise o art. 1º do Projeto de Lei nº 2.872/1997 (BRASIL, 1997, p. 11.910), da deputada Sandra Starling, vetado pela Presidência da República:

Art. 1º Caberá reclamação de parte interessada ao Supremo Tribunal Federal mediante pedido de um décimo dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, quando ocorrer descumprimento de preceito fundamental do texto constitucional, em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou comum, no processo legislativo de elaboração de normas previstas no art. 59 da Constituição.

Como justificativa, a deputada apontou para a superação do paradigma de um controle judicial restrito a lei promulgada e para a progressiva aceitação do controle judicial incidental sobre o processo legislativo. O projeto previa como exigência o pedido de um décimo de membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal – “para que não haja uma ruptura com a partição do poder, requisito de funcionalidade do

Estado Democrático de Direito” (BRASIL, 1997, p. 11.910). Na Comissão de Constituição e Justiça, foi oferecido um substitutivo pelo relator, deputado Prisco Viana. Preservada a idoneidade da arguição para impugnar a interpretação ou a aplicação dos regimentos das Casas legislativas e do Congresso Nacional, o mérito do substitutivo seria ampliar a legitimidade da arguição para qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato de Poder Público – fosse ou não parlamentar. Assim, poderiam cidadãos comuns interpor a arguição quando violada norma regimental durante os trabalhos legislativos. Mas, quando submetido à sanção presidencial, o veto foi aposto justamente sobre esse inciso por razão de inconstitucionalidade.

O veto ao inc. II do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.882/1999 deu-se por não estar autorizada ao STF a intervenção ilimitada e genérica em questões de interpretação e aplicação dos regimentos das Casas legislativas. A fiscalização “no âmbito das normas constantes de regimentos internos do Poder Legislativo restringe-se àquelas em que se reproduzem normas constitucionais” (BRASIL, 1999). Por sua vez, o inc. II do art. 2º foi recusado em razão de ter instituído instrumento de acesso “direto, irrestrito e individual”, incompatível com o modelo concentrado de controle de constitucionalidade. Argumentou-se que a não exigência de maior qualificação ao proponente da arguição e a abstração do objeto impugnado culminariam em elevado número de feitos submetidos à apreciação do Tribunal, “sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas” (BRASIL, 1999). Nesse sentido, supõe-se que os agentes já autorizados pelo art. 103 da CRFB a manusear as ações de controle concentrado têm o condão de tornar desnecessária e ineficiente a admissão de um instrumento irrestrito e individual, cujo reflexo seria apenas o excesso de causas submetidas à Corte.

Para Del Negri (2011, p. 111), o veto da Presidência apenas chancelou o posicionamento do STF pelo descabimento do controle quando violadas normas dos regimentos internos das Casas legislativas, confirmando o “princípio de uma separação de funções às avessas, se analisada em face dos direitos constitucionais mínimos de produção legitimadora-legislativa devida a toda sociedade autorizada pelos atributos constitucionais de exercício da cidadania”. Assim, apresenta-se como alternativa a assegurar o direito do cidadão ao devido processo legislativo o Mandado de Segurança coletivo, que poderá ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade classista ou associação⁷, cujos integrantes teriam direito líquido e certo de não serem desrespeitados por projeto de lei que afronte seus direitos fundamentais.

A crítica de Bernardes Júnior (2009) revela-se mais contundente por voltar-se ao fundamento da legitimidade ativa privativa de parlamentares, a saber, a concepção privatística do mandato parlamentar. Amparado pelas ideias de Marcelo Cattoni, afirma que às regras de regimentos internos cabe estruturar um processo legislativo democrático e institucionalizar as “formas discursivas e negociais que, sob as condições de complexidade da sociedade atual, devem garantir o exercício da autonomia jurídica – pública e privada – dos cidadãos” (BERNARDES JÚNIOR, 2009, p. 121). Não circunscrita aos direitos das minorias parlamentares ou às condições do exercício de mandato, a questão diz respeito à própria cidadania. A ampliação de legitimados alimentaria o processo de politização da sociedade, que passaria a dispor de meios para interferir no processo de deliberação política rumo à construção da “so-

⁷ Agentes autorizados pelo art. 21 da Lei nº 12.016/2009 (BRASIL, [2018]).

cidade aberta de intérpretes da Constituição” (HÄBERLE, 1997).

Porém, a Corte mantém-se firme quanto ao monopólio dos congressistas sobre a legitimidade ativa, revelando uma concepção privatística do mandato parlamentar – ao menos em relação à legitimidade ativa *ad causam*, considerando-se que, ao decidir sobre a fidelidade partidária nos MSs nºs 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF (BRASIL, 2007c, 2007d, 2007e), a Corte entendeu ser o partido titular do mandato. De toda forma, no presente caso, tal concepção importa a privatização do processo de fixação do sentido constitucional e do direito de questionar em juízo o rito legislativo, com “atribuição de exclusividade do corpo legislativo para interpretar normas integrantes do bloco de constitucionalidade, como são as disposições regimentais referentes ao procedimento de criação de normas jurídicas” (BERNARDES JÚNIOR, 2009, p. 121).

3.2 A estruturação do processo legislativo constitucional

Não é difícil encontrar críticas doutrinárias à posição majoritária do STF de não reconhecer litígios fundados tão somente em dispositivos ou em interpretações de regimentos. Serão brevemente expostas as críticas doutrinárias e análises formuladas por juristas sobre casos específicos de impetração de mandado contra a tramitação de propostas e de projetos. A intenção é apresentar, ao final, um panorama dos argumentos lançados a favor do controle judicial preventivo e contra a jurisprudência do STF.

Todas as construções hermenêuticas que não conhecem impugnações ao processo legislativo fundadas nos dispositivos ou nas leituras dos regimentos internos, sob o argumento de consistirem em matéria *interna corporis* de análise exclusiva do Poder Legislativo, “perderam

sentido explicativo, em face da supremacia da Constituição”. Para Macedo (2007, p. 158), a força normativa da CRFB impõe-se a todos os Poderes públicos, que não mais poderiam pretender ser infensos ao controle da adequação constitucional de sua atividade. Da mesma maneira, aplicar-se-ia ao processo legislativo o princípio minoritário, que serviria de guia à fiscalização pelo STF do protocolo de formação da vontade das Casas legislativas. Além da supremacia constitucional e do princípio minoritário, a autora traz como parâmetros ao controle preventivo: o legítimo exercício das competências constitucionais, a obrigatoriedade das regras do processo legislativo constitucional e a defesa dos direitos públicos subjetivos e do estatuto constitucional das minorias políticas (MACEDO, 2007, p. 158).

Ainda de acordo com Macedo (2007), os regimentos internos das Casas legislativas encontrariam fundamento na CRFB, sobretudo no Capítulo I do Título IV, que é responsável pela disciplina do Poder Legislativo. Como consequência, a interpretação e a aplicação de normas regimentais deveriam ser realizadas de acordo com os fins constitucionalmente previstos, razão pela qual estariam submetidas ao controle judicial para evitar abusos de prerrogativa e lesões à ordem constitucional. Praticada lesão a direitos subjetivos, seja ou não por meio da aplicação de norma regimental, o ato não deve prevalecer sobre as garantias constitucionais. Considerar tais questões como de esfera *interna corporis*, próprias do Legislativo e imunes ao Judiciário, implica afronta à supremacia da CRFB, não importando se o Mandado de Segurança se fundamenta apenas em regimento. Concluindo, Macedo (2007, p. 161) argumenta que, “somente mediante conhecimento da matéria levada a juízo, poderá o Tribunal dizer se as Casas agiram no fiel desempenho de sua missão constitucional”.

Com base na doutrina dos direitos fundamentais de Robert Alexy, Bustamante e Bustamante (2016) vislumbram nos regimentos internos das Casas legislativas a estruturação do devido processo legislativo. Ainda que suas normas não sejam normas formalmente constitucionais, previstas diretamente no texto constitucional, os regimentos internos comportariam “normas de direito fundamental derivadas”, ou seja, normas que são fundamentadas diretamente no texto constitucional. Na medida em que dariam concretude ao devido processo legislativo delineado nos arts. 59 a 69 da CRFB, normas regimentais operam materialmente como normas constitucionais (BUSTAMANTE; BUSTAMANTE, 2016, p. 366), de forma que seu desrespeito seria, em última medida, ofensa ao princípio democrático e ao Estado Democrático de Direito quando respondida positivamente a seguinte pergunta: é possível cumprir a norma X, diretamente estatuída na Constituição, sem observar ao mesmo tempo a norma Y, prevista no regimento interno?

Como consequência, os autores criticam veementemente a jurisprudência do STF que justifica, em suposta homenagem à separação dos Poderes, o não conhecimento de violações às normas regimentais sob o pretexto de serem matérias *interna corporis*. No caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.425/DF, o STF reconheceu a constitucionalidade de emenda que fora promulgada após votação e aprovação em duas sessões realizadas no mesmo dia, com menos de uma hora de intervalo entre ambas, afastando a violação ao art. 60, § 2º, da CRFB – que estabelece o intervalo mínimo de cinco dias entre as sessões. Para a Corte, a inconstitucionalidade formal deveria ser afastada por deferência ao legislador e por privilegiar o “diálogo institucional” em detrimento do “ativismo judicial” (BRASIL, 2013b).

Bustamante e Bustamante (2016) denunciam que, em matéria de controle do processo legislativo, o passivismo judicial do STF promove uma leitura equivocada das críticas ao ativismo judicial em dois momentos. Primeiro, ao transigir com desrespeito a normas regimentais sob o argumento de serem *interna corporis*, as críticas ao ativismo judicial depositam forte esperança sobre o processo legislativo, que a um só tempo fomentaria o debate constitucional e permitira uma deliberação franca e inclusiva (BUSTAMANTE; BUSTAMANTE, 2016, p. 364). Segundo, quanto ao conteúdo das próprias leis e emendas, a crítica ao ativismo judicial defende a prevalência das decisões legislativas razoáveis no âmbito da política e da justiça social, ainda que contrárias às convicções pessoais dos magistrados (BUSTAMANTE; BUSTAMANTE, 2016, p. 370).

A decisão do STF na ADI nº 4.425/DF foi criticada por Silva e Souza (2017) em termos bem semelhantes. Mesmo reconhecendo a desconfiança em relação à supremacia judicial, ou melhor, ao ativismo judicial, os auto-

res defendem ser papel do STF, na condição de Corte constitucional, “tutelar as regras do jogo democrático” (SILVA; SOUZA, 2017, p. 160). Ao não cumprir seu papel, deixando a interpretação e a aplicação dos regimentos internos ao livre arbítrio das Casas legislativas em atenção a uma suposta separação dos Poderes e à autorrestrição judicial, a postura do STF é complacente com a utilização arbitrária e autoritária do regimento.

A jurisprudência do STF, segundo a crítica de Del Negri (2011), inviabilizou a possibilidade de interpretar a questão da matéria *interna corporis* sob a luz do devido processo constitucional. Em um Estado Democrático de Direito, o processo legislativo deve desenvolver-se em conformidade aos princípios constitucionais, de tal modo que a produção da lei seja empreendimento coletivo que envolva ampla participação política e respeite os direitos das minorias. Como critério para a gênese de leis democráticas, o devido processo constitucional deveria ser protegido na condição de direito dos cidadãos. O processo legislativo seria instituição apta a “assegurar a observância dos princípios democrático-constitucionais do contraditório e da simétrica e simultânea paridade entre os destinatários normativos (cidadãos) e seus representantes (partidos políticos)” (DEL NEGRI, 2011, p. 49).

Com apoio em Menelick de Carvalho Netto e Peter Häberle, autores que interpretam a Constituição como documento de autoria e de interpretação coletivas, Del Negri (2011) defende a superação da doutrina *interna corporis* por meio da possibilidade de o cidadão acompanhar e questionar decisões tomadas no âmbito do Poder Legislativo, o que, na doutrina de Pereira (2012, p. 189), “maximizaria os canais de participação popular no processo legislativo, como verdadeiros autores e destinatários das espécies normativas e de suas respectivas proposições”.

A inobservância de norma regimental, tanto da Câmara quanto do Senado, constitui desvio

procedimental que afronta os princípios do devido processo legal. Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, que pressupõe ampla defesa e contraditório, todo ato deve sujeitar-se a controle que garanta adequação ao devido processo constitucional. Portanto, segundo Del Negri (2003, p. 105), “a atividade de construção, interpretação e aplicação do Regimento Interno é suscetível de irrestrito controle de constitucionalidade pela via processual de correções incessantes a tornar inconcebível a existência de matéria *interna corporis* invulnerável no Estado Democrático de Direito”.

Também recorrendo à noção de Estado Democrático de Direito apresentada por Habermas (2001), Oliveira (2000, p. 130) situa no controle preventivo “a garantia das condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos coassociados jurídicos, no sentido de equiprimordialidade e da inter-relação entre elas”. O autor, com Bahia e Nunes, voltaria a defender esse mesmo ponto de vista diante da impetração do MS nº 33.630/DF (BRASIL, 2015), que cuidava da questão das emendas aglutinativas no esforço da Câmara dos Deputados em reinstaurar o financiamento privado de campanha. Para os autores, o controle judicial de constitucionalidade do processo legislativo deveria garantir um processo democrático de reforma constitucional com ampla e legítima participação popular (OLIVEIRA; BAHIA; NUNES, 2015).

O controle judicial preventivo terá por critério os dois objetivos principais do discurso legislativo, defende Carvalho (2002, p. 117). Em primeiro lugar, a materialização da exigência de racionalidade no processo de elaboração das leis, com a inclusão do mais amplo número de participantes e a observância da pretensão de correção. Em segundo, a deliberação e tomada de decisão em tempo hábil a enfrentar os problemas a que se destinam os resultados do processo

legislativo. Na prática, ambos os objetivos por vezes entram em rota de colisão, porque o primeiro “pressupõe a possibilidade de se problematizarem todos os ângulos e pontos de vista da questão material em exame, inclusive com a perspectiva de se questionarem as próprias regras do discurso”, e o segundo “impõe limites pragmáticos de tempo, de oportunidade e de matérias a serem submetidas à discussão” (CARVALHO, 2002, p. 117).

Ainda segundo Carvalho (2002), não é inverossímil a possibilidade de uma maioria parlamentar adotar medidas que dificultem ou até inviabilizem a participação de uma minoria “competente e combativa”. Logo, seria conveniente que as regras responsáveis por disciplinar o processo legislativo e proteger as minorias parlamentares fossem rígidas, de tal maneira que não estivessem sujeitas a flexibilizações quando pressionadas por exigências de ocasião. Pelo contrário, devem ser reforçadas quando o bloco majoritário se contrapõe ao minoritário, “uma vez que tal situação apresenta os maiores riscos de uma atuação política baseada no arbítrio, tendente ao esmagamento e à desconsideração das opiniões dissonantes” (CARVALHO, 2002, p. 117). A simples ameaça ao direito à participação importa a rejeição de qualquer empecilho ao exercício do controle preventivo.

Os regimentos internos, nas palavras de Bernardes Júnior (2009), cumprem a função de disciplinar o devido processo legislativo, garantindo as condições de comunicação e negociação necessárias a um debate público democrático. Com isso, vários de seus dispositivos “constituem comandos normativos densificadores de princípios de ordem constitucional” (BERNARDES JÚNIOR, 2009, p. 109). A natureza normativa dos regimentos internos remete à circunstância de serem normas jurídicas veiculadas por resolução legislativa, submetidas ao devido processo legal e revestidas de força normativa – como previsto pelo art. 50, VII, da CRFB. Foram justamente nesse sentido as críticas feitas por Falcão (2015) não ao STF, mas sim ao Congresso Nacional quando da tentativa de derrubada do veto da Presidência da República à Lei dos *Royalties* em discordância com o Regimento. Nesse sentido, Falcão (2015, p. 170) declarou que “o Congresso exerce sua independência ao estabelecer seu regimento interno. Sozinho, decide seu processo, porém tem de respeitar direitos e garantias fundamentais”.

Reafirmando o caráter jurídico dos regimentos internos, não há como blindar violações às suas normas sob o pretexto de serem questão *interna corporis*, de acordo com Bernardes Júnior (2009). A discricionariedade do legislador compreende tão somente a margem para a escolha política que faz quando elege os objetivos a serem buscados pela coletividade, sem que haja qualquer espaço para desrespeito aos parâmetros que informam a atividade política. Novamente, semelhante foi a crítica de Falcão (2015,

p. 171), para quem “o regimento do Congresso é uma autolimitação de interesse não apenas do próprio Congresso; é uma garantia democrática para as minorias parlamentares, para os partidos políticos e sobretudo para os eleitores”.

Assim, pactuar com a concepção do processo legislativo como matéria *interna corporis* do Poder Legislativo, infensa ao conhecimento judicial, deixa desprotegido o direito de ser regido por leis promulgadas ao fim de um processo legislativo adequado. Conclui Bernardes Júnior (2009, p. 112) que, “se a violação a esse direito promanar de má interpretação que se dê a dispositivo regimental, impõe-se que o Judiciário seja acionado para afastar tal antijuridicidade”.

4 Considerações finais

A doutrina brasileira sobre controle preventivo de constitucionalidade converge para a necessidade de ampliar a fiscalização do processo legislativo pelo Poder Judiciário. Ainda é imprescindível considerar a multiplicidade dos fundamentos presentes nos votos dos ministros do STF. Como base nas decisões analisadas, talvez seja possível arriscar que haja consenso sobre a possibilidade de fiscalização quando o trâmite de proposta de emenda ou projeto de lei desrespeitar os ritos expressamente delineados nos arts. 59 a 69 da CRFB. Esse consenso já não existe no que diz respeito ao controle por violação a cláusula pétrea, já que alguns dos integrantes da Corte, a exemplo de Rosa Weber, Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso, entendem que examinar a eventual ofensa ao art. 60, § 4º, da CRFB exigiria um juízo de valor sobre o conteúdo da proposta de emenda.

A única unanimidade é a falta de legitimidade ativa *ad causam* do cidadão, a quem restaria como possibilidade ainda em aberto – para provocar o Poder Judiciário a pronunciar-se acerca de afronta ao devido processo legislativo – o exercício do direito de petição previsto na alínea *a* do inc. XXXIV do art. 5º da CRFB. Trata-se de fresta a ser explorada a favor da promoção e concretização do direito fundamental de participação e interferência dos cidadãos na tomada de decisão mediante a apresentação em órgãos públicos de “pedidos, reclamações, representações, sugestões, reivindicações em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, em favor de interesses particulares ou do interesse público” (BONIFÁCIO, 2004, p. 24).

Entretanto, há esperança de que a corrente minoritária que despontou com a CRFB venha a tornar-se majoritária no STF. Sob fundamentos semelhantes, de determinadas resoluções consistirem somente em “interpretação da legislação eleitoral”, negava-se o controle de constitucio-

nalidade de resoluções do Tribunal Superior Eleitoral com base em uma questionável diferenciação entre a natureza das resoluções – se primárias, caso inovassem no ordenamento jurídico; ou secundárias, caso dessem execução a uma lei –, ficando a critério do STF decidir qual a natureza da resolução no caso concreto. Hoje, a fiscalização de resolução é admitida pela Suprema Corte justamente por derivar diretamente da CRFB.

Resta saber se esse entendimento prevalecerá amanhã em relação ao processo legislativo e suas regras regimentais, que também derivam diretamente da CRFB.

Sobre os autores

Eneida Desiree Salgado é doutora e mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil, com estágio de pós-doutoramento no Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidad Nacional Autónoma de México, Cidade do México, México, e no programa de pós-graduação em Ciência Política da UFPR, Curitiba, PR, Brasil; professora de graduação, mestrado e doutorado na UFPR, Curitiba, PR, Brasil. E-mail: desisalg@yahoo.com.br

Eduardo Borges Espínola Araújo é mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; especialista em Direito Eleitoral pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil. E-mail: eduardo.bfr@me.com

Como citar este artigo

(ABNT)

SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. Controle judicial do processo legislativo: do minimalismo à garantia do devido procedimento legislativo. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 224, p. 79-104, out./dez. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p79

(APA)

Salgado, E. D., & Araújo, E. B. E. (2019). Controle judicial do processo legislativo: do minimalismo à garantia do devido procedimento legislativo. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(224), 79-104. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p79

Referências

BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. *O controle jurisdicional do processo legislativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Política e Constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Direito de petição: garantia constitucional*. São Paulo: Método, 2004. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei da Câmara nº 14, de 2013*. Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 9.504, de 30 de setembro de 1997, nos termos que especifica. Brasília, DF: Senado Federal, 2013a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4796328&ts=1553272959726&disposition=inline>. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. [*Projeto de Lei nº 2.565, de 2011*]. Modifica as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, para determinar novas regras de distribuição entre os entes da Federação dos royalties e da participação especial devidos em função da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos [...]. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2011. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=932480&filename=PL+2565/2011. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.872, de 1997. Dispõe sobre a reclamação ao Supremo Tribunal Federal, no caso de descumprimento de preceito constitucional no processo legislativo, e dá outras providências. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, ano 52, n. 77, p. 11.910-11.911, 9 maio 1997. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09MAI1997.pdf#page=38>. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [4.470], de 2012*. Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 9.504, de 30 de setembro de 1997, nos termos que especifica. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026983&filename=PL+4470/2012. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 1995. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, DF, ano 50, n. 58, p. 6.038-6.041, 11 abr. 1995. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD11ABR1995.pdf#page=42>. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 51, de 1980*. Altera o título das disposições gerais e transitórias, estendendo os mandatos dos atuais prefeitos, vice-prefeitos e vereadores até 1982, imprimindo nova redação ao artigo 209. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 1980a.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 52, de 1980*. Prorroga mandatos de prefeitos, vice-prefeitos e vereadores. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 1980b.

_____. Câmara dos Deputados. [Proposta] de Emenda à Constituição nº 171, de 1993. Altera a redação do art. 228 da Constituição Federal (imputabilidade penal do maior de dezesseis anos). *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, DF, ano 48, n. 179, p. 23.062-23.064, 27 out. 1993a. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD27OUT1993.pdf#page=10>. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. [*Proposta de Emenda à Constituição nº 182, de 2007*]. Altera os arts. 17, 46 e 55 da Constituição Federal, para assegurar aos partidos políticos a titularidade dos mandatos parlamentares e estabelecer a perda dos mandatos dos membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo que se desfilarem dos partidos pelos quais forem eleitos. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2007a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=516056&filename=PEC+182/2007. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Resolução nº 17, de 1989*. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação

e Informação, 1989. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%206-2019.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. Congresso Nacional. *Projeto de Resolução do Congresso Nacional nº 3, de 1993*. Fixa data para o início dos trabalhos de revisão da Constituição Federal. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1993b.

_____. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Presidência da República, [1985a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, [1985b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. *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. Brasília, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. *Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. Presidência da República. *Mensagem nº 1.807, de 3 de dezembro de 1999*. [Veto a dispositivos da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1999. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9882-3-dezembro-1999-369889-veto-19051-pl.html>. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.425/DF*. Direito constitucional. Regime de execução da Fazenda pública mediante precatório. Emenda Constitucional nº 62/2009. Inconstitucionalidade formal não configurada [...]. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Min. Ayres Britto. Redator do acórdão: Min. Luiz Fux, 14 de março de 2013b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5067184>. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 21.754/RJ*. Agravo regimental. Mandado de segurança. Liminar: (in)deferimento. Preliminar. Objeto do pedido. Decisão do Congresso Nacional. Interpretação do Regimento Interno. Matéria *interna corporis*. Hipótese de não-conhecimento [...]. Agravante: Presidente do Congresso Nacional. Agravado: Luiz Alfredo Salomão e outros. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Min. Francisco Rezek, 7 de outubro de 1993c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325619>. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental em Mandado de Segurança 31.951/DF*. Agravo regimental em mandado de segurança. Ato do Presidente da Câmara dos Deputados. Forma de convocação de reunião de comissão. Interpretação de dispositivos regimentais da Câmara dos Deputados. Ato *interna corporis*, não sujeito ao controle judicial. Não cabimento do *writ*. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento [...]. Agravante: Jean Wyllys de Matos Santos e outros. Agravado: Presidência da Câmara dos Deputados; Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Luiz Fux, 16 de agosto de 2016a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11571541>. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança nº 20.257/DF*. Mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de

emenda constitucional que a impetração alega ser tendente à abolição da República [...]. Impetrante: Itamar Augusto Cautiero Franco; Antonio Mendes Canale. Autoridade coatora: Mesa do Congresso Nacional. Relator: Min. Décio Miranda, 8 de outubro de 1980c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046>. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança nº 20.471/DF*. Mandado de segurança. Processo legislativo no Congresso Nacional. *Interna corporis*. Matéria relativa à interpretação, pelo Presidente do Congresso Nacional, de normas de regimento legislativo é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis*. Pedido de segurança não conhecido. Impetrante: Aírton Sandoval Santana. Autoridade coatora: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Francisco Rezek, 19 de dezembro de 1984. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85165>. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança nº 22.503/DF*. Mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, relativo à tramitação de emenda constitucional. Alegação de violação de diversas normas do Regimento Interno e do art. 60, § 5º, da Constituição Federal [...]. Impetrante: Jandira Feghali e outros; Sandra Meira Starling e outros. Impetrado: Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Marco Aurélio, 8 de agosto de 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85766>. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança nº 24.356/DF*. Constitucional. Mandado de segurança. Atos do Poder Legislativo: controle judicial. Ato *interna corporis*: matéria regimental. I. – Se a controvérsia é puramente regimental, resultante de interpretação de normas regimentais, trata-se de ato *interna corporis*, imune ao controle judicial, mesmo porque não há alegação de ofensa a direito subjetivo [...]. Impetrante: Eduardo Werneck. Impetrado: Mesa da Câmara dos Deputados; Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Carlos Velloso, 13 de fevereiro de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86123>. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 24.831/DF*. Comissão Parlamentar de Inquérito – direito de oposição – prerrogativa das minorias parlamentares – expressão do postulado democrático – direito impregnado de estatura constitucional – instauração de inquérito parlamentar e composição da respectiva CPI [...]. Impetrante: Pedro Jorge Simon e outros. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello, 22 de junho de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86189>. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 26.441/DF*. Mandado de segurança – questões preliminares rejeitadas – pretendida incognoscibilidade da ação mandamental, porque de natureza *interna corporis* o ato impugnado – possibilidade de controle jurisdicional dos atos de caráter político, sempre que suscitada questão de índole constitucional [...]. Impetrante: Antônio Carlos Pannunzio e outros; Fernando Coruja; Onyx Lorenzoni. Impetrado: Mesa da Câmara dos Deputados; Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Celso de Mello, 25 de abril de 2007b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606848>. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 26.602/DF*. Constitucional. Eleitoral. Mandado de segurança. Fidelidade partidária. Desfiliação. Perda de mandato. Arts. 14, § 3º, V e 55, I a VI da Constituição. Conhecimento do mandado de segurança, ressalvado entendimento do relator [...]. Impetrante: Partido Popular Socialista – PPS. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Eros Grau, 4 de outubro de 2007c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 26.603/DF*. Mandado de segurança – questões preliminares rejeitadas – o mandado de segurança como processo documental e a noção de direito líquido e certo – necessidade de prova pré-constituída – a compreensão do conceito de autoridade coatora, para fins mandamentais [...]. Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Impetrado: Presidente da Câmara dos

Deputados. Relator: Min. Celso de Mello, 4 de outubro de 2007d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 26.604/DF*. Direito constitucional e eleitoral. Mandado de segurança impetrado pelo Partido Democratas – DEM contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados. Natureza jurídica e efeitos da decisão do Tribunal Superior Eleitoral – TSE na Consulta n. 1.398/2007 [...]. Impetrante: Democratas. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 4 de outubro de 2007e. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 28.213/DF*. Mandado de segurança, com pedido de medida liminar, em face de decisão proferida pela senadora Serys Marly Shlessarenko, 2ª Vice-Presidente da Mesa Diretora do Senado Federal, que não recebeu recurso interposto contra decisão do Plenário do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar [...]. Impetrante: José Nery Azevedo e outros. Impetrado: Mesa Diretora do Senado Federal. Relator: Min. Eros Grau, 28 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2828213%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y4rgv9x2>. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 31.816/DF*. Constitucional. Processo legislativo. Projeto de lei. Veto presidencial. Congresso Nacional deliberação. Mandado de segurança. Perda superveniente do objeto. *Writ* prejudicado. Impetrante: Alessandro Lucciola Molon. Impetrado: Congresso Nacional; Presidente do Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 23 de agosto de 2013c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2831816%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ydzx5qd4>. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 31.951/DF*. Mandado de segurança. Ato *interna corporis*. Interpretação de dispositivos regimentais da Câmara dos Deputados. Forma de convocação de reunião de comissão. Ato não sujeito ao controle judicial. Não cabimento do *writ*. Precedentes. Impetrante: Jean Wyllys de Matos Santos e outros. Impetrado: Presidência da Câmara dos Deputados; Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Luiz Fux, 10 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2831951%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y5v7x89t>. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 32.033/DF*. Constitucional. Mandado de segurança. Controle preventivo de constitucionalidade material de projeto de lei. Inviabilidade [...]. Impetrante: Rodrigo Sobral Rollemberg. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado. Relator: Min. Gilmar Mendes. Redator do acórdão: Min. Teori Zavascki, 20 de junho de 2013d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 34.562/DF*. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por treze senadores da República contra ato do Presidente do Senado Federal, que determinou o envio do Projeto de Lei 79/2016 à sanção presidencial, “sem que o Plenário o tenha apreciado, em clara afronta ao art. 58, § 2º, I da CF” [...]. Impetrante: Thieres Pinto de Mesquita Filho e outros. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 5 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2834562%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y3lfb8vx>. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.530/DF*. Direito constitucional. Mandado de segurança. Interesse de parlamentar à observância do devido processo legislativo constitucional. Controle preventivo de constitucionalidade admitido [...]. Impetrante: Eduardo Nantes Bolsonaro. Impetrado: Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Interessado: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Luiz Fux, 14 de

dezembro de 2016b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34530.pdf>. Acesso em: 25 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Presidência). *Medida Cautelar no Mandado de Segurança 23.087/SP*. Impetrante: José Paulo Coutinho de Arruda. Impetrado: Presidente do Senado Federal; Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Celso de Mello, 30 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2823087%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/y24ldax7>. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança 33.630/DF*. 1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Adalberto Galvão e outros sessenta deputados federais contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Consentino da Cunha, ao colocar em votação, em 27.5.2015, a Emenda Aglutinativa nº 28 à Proposta de Emenda Constitucional nº 182/2007 [...]. Impetrante: Carmen Emília Bonfá Zanotto e outros. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relatora: Min. Rosa Weber, 16 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2833630%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y7cq4skq>. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*: atualizado até a Emenda Regimental n. 52/2009. Brasília, DF: STF, Secretaria de Documentação, 2019b. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2019.

BUSTAMANTE, Thomas; BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. Jurisdição constitucional na Era Cunha: entre o passivismo procedimento e o ativismo substancialista do STF. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 346-388, 2016. DOI: <https://doi.org/10.12957/dep.2016.17530>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/17530>. Acesso em: 16 ago. 2019.

CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo*: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do Estado democrático de direito. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo*: teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Universidade Federal de Minas Gerais, 2002.

_____. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FALCÃO, Joaquim. *O Supremo*: compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta corte do judiciário no Brasil. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro: Ed. FGV, 2015.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. A constelação pós-nacional e o futuro da democracia. In: _____. *A constelação pós-nacional*: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligman-Silva. São Paulo: L. Mundi, 2001. p. 75-142.

MACEDO, Cristiane Branco. *A legitimidade e a extensão do controle judicial sobre o processo legislativo no Estado democrático de direito*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2007. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/178422/A%20legitimidade%20e%20a%20extens%20do%20controle%20judicial.pdf?sequence=7>. Acesso em: 16 ago. 2019.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Câmara violou a Constituição ao votar novamente financiamento de campanhas. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 4 jun. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-04/camara-violou-constituicao-votar-financiamento-campanhas>. Acesso em: 16 ago. 2019.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo*: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. *Jurisdição constitucional do processo legislativo: legitimidade, reinterpretação e remodelagem do sistema no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SILVA, Adriana Campos; SOUZA, Rafael Costa de. O Supremo Tribunal Federal e o processo legislativo constitucional: análise crítica da postura passivista procedimental adotada no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.503-3/DF. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 36, p. 146-163, ago. 2017. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.73148>. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/73148>. Acesso em: 16 ago. 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. A emenda e o Supremo. *Valor Econômico*, [s. l.], 3 maio 2013. Disponível em: <https://www.valor.com.br/opiniao/3109808/emenda-e-o-supremo>. Acesso em: 16 ago. 2019.

TAYLOR, Matthew M. *Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford, CA: Stanford University Press, 2008.

TELES FILHO, Eliardo. Suspensão de trâmite de PL não deveria surpreender. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 11 maio 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-11/observatorio-constitucional-suspensao-tramite-pl-nao-deveria-surpreender>. Acesso em: 16 ago. 2019.

TUSHNET, Mark V. Alternative forms of judicial review. *Michigan Law Review*, [s. l.], v. 101, n. 8, p. 2.781-2.808, 2003. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1247&context=facpub>. Acesso em: 16 ago. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). First Party: William Marbury. Second Party: James Madison, Secretary of State. February 23, 1803. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em: 16 ago. 2019.

A relevância jurídica dos vetos presidenciais

MARIANA BARBOSA CIRNE

Resumo: Este artigo defende a relevância dos vetos presidenciais para a formação legislativa brasileira e a importância jurídica de sua argumentação. Analisando os números de vetos presidenciais opostos entre 1988 e 2016, junto com a revisão bibliográfica e jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, este estudo demonstrará a importância do estudo jurídico dos vetos. Pretende-se, com esta pesquisa, fazer uma crítica à limitação dos estudos jurídicos ao Poder Judiciário e apresentar a argumentação das razões de veto realizadas pelo Poder Executivo como interessante campo de pesquisa para o Direito.

Palavras-chave: Veto presidencial. Relevância. Direito.

The legal relevance of presidential vetoes

Abstract: This article defends the relevance of the presidential vetoes for the Brazilian legislative formation and the legal importance of its argumentation. Analyzing the numbers of opposing presidential vetoes between 1988 and 2016, together with bibliographic review and case law of the Federal Supreme Court, this study will demonstrate the importance of legal study of vetoes. With this research, it is intended to criticize the reduction of legal studies to the Judiciary and to present the arguments of the veto reasons carried out by the Executive Power as an interesting field of research for the Law.

Keywords: Presidential veto. Relevance. Law.

Introdução

Recebido em 14/8/19
Aprovado em 20/9/19

Este artigo pretende demonstrar que os argumentos lançados nas razões de vetos são relevantes para o Direito.

Defende-se que a análise das razões dos vetos é uma discussão jurídica, pois trabalha com o processo legislativo como uma interessante relação entre Política e Direito, propiciando uma oportunidade de reflexão (ATIENZA, 1997, p. 50). Em vez de centrar-se nos tradicionais locais de interesse do jurista (os tribunais e, em segundo plano, o Congresso Nacional), esta pesquisa volta sua atenção para o Poder Executivo e seu essencial dever argumentativo. Partindo dessas premissas, as perguntas que desafiam este artigo são as seguintes: o veto é relevante para a definição do ordenamento jurídico brasileiro? Os argumentos das razões de veto são importantes para o Direito?

Para responder a elas, serão desenvolvidas duas partes. Na primeira delas, busca-se apresentar a ampla utilização, entre 1988 e 2016, do instituto do veto pelo presidente da República, o que atesta a sua influência na formação da legislação brasileira. Em seguida, será apresentada a natureza jurídica dessas razões, abrindo-se um novo campo de interesse para o Direito, o que é reconhecido inclusive pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A pesquisa usa a metodologia de análise documental dos vetos presidenciais opostos entre 1988 e 2016, junto com a revisão bibliográfica e jurisprudencial do STF. Pretende-se com este artigo apresentar as razões de veto como espaço para argumentação que pode enriquecer o debate e o aprendizado na construção do Direito.

O tema do veto pode – e deve – ser considerado muito relevante para o Direito, como se explicará em seguida.

1 A relevância do instituto do veto

Caso se analise do ponto de vista estritamente formal o instituto do veto, pode-se concluir que consiste numa forma de embate

entre dois Poderes (NOGUEIRA FILHO, 2010, p. 445).

Muitas vezes, de fato, o veto pode materializar-se como embate. A sua forma pode corresponder, na prática, à divergência no arranjo político entre Poderes. Apesar disso, cabe salientar que, diante da relação simbiótica entre Executivo e Legislativo, é preciso também considerar o veto como meio de cooperação de forças entre os Poderes (KOSHIMIZU, 2011), uma forma de ajuda mútua (GROHMANN, 2003), de reciprocidade estratégica (LAMOUNIER, 2005) ou de diálogo (SILAME, 2016). Melhor que resumir o conflito é conceituar o veto como forma de resolver problemas entre os Poderes que não foram solucionados no regular processo legislativo (FREITAS, 2013). Trata-se de um instituto juspolítico (PEREIRA, 2016) que normatiza aspectos da relação que se estabelece entre Executivo e Legislativo no processo legislativo, sem perder, contudo, seu caráter reativo.

Não se aceita, portanto, neste artigo, a qualificação do veto como poder reativo de baixo impacto na política legislativa ou a afirmação de que o veto “sempre é uma evidência de conflito de interesses entre Executivo e Legislativo” (MOYA, 2005, p. 19). O conflito pode estar presente no instituto, mas isso não significa que também não possa materializar-se como maneira institucional – e eventualmente coordenada – da relação entre Executivo e Legislativo no processo legislativo. A reação do veto oposto pelo presidente da República algumas vezes pode decorrer de um acordo político, pois o processo decisório do veto é marcado pela convivência entre o informal e o formal.

Em síntese, pode-se dizer que o veto é formalmente uma discordância – política ou jurídica – do presidente da República (Poder Executivo) relativamente a um projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional (Poder Legislativo). O veto é, pois, o ato pelo qual o chefe do Poder Executivo

nega sanção a um projeto, ou a parte dele, obstando a sua conversão em lei. Apesar de ser uma reação do presidente da República à decisão legislativa, materialmente ele pode ser uma decisão conflituosa entre os Poderes ou uma maneira acordada de decidir a relação política.

Há na doutrina uma divergência (HETSPER, 2012; BARACHO, 1984, p. 158-161; CUNHA, 1981, p. 67-68) quanto à natureza jurídica dos vetos. Parte dos autores (CUNHA, 1981, p. 68; BARACHO, 1984; MOYA, 2005, p. 17; PEREIRA, 2016) entende que se trata de ato legislativo, dada a efetiva participação no processo; outra parte considera-a como ato administrativo (DINIZ, 2005, p. 333-369), por materializar-se como uma faculdade de impedir. Neste artigo, o veto é um ato de natureza legislativa, conforme defende a maioria da doutrina, ao reconhecer nele a materialização de uma forma de colaboração do Poder Executivo para o processo legislativo. No momento de apreciação do veto, o presidente da República enfrenta as mesmas questões que foram postas aos parlamentares. Sua natureza legislativa, portanto, materializa-se no fato de que o veto integra o processo de elaboração das leis no Direito brasileiro, pois só existe lei após a aprovação expressa ou tácita do projeto.

O instituto do veto foi consagrado em todas as Constituições brasileiras¹ e materializa uma das facetas da separação de Poderes (LOUGHLIN, 2000, p. 179-186; CABALLERO LOIS, 2009, p. 8)², conforme o art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2019]), promulgada em 1988. Com a “faculdade de estatuir ou faculdade de impedir” (CARVALHO NETTO, 1992, p. 133; MORAES, 2009), concede-se a oportunidade de uma decisão sobre a constitucionalidade da proposta e o seu interesse público (art. 66 da CRFB). Apresenta, pois, natureza dúplice: política e jurídica.

¹ Já existia na Carta do Império de 1824, nos arts. 64 a 67 (IMPERIO DO BRAZIL, [1834]). A Constituição de 1891 (BRASIL, [1926a]) dispunha, no art. 37, § 1º, sobre o poder de negar sanção. Com a Reforma de 3/9/1926 (BRASIL, 1926b), o termo *veto* passou a constar expressamente no texto e criou-se a possibilidade de sua utilização parcial. Na Constituição de 1934 (BRASIL, [1935]), manteve-se a redação anterior sobre o veto (art. 45), mas ele passou a ser apreciado pela maioria absoluta das Casas em separado. Em 1937 (BRASIL, [1945]), o prazo para o presidente vetar foi ampliado (de 10 para 30 dias, conforme o art. 66) e passou-se a exigir o quórum de 2/3 dos presentes. Na Constituição de 1946 (BRASIL, [1965]) (art. 70), a inovação foi a apreciação em sessão conjunta com o quórum de 2/3. Registre-se que a Emenda Constitucional (EC) nº 4, de 2/9/1961 (BRASIL, 1961), que instituiu o sistema parlamentar de governo, não retirou do presidente da República a competência de veto (art. 3º, IV), mas modificou o quórum para 3/5. A EC nº 6, de 23/1/1963 (BRASIL, 1963), restabeleceu o sistema presidencialista e revogou a EC nº 4/1961. O veto (art. 62 e 83) está presente na Carta Constitucional de 1967 (BRASIL, [1985]). A EC nº 1, de 17/1/1969 (BRASIL, [1977]), aumentou o prazo para o presidente vetar (de 10 para 15 dias úteis), mas diminuiu o prazo de comunicação para 48 horas. Há aqui o veto do Poder Judiciário (art. 42, VII), que pode ser chamado a pronunciar-se (RODRIGUES, 1993, p. 154-164). Ver também Hetsper (2012).

² Ver Brasil (2009b). Para aprofundamento sobre a relação de Poderes e o papel da Revolução Francesa, recomenda-se Cravo (2014, p. 89-111).

Neste ponto, contudo, cabe esclarecer um reiterado equívoco sobre o veto: achar que o veto jurídico se restringe àquele por inconstitucionalidade. Ferreira Filho (2002, p. 244) explica que

duas são as justificativas aceitas para a recusa de sanção – a inconstitucionalidade e a inconveniência. Aquela, um motivo estritamente jurídico, a incompatibilidade com a lei mais alta. Esta, um motivo estritamente político, envolvendo uma apreciação de vantagem e desvantagem.

Este artigo discorda da segunda conclusão. Em suma, defende que o veto por interesse público não pode ser visto como estritamente político. A sanção e o veto estão no art. 66 da CRFB³:

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

§ 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

§ 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

§ 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores.

§ 5º Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

§ 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.

§ 7º Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo (BRASIL, [2019]).

Como se pode observar, a sanção⁴ e o veto são prerrogativas do presidente da República para legitimar o processo legislativo. São mecanismos de intervenção que têm como função exteriorizar a vontade do presidente

³ Para ver uma análise dos debates da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e 1988 sobre o veto presidencial à luz das migrações de modelos constitucionais, ver Cirne (2016).

⁴ A sanção é a faculdade de estatuir o texto de uma lei. Nas palavras de Silva (2015, p. 532), é “a adesão do Chefe do Poder Executivo ao projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo”.

da República no processo de construção normativa, sem, no entanto, excluir desse processo os congressistas que aprovaram o projeto normativo. Conforme o desenho da CRFB, o veto pode ser total ou parcial, por interesse público ou por inconstitucionalidade, com apreciação pelo presidente da República no prazo de 10 dias úteis (BRASIL, [2019]). No prazo de 30 dias, por voto da maioria absoluta, o Congresso Nacional pode derrubá-lo.

Trata-se de instrumento amplamente utilizado pelo Poder Executivo (CIRNE; FERREIRA, 2013). Só em 2016, 52 projetos de lei foram vetados, total ou parcialmente. Em 2015, foram 64 projetos de lei. Nas Tabelas 1, 2 e 3⁵, demonstra-se a relevância do veto no período de 2000 a 2016⁶:

Tabela 1

Vetos presidenciais – 2000 a 2005

Ano	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Projetos de lei	222	244	250	208	256	184
Veto total	5	15	14	12	5	9
Veto parcial	28	31	24	30	26	23
Leis sancionadas	217	229	236	196	251	175
Percentual de vetos	14,86%	18,85%	15,20%	20,19%	12,11%	17,39%

Fonte: elaborada pela autora.

Tabela 2

Vetos presidenciais – 2006 a 2011

Ano	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Projetos de lei	186	205	273	308	204	216
Veto total	9	8	15	19	14	9
Veto parcial	22	26	35	46	27	26
Leis sancionadas	177	197	258	289	190	207
Percentual de vetos	16,67%	16,59%	18,32%	21,10%	20,10%	16,20%

Fonte: elaborada pela autora.

⁵ As tabelas merecem ter sua metodologia explicada. O número de leis sancionadas a cada ano representa o número de projetos de lei com a dedução daqueles em que houve o veto integral. Isso se explica porque, no caso de veto integral, não ocorre sanção, mas apenas o encaminhamento de uma mensagem de veto integral ao Congresso Nacional. As porcentagens de veto foram obtidas levando-se em consideração o número de vetos, parciais e totais, quanto a um projeto de lei. Não se avaliou, portanto, a proporção de artigos vetados em cada projeto de lei. No caso do ano 2000, por exemplo, há 222 projetos de lei, o que representa 100% das proposições legislativas daquele ano e 33 vetos (28 parciais e 5 totais) – isso significa que 14,86% dos projetos de lei foram vetados.

⁶ A indicação dos vetos, totais e parciais, nesse período, não se preocupou com as variações políticas do período; conforme Moya (2005), o contexto político pouco afeta o uso do veto e este se dá predominantemente por meio de exames caso a caso.

Tabela 3

Vetos presidenciais – 2012 a 2016

Ano	2012	2013	2014	2015	2016
Projetos de lei	203	191	143	183	178
Veto total	9	17	10	15	3
Veto parcial	44	40	26	49	49
Leis sancionadas	194	174	133	168	175
Percentual de vetos	26,10%	29,84%	25,17%	34,97%	29,21%

Fonte: elaborada pela autora.

Pode-se observar nas Tabelas 1 e 2 um número parcialmente constante dos vetos no período entre 2000 e 2011, durante os mandatos de Fernando Henrique Cardoso, Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff – o que atesta a utilização contínua do veto pelo presidente da República. Entre 2006 e 2011, uma média de 18,16% dos projetos de lei recebeu vetos. O período entre 2012 e 2016 (Tabela 3) torna ainda mais evidente essa utilização, com uma média de 29,05% dos projetos de lei vetados total ou parcialmente. Caso se faça uma média de todo o período – 2000 a 2016 –, o valor permanece alto, 20,75%, reforçando a conclusão de que o veto é bastante utilizado no Brasil⁷, e muitas vezes usado para preservar a manutenção da vontade do Executivo diante de mudanças propostas pelo Legislativo⁸. Em virtude do uso frequente desse instrumento para a configuração das leis, não se pode negar a sua relevância para o Direito (MOYA, 2005, p. 16).

O principal efeito jurídico do veto é a suspensão da transformação do projeto, ou de parte dele, em lei. Caso se trate de veto parcial, a parte do projeto sancionada converte-se em lei e passa a obrigar desde a sua entrada em vigor. Caso seja total, a transformação do projeto fica suspensa. Em outras palavras, o veto dá nova configuração ao ordenamento brasileiro.

O presidente da República deve comunicar o motivo do veto, no prazo de 48 horas, ao Congresso Nacional, que poderá, em sessão con-

⁷ Utilizando-se de outros parâmetros (exclusão das iniciativas orçamentárias e de iniciativa do Judiciário), Moya (2005, p. 41) analisou 1.322 projetos de lei ordinária aprovados pela Câmara e pelo Senado entre 1º/10/1988 e 31/12/2000, para concluir que 425 (32%) sofreram veto. Apesar de resultados diversos, a conclusão da ampla utilização dos vetos permanece.

⁸ O veto parcial é considerado um incremento de poder de agenda presidencial, visto que permite especial utilização de argumentos para “impedir mudanças indesejadas” (LIMONGI, 2006, p. 251). Moya (2005) verificou que, quanto aos vetos totais, nos projetos de iniciativa do Executivo, 9,6% foram vetados totalmente, ao passo que nos propostos por legisladores o índice subiu para 31,4%. A pesquisa revelou, então, o uso sistemático de vetos totais quando os projetos de lei eram de iniciativa do Legislativo.

junta realizada no prazo de 30 dias a contar do recebimento, rejeitá-lo pela manifestação da maioria absoluta de deputados e de senadores⁹. A CRFB estabelece que, após esse prazo, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.

A despeito de a CRFB ter fixado expressamente o recebimento do veto como termo inicial da contagem do prazo de 30 dias, esse marco tem sido descumprido pelo Congresso Nacional (PEREIRA, 2013, p. 41-44). A história desses vetos demonstra a sua não apreciação de maneira reiterada. Entre 1988 e 2014, menos de 3% dos 956 vetos foram decididos no prazo constitucional de 30 dias; menos de 30% foram resolvidos na mesma legislatura em que os vetos foram opostos (PEREIRA, 2016, p. 112).

Corroborando essa postura, o § 1º do art. 104 do Regimento Comum do Congresso Nacional (RCCN) (BRASIL, 1970)¹⁰ – vigente desde 1970 – estabeleceu que a contagem do prazo de 30 dias se iniciaria “a partir da sessão convocada para conhecimento da matéria”. Depois de 2004, não só os vetos ficaram aguardando deliberação, como também ocorreu atraso decorrente da protelação do início do prazo de contagem (PEREIRA, 2016, p. 84-85). O resultado disso foi a acumulação, entre 27/3/2001 e 20/12/2011, de 2.424 vetos pendentes de apreciação, aguardando a análise do Congresso Nacional (VETOS..., [200-]). Em 2013, a situação agravou-se, com 3.115 dispositivos vetados de 168 projetos aguardando deliberação (PEREIRA, 2013, p. 45). A saída inconstitucional – a não inclusão dos vetos na

pauta da sessão conjunta – manteve-se como regra (MACIEL, 2007).

Em virtude da não deliberação no prazo pelo Congresso Nacional, os vetos foram mantidos no tempo. O dispositivo do RCCN foi questionado no STF, mas sem sucesso quanto ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade. O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou no STF a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 3.719, com pedido de liminar, questionando a constitucionalidade da regra regimental, em contradição com o § 4º do art. 66 da CRFB. A ADI nº 3.719 foi distribuída ao ministro Eros Grau em 2/5/2006. Em decisão de 9/12/2008, a ação não foi conhecida; como aquele artigo do RCCN era anterior à CRFB, não cabia impugnação por ADI e, sim, em arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (BRASIL, 2008). Após corrigir o equívoco processual (propor ADI em vez de ADPF), o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) manejou nova medida no intuito de declarar inconstitucional o § 1º do art. 104 do RCCN. O PSDB ajuizou a ADPF nº 252 (BRASIL, 2016), que foi distribuída ao ministro Ricardo Lewandowski em 28/3/2012. O processo aguardou decisão no STF por anos. Em 6/9/2016, o ministro Edson Fachin reconheceu a perda superveniente do objeto da demanda, visto que o art. 104 da resolução impugnada foi expressamente revogado pelo art. 2º da Resolução nº 1/2015-CN, de 11/3/2015 (BRASIL, 2015a).

Alguns parlamentares também se insurgiram contra a não deliberação desses vetos, mas também não tiveram seus pleitos acolhidos¹¹.

⁹ Para entender como acontece o trâmite interno do Congresso Nacional, ver Casseb (2008, p. 275-276) e Pereira (2016, p. 64-93).

¹⁰ “O prazo de que trata o § 4º do art. 66 da Constituição será contado a partir da sessão convocada para conhecimento da matéria” (art. 104, § 1º) (BRASIL, 1970).

¹¹ Cabe ressaltar que os julgados utilizados neste artigo decorrem de pesquisa na jurisprudência do STF, em que se utilizaram as palavras-chave “veto”, “presidencial”, “vetar” e “processo Legislativo”, para identificar as decisões sobre o tema. Nesta parte, foram apresentados os casos em que o parlamentar se insurgiu contra a não deliberação.

O deputado Arnaldo Faria de Sá impetrou o Mandado de Segurança (MS) nº 25.443 contra a convocação de reunião do Congresso Nacional para o dia 5/7/2005, sem estarem incluídos na pauta os vetos presidenciais de 2005. Fundamentou o seu pedido nos §§ 4º e 6º do art. 66 da CRFB e pleiteou liminar para incluir esses vetos na pauta. A liminar foi negada por falta de prova pré-constituída (documento da Mesa do Congresso com as matérias que seriam apreciadas) (BRASIL, 2005b). Foi juntado depois esse documento e pedida a reconsideração. Em 5/7/2005, a ministra Ellen Gracie negou a liminar. Segundo a decisão, não haveria receio de perecimento do direito de impetrante, pois havia vetos de 1994 aguardando deliberação. Os vetos mais antigos demonstrariam, portanto, que não existe urgência pelo provimento dos vetos de 2005; ausente, portanto, o perigo da demora (BRASIL, 2005b). Em 20/11/2009, o ministro Cezar Peluso julgou prejudicado o MS por perda do seu objeto (os vetos de 2005 foram apreciados) (BRASIL, 2009c). O deputado federal Ivan Valente impetrou o MS nº 25.964/DF, com pedido de liminar, contra o presidente do Congresso Nacional, por omissão na apreciação dos vetos na Lei nº 10.172, de 9/1/2001 (BRASIL, [2009a]), que instituiu o Plano Nacional de Educação. Pleiteou liminar para determinar que o veto fosse colocado na ordem do dia, para a imediata apreciação congressual, fixando-se multa caso ocorresse seu descumprimento. O ministro Joaquim Barbosa indeferiu a liminar por ausência do *periculum in mora*, utilizando-se da fundamentação do MS nº 25.443 (BRASIL, 2006c). Em 10/8/2010, o mesmo ministro julgou prejudicado o MS por perda do seu objeto (os vetos de 2001 foram apreciados) (BRASIL, 2010). O deputado federal Fernando Coruja impetrou o MS nº 26.763 contra o presidente do Congresso Nacional, pois naquela legislatura ele se reunira apenas

três vezes em sessão conjunta, em desrespeito ao prazo disposto no § 4º do art. 66 da CRFB. Teria havido, portanto, desídia em submeter à apreciação dos parlamentares os vetos do presidente da República. Requereu a convocação imediata de reunião do Congresso Nacional para a apreciação dos vetos. Em 1º/7/2007, o ministro Marco Aurélio indeferiu a liminar, pois a decisão das reuniões caberia ao Poder Legislativo (BRASIL, 2007). Em 10/8/2012, o mesmo ministro extinguiu sem julgamento de mérito o MS, pois o mandato parlamentar do impetrante findou no curso da demanda (BRASIL, 2012c). O deputado federal Rodrigo Maia impetrou o MS nº 25.939 contra ato do presidente da Mesa do Congresso Nacional, por convocar sessão conjunta para a apreciação do Projeto de Lei nº 40/2005 (BRASIL, 2005a), apesar de existirem vetos mais antigos pendentes de apreciação. Em 1º/4/2006, o ministro Sepúlveda Pertence indeferiu a liminar, pois,

não havendo vetos aparelhados para a imediata deliberação do Congresso Nacional – porque pendentes, devida ou indevidamente, de obstáculos antepostos à sua tramitação, sem impugnação adequada –, não cabe impor a paralisia de todos os processos legislativos já prontos para a deliberação (BRASIL, 2006a).

Em 8/5/2006, o ministro Sepúlveda Pertence julgou prejudicado o MS, visto que o veto do projeto da lei orçamentária anual de 2006 havia sido apreciado (BRASIL, 2006b).

Em suma, os julgados mostram que a vontade do Poder Executivo prevaleceu por anos, já que o Poder Legislativo não apreciava os vetos. O veto só retomou seu papel no equilíbrio entre os Poderes após uma decisão do STF sobre o tema. Em 17/12/2012, o ministro Luiz Fux, do STF, em decisão liminar, determinou que a análise dos vetos se desse em ordem crono-

lógica¹². Isso chamou atenção para o problema dos vetos pendentes de apreciação – que naquela oportunidade eram 3.060 – e ensejou depois uma mudança no RCCN¹³.

Em 3/7/2013, uma decisão do Congresso Nacional arquivou 1.478 vetos presidenciais pendentes de apreciação por estarem prejudicados (PASSARINHO; COSTA, 2013)¹⁴. Pode-se pensar, à primeira vista, que isso demonstraria a pouca relevância dos vetos, mas a conclusão correta é a oposta. Isso demonstra o poder dos vetos como instrumento do Poder Executivo, ao se manter o que foi decidido pelo presidente da República sem uma avaliação do Poder Legislativo sobre os temas. O veto e a sua argumentação tornaram-se, nesse caso, a palavra final.

Em 11/7/2013, a Resolução nº 1 do Congresso Nacional disciplinou um novo procedimento sobre os vetos. O Congresso Nacional voltaria a apreciar os vetos e o prazo do § 4º do art. 66 da CRFB passaria a ser contado “da protocolização do veto na Presidência do Senado Federal” (BRASIL, 2013a). O sobrestamento referido no § 4º do art. 66 da CRFB passou a ser “das sessões conjuntas do Congresso Nacional para qualquer outra deliberação, até a votação final do veto” (BRASIL, 2013a).

Apesar da importância do processo legislativo, dado o seu impacto na democracia brasileira (OLIVEIRA, 2000), poucas são as pesquisas na área do Direito sobre esse tema¹⁵ ou, mais especificamente, sobre o veto presidencial. Como registrado pelo STF, a discussão jurídica sobre o veto pode gerar grave insegurança em relação a todas as deliberações tomadas pelo Congresso Nacional¹⁶. Essa inconstitucionalidade formal

¹² Trata-se de MS nº 31.816/DF (BRASIL, 2013b), com pedido liminar, impetrado pelo deputado Alessandro Molon contra a apreciação do veto parcial nº 38/2012 (BRASIL, 2012a), oposto pela presidenta da República ao Projeto de Lei nº 2.565/2011 (BRASIL, 2011) (regras de distribuição de *royalties* entre os entes da Federação). Pretendia-se evitar a apreciação desse veto, “antes da votação dos demais vetos anteriormente apresentados (mais de [...] três mil), alguns com prazo vencido há mais de treze anos” (BRASIL, 2013b, p. [1]). O ministro Luiz Fux concedeu a liminar para “determinar à Mesa Diretora do Congresso Nacional que se abstenha de deliberar acerca do veto parcial nº 38/2012 antes que se proceda à análise de todos os vetos pendentes com prazo de análise expirado até a presente data, em ordem cronológica de recebimento da respectiva comunicação, observadas as regras regimentais pertinentes” (BRASIL, 2013b, p. [30]).

¹³ Cabe ressaltar que no dia 27/2/2013, quando ocorreu o julgamento do agravo regimental da Mesa do Congresso Nacional no MS nº 31.816, a liminar foi revertida pelo Plenário do STF. Por maioria, fazendo-se um paralelo com a ADI nº 4.029 (sobre a apreciação prévia das medidas provisórias), os ministros entenderam que os efeitos da manutenção da liminar seriam muito graves (BRASIL, 2012b; BRASIL, 2013b).

¹⁴ Para declarar a prejudicialidade de 1.478 vetos, a Presidência do Congresso Nacional valeu-se do art. 334, I, do Regimento Interno do Senado Federal, como subsidiário diante da lacuna no RCCN sobre a possibilidade de o presidente do Senado poder declarar prejudicada a matéria pendente de apreciação do Senado Federal que tenha perdido a oportunidade (VETOS..., [200-]).

¹⁵ Alguns poucos exemplos são Barbosa (2010), Oliveira (2002) e Paula (2010).

¹⁶ Como consignado no voto do ministro Teori Zavascki, no julgamento do agravo regimental no MS nº 31.816, a insegurança atingiria os últimos 13 anos das deliberações do Congresso Nacional, pois essa era a idade do veto mais antigo não apreciado (BRASIL, 2013b).

pode fulminar todas as normas aprovadas pelo Congresso Nacional. Por essas razões, não há como negar a relevância dos vetos.

2 A relevância dos vetos para o Direito

Reconhecida a relevância institucional do veto, cabe perguntar: ele é relevante para o Direito? Essa pergunta impõe-se porque há quem defenda que a discussão para vetar é política, não cabendo debate jurídico sobre o tema, ou seja, discutir sanção e veto não deveria ser pauta dos juristas¹⁷. A superficialidade dos livros de Direito Constitucional brasileiro¹⁸ sobre o veto parece corroborar essa conclusão.

Autores, como Casseb (2011), entendem que a deliberação nos vetos, mesmo por inconstitucionalidade, não seria de fato jurídica¹⁹; o veto por inconstitucionalidade seria um ato político. Essa posição ampara-se no julgamento da ADPF nº 1 do STF (BRASIL, 2000), oportunidade em que se pretendia utilizar pela primeira vez essa ação, apontando-se como descumprido, por ato do Poder Executivo municipal do Rio de Janeiro, o preceito fundamental da separação de Poderes previsto no art. 2º da CRFB. Tal ato do Poder Executivo municipal foi um veto oposto a dispositivo constante de projeto de lei relativo ao IPTU aprovado pela Câmara daquela cidade. Contudo, com base na leitura do acórdão em questão, parece mais certo concluir que o STF não pretendia, como Poder Judiciário, intervir na relação entre o Legislativo e o Executivo (BRASIL, 2000). Não se questionaria, portanto, o fato de que um dos argumentos para o veto é de natureza constitucional, conforme expresso no § 1º do art. 66 da CRFB. O STF não aprecia os vetos opostos pelo presidente da República, pendentes de deliberação do Congresso Nacional, pois,

¹⁷ Nesse sentido, no V Congresso Brasileiro de História do Direito, realizado em Brasília, o professor Luís Roberto Barroso, hoje ministro do STF, iniciou sua fala ao contar o questionamento feito pelo professor Luís Roberto Barroso, hoje ministro do STF, sobre a relevância de um estudo sobre sanção, objeto de sua tese de doutorado. Para demonstrar o quanto esse debate pode ser frutífero, ver Carvalho Netto (1992).

¹⁸ Caso um estudante ou pesquisador busque conhecer os sentidos da sanção e do veto presidenciais nos livros de Direito Constitucional, certamente encontrará poucas páginas sobre o assunto. Nos raros trabalhos que se debruçaram sobre o tema, apesar de sua incontroversa relevância jurídica e política, os professores limitam-se a descrever o que já se encontra expresso na CRFB. Essa observação pode ser comprovada em menos de uma página de Silva (2015, p. 532-533) e de Bulos (2009, p. 886).

¹⁹ Pautado na revisão jurisprudencial do STF, Casseb (2011, p. 192) defende que mesmo o veto por inconstitucionalidade é político. Para justificar, afirma que “[m]esmo o veto jurídico, motivado na inconstitucionalidade parcial ou total do projeto, constitui ato político, conforme o próprio STF reconheceu na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). 1. Como se trata de ato político, mesmo que o fundamento seja jurídico, sua prática depende de critérios de conveniência do Presidente da República, tanto que se o Chefe do Executivo deixar de vetar projeto poderá, após a conversão da proposição em lei, propor ação direta de inconstitucionalidade para impugná-la”.

se o fizesse, estaria usurpando a competência de outro Poder²⁰. Esse entendimento, contudo, não leva à conclusão de que o STF negue que os vetos sejam matéria jurídica. Nesse sentido, o Pleno do STF já firmou a posição de que

[a] prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. *Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de opor-lhe veto, se for o caso* (BRASIL, 2013c, p. [2], grifo nosso).

Em outras palavras, o STF reconheceu o papel do Executivo como garantidor da supremacia constitucional, o que também se materializa por meio dos vetos.

Casseb também justifica a natureza política dos vetos por inconstitucionalidade com base no seu grau de influência entre os Poderes. Defende, em síntese, que os vetos por inconstitucionalidade seriam políticos, pois não influenciam as decisões do STF. O contrário – as decisões do STF influenciarem os vetos – aconteceria; logo, estaria demonstrado o seu caráter político²¹. Ora, pretende-se desconstruir argumentos como esse. Mesmo que o veto não seja utilizado como deveria – quase não ocorrem vetos por inconstitucionalidade –, o papel das pesquisas acadêmicas é justamente dar visibilidade aos problemas e viabilizar uma reflexão para uma postura diversa. Não basta, no caso, o desenho institucional dos instrumentos políticos, mas também o efetivo exercício desse dever-poder. Cabe, pois, ao Poder Executivo incrementar o exercício desse controle de constitucionalidade preventivo.

Os vetos opostos por inconstitucionalidade – ao contrário do que afirma Casseb – podem, sim, ser endossados pelo STF. Para afiançar essa conclusão, pode-se citar o acórdão do Recurso Extraordinário nº 602.295

²⁰No MS nº 33.694 (BRASIL, 2015b), interposto por Jefferson Amauri de Siqueira, a ministra Cármen Lúcia indeferiu a inicial do MS, por ser meio processual inidôneo para impugnar veto presidencial oposto em projeto de lei. O impetrante, na qualidade de cidadão, questionava uma inconstitucionalidade formal, por pretensa omissão na motivação do veto. No julgamento do agravo regimental, pelos mesmos fundamentos, foi reafirmado o descabimento do pleito.

²¹Casseb (2011, p. 192): “É interessante notar que as justificativas dos vetos presidenciais influenciam menos as decisões do STF do que o inverso. Com efeito, é comum verificar-se nas motivações do veto referências a posições consagradas pela Corte Suprema em julgados anteriores, mas é raro encontrarmos nas fundamentações das decisões do Pretório Excelso, alusões às argumentações de inconstitucionalidade presentes nas justificativas de vetos presidenciais”.

(BRASIL, 2015c). Nessa oportunidade, a Primeira Turma do STF avaliou um veto por inconstitucionalidade, que se pautava na jurisprudência da Corte sobre a cobrança de ISS em contrato de locação, para reafirmar a avaliação jurídica do Poder Executivo quanto à inconstitucionalidade²². No mesmo sentido foi o julgamento do MS nº 31.816, em que a Corte acolheu posição de que a inobservância estrita dos requisitos constitucionais do processo legislativo acarretaria inconstitucionalidade e também a nulidade do preceito normativo que dele resultar (BRASIL, 2013b); julgou-se que a questão da obediência ao trâmite legislativo dos vetos era tema tão grave que poderia fulminar todas as leis por inconstitucionalidade formal.

Como reconheceu o STF, amparado em Canotilho (1993 apud BRASIL, 2013b), o controle de constitucionalidade não se restringe às normas prontas, mas também incide sobre os projetos de normas²³. A jurisprudência do STF permite excepcionalmente a intervenção jurisdicional na produção das normas, conferindo-se legitimidade aos parlamentares para questionarem eventuais inconstitucionalidades. Com tal jurisprudência, busca-se

assegurar, ao parlamentar (e a este, apenas), o direito público subjetivo – que lhe é inerente – de ver elaborados, pelo Legislativo, atos estatais compatíveis com o texto constitucional, garantindo-se, desse modo, àqueles que participam do processo legislativo, a certeza de primazia da Constituição (BRASIL, 2003b)²⁴.

Perceba-se, então, que há uma preocupação com a constitucionalidade daquilo que é decidido no Congresso Nacional e isso não suprime o controle do Poder Executivo. Essa preocupação com a constitucionalidade material e formal não cabe apenas ao parlamentar²⁵, mas a todos que participam do processo legislativo, o que inegavelmente inclui o presidente da República.

²²No voto, o ministro Luís Roberto Barroso explica: “Entretanto, a intenção do legislador não se confirmou por força do veto presidencial, que foi motivado pela orientação jurisprudencial desta Corte” (BRASIL, 2015c, p. [5]).

²³O STF defende que, em regra, é inviável o controle preventivo de inconstitucionalidade pelo Judiciário, conforme definido na ADI nº 466/DF (BRASIL, 1991). Contudo, admite excepcionalmente esse controle, no caso de ofensa a cláusula pétrea. Note-se que o STF pauta sua jurisprudência dominante nesse sentido para evitar uma indevida ingerência nos Poderes Legislativo e Executivo.

²⁴O ministro Celso de Mello revisa a jurisprudência do STF sobre a apreciação judicial do processo legislativo na decisão monocrática proferida no MS nº 24.645 (BRASIL, 2003b), impetrado por quatro deputados federais com o objetivo de fazer cessar a tramitação na Câmara dos Deputados da PEC nº 41/2003 (Reforma Tributária) (BRASIL, 2003a).

²⁵Ver MS nº 24.645/DF: “O parlamentar, fundado na sua condição de partícipe essencial do procedimento de formação das normas estatais, dispõe, por tal razão, da prerrogativa irrecusável de impugnar, em juízo, o eventual descumprimento, pela Casa legislativa, das cláusulas constitucionais que lhe condicionam, no domínio material ou no plano formal, a atividade de positivação dos atos normativos” (BRASIL, 2003b).

Essas conclusões coadunam-se com o que está expresso no § 3º do art. 52 do Decreto nº 4.176, de 28/3/2002 (BRASIL, [2002]), ao estabelecer que “proposição de veto por inconstitucionalidade será fundamentada em afronta flagrante e inequívoca à Constituição”. Mendes (1997), por exemplo, entende que tanto o exercício do poder de veto pelo chefe do Executivo quanto o controle de constitucionalidade exercido pelos órgãos legislativos estão no contexto desse esforço de controle de constitucionalidade dos atos normativos pelos Poderes Executivo e Legislativo. Logo, a deliberação de cunho constitucional, no veto, permanece como argumentação relevante para o aprimoramento do Direito. O veto é, sim, importante para o Direito.

Fazer essa revisão da jurisprudência do STF sobre os vetos (e a leitura doutrinária sobre ela) apenas reforça o quanto a visão dos juristas se limita àquilo que está decidido pelos tribunais. O processo legislativo parece não ser objeto do Direito. No Direito, parece existir certa aversão à Política e uma presunção de que a origem da norma não é elemento relevante. A legislação e as legislaturas têm fama tão ruim na filosofia jurídica e política, que se chega a “lançar dúvidas quanto a suas credenciais como fonte de direito respeitáveis” (WALDRON, 2003, p. 1). Para se afastar de como são produzidas as leis, os tribunais parecem ser o local mais adequado para o Direito (WALDRON, 2003, p. 5). “Construímos, então, um retrato idealizado do julgar e emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar” (WALDRON, 2003, p. 2). Nessa perspectiva, o Direito só deveria pautar-se naquilo que é construído pelos juízes, afastando-se do político, representado pelo Congresso Nacional e pelo presidente da República.

Insurgindo-se contra essa premissa, este artigo concorda com o argumento de Waldron (1999, p. 7) relativo ao excessivo interesse dos filósofos do Direito contemporâneo pelo ra-

ciocínio judicial e pelas Cortes, o que os cega para praticamente qualquer outra coisa. Como defende Atienza (1997, p. 11), é preciso desjudicializar a Teoria do Direito.

A legislação é um espaço a ser ocupado pelo Direito e a característica de discordância da política não pode desqualificá-la. Ao contrário, pode enriquecê-la, pois confere a oportunidade de contrapor argumentos no debate político. Entender e participar desses debates é indispensável para o Direito, pois “o direito é fruto da política” (WALDRON, 2003, p. 43). É por meio da política que se constrói o Direito positivo. Por conseguinte, o jurista precisa integrar-se nesses debates, com o intuito de permitir o aprimoramento do Direito. O Direito não se resume ao silêncio dos tribunais: também se compõe do barulho da divergência.

Waldron (2003, p. 111) explica que a lógica da legislação se pauta em reconhecer que “pessoas como eu discordam de outras na sociedade a respeito de questões sobre as quais precisamos de uma opinião comum”. E, ao discordarem, as pessoas podem apresentar bons argumentos nos quais acreditam e podem convencer as outras (WALDRON, 2003, p. 184). Então, em vez de investir num consenso como solução adequada, parece melhor enxergar que a discordância não “é necessariamente um sinal do caráter incompleto ou politicamente insatisfatório da deliberação” (WALDRON, 2003, p. 185). A necessidade de uma decisão comum – para se viver em sociedade – não fará desaparecer a discordância. Ao contrário, significará que “a nossa base comum para a ação em questões de justiça tem que ser forjada no calor das nossas discordâncias, não fundamentada na suposição de um consenso sereno que existe apenas como ideal” (WALDRON, 2003, p. 189). É preciso trabalhar sobre os argumentos desse dissenso.

Apesar de se saber que o Direito não pode ser reduzido à argumentação, deve-se concordar

com Atienza (2013, p. 1), para quem “o enfoque argumentativo do Direito pode contribuir de maneira decisiva para uma melhor teoria e uma melhor prática jurídica”. O mesmo raciocínio deve ser aplicado às discussões do processo legislativo no âmbito do Poder Executivo. Em outras palavras: conhecer a argumentação – do Legislativo e do Executivo – pode contribuir para uma melhor teoria e prática do Direito.

Diferentemente da Dogmática Jurídica, que parte das leis como realidade já dada, para, sobre essa base, abordar problemas conectados à interpretação e aplicação, a Ciência da Legislação ocupa-se do processo ou da atividade cujo resultado é a produção das normas jurídicas (ATIENZA, 1997, p. 17), pois a lei precisa ser entendida como produto que deve conter certas características formais e produzir determinados efeitos no sistema jurídico e no sistema social (ATIENZA, 1997, p. 18). Não se trata, porém, de uma questão temporal: antes do nascimento da lei, Ciência da Legislação; depois da promulgação, Dogmática Jurídica. Esses processos interagem, já que conhecer o processo legislativo certamente ajudará na interpretação da lei e, por outro lado, conhecer a aplicação das leis permitirá o aprimoramento legislativo. Por tais razões, a Ciência Legislativa é, sim, essencial para o Direito.

Ao tentar traçar as diferenças entre a Dogmática Jurídica e a Técnica Legislativa, Atienza (1997) conclui que não será preciso esmiuçar tais fenômenos. A melhor opção será pensar em como se pode produzir determinado resultado com certas condições. Surge, então, a Técnica Legislativa como profissionalização da produção do Direito. O autor percorre todo esse processo de distinções conceituais, para alcançar a Teoria da Legislação como uma explicação do fenômeno da legislação numa perspectiva mais geral. É preciso pensar na legislatura de uma forma que permita vê-la como modo de “governança dignificado e uma fonte de direito respeitável” (WALDRON, 2003, p. 2-3). Em outras palavras, uma teoria normativa da legislação é urgente (WALDRON, 2003, p. 1). O processo legislativo e a teoria da legislação fazem parte do Direito.

Tudo o que se afirmou até aqui foi necessário para estabelecer duas conclusões: a) os vetos são relevantes para o ordenamento jurídico e b) a legislação – assim como as decisões judiciais – são objetos do Direito.

Conclusão

Este artigo pretendeu demonstrar a importância do instituto do veto para o desenho institucional do ordenamento brasileiro. Pode-se verificar que nos últimos anos ocorreu a sua utilização contínua pelo presidente da República. Entre 2000 e 2016, recebeu vetos uma média de 20,75%

dos projetos de lei. A sua importância é incrementada também pelo déficit do Legislativo na análise desses vetos, o que os torna praticamente permanentes.

Trazendo a discussão para o âmbito jurídico, foi possível verificar a natureza jurídica dessas razões, conforme a jurisprudência consolidada do STF. Ora, como não se trata de medidas apenas políticas, mas também jurídicas, merece espaço e preocupação no âmbito do Direito.

Entendido isso, cabe um olhar diferenciado sobre o veto e sua composição híbrida (política e jurídica), o que não deve ser negligenciado pelos juristas, pois a argumentação do veto faz parte do processo legislativo e integra, portanto, o Direito. Espera-se, com este artigo, incentivar mais pesquisas jurídicas sobre esse instituto, no intuito de valorizar e aprimorar a prática das razões de veto, ante seu impacto na democracia.

Sobre a autora

Mariana Barbosa Cirne é doutora e mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; professora de Direito Ambiental e de Direito Constitucional no UniCEUB, Brasília, DF, Brasil; procuradora federal da Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: marianabcirne@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

CIRNE, Mariana Barbosa. A relevância jurídica dos vetos presidenciais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 224, p. 105-126, out./dez. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p105

(APA)

Cirne, M. B. (2019). A relevância jurídica dos vetos presidenciais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(224), 105-126. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p105

Referências

ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013. (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho).

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do veto. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 21, n. 83, p. 141-214, jul./set. 1984. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181546/000410496.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 30 set. 2019.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo e democracia*: parlamento, esfera pública e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição [nº 41, de 2003]*. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: [Câmara dos Deputados], 2003a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=129816&filename=PEC+41/2003. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Resolução nº 1, de 1970-CN*. Aprova o Regimento Comum do Congresso Nacional. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1970. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/1970-1979/resolucao-1-11-agosto-1970-497934-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Resolução nº 1, de 2013-CN*. Altera a redação dos arts. 104 a 106 da Resolução nº 1, de 1970-CN, que dispõe sobre o Regimento Comum do Congresso Nacional. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2013a. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/2013/resolucao-1-11-julho-2013-776491-publicacaooriginal-140421-pl.html>. Acesso em: 24 set. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Resolução nº 1, de 2015-CN*. Altera o procedimento de apreciação dos vetos presidenciais. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015a. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/2015/resolucao-1-11-marco-2015-780249-publicacaooriginal-146311-pl.html>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. Congresso Nacional. *Veto nº 38, de 2012*. Veto Parcial aposto ao Projeto de Lei do Senado nº 448, de 2011 (nº 2.565 2011, na Câmara dos Deputados), que “Modifica as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, para determinar novas regras de distribuição [...]”. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2012a. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/3498>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. [Constituição (1891)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1926a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 17 jun. 2019.

_____. [Constituição (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1935]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. [Constituição (1937)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1945]. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao37.htm. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. [Constituição (1946)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1965]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. *Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002*. Estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República,

[2002]. [Revogado]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4176.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. *Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926*. Emendas à Constituição Federal de 1891. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1926b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, [1977]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. *Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961*. Institui o sistema parlamentar do governo. Brasília, DF: Presidência da República, 1961. [Revogada]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc04-61.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. *Emenda Constitucional nº 6, de 23 de janeiro de 1963*. Revoga a Emenda Constitucional nº 4 e restabelecido o sistema presidencial de governo instituído pela Constituição Federal de 1946. Brasília, DF: Presidência da República, 1963. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc06-63.htm#art1. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. *Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001*. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10172.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. Ministério da Justiça. *Separação de poderes*: vício de iniciativa. Brasília, DF: Secretaria de Assuntos Legislativos, 2009b. (Série Pensando o Direito, v. 14). Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/14Pensando_Direito3.pdf. Acesso em: 26 set. 2019.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara nº 40, de 2005*. Altera a redação do inciso VI do art. 3º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (acrescenta ao princípio da gratuidade do ensino público a vedação de cobrança de contribuições a taxas de qualquer natureza). Brasília, DF: Senado Federal, 2005a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3858996&ts=1559261329789&disposition=inline>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. Senado Federal. [*Projeto de Lei nº 2.565, de 2011*]. Modifica as Leis nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, para determinar novas regras de distribuição entre os entes da Federação dos *royalties* e da participação especial devidos em função da exploração do petróleo [...]. [Brasília, DF]: Senado Federal, 2011. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=932480&filename=PL+2565/2011. Acesso em: 24 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 00004662/600/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade – Proposta de Emenda à Constituição Federal – instituição da pena de morte mediante prévia consulta plebiscitária – limitação material explícita do poder reformador do Congresso Nacional (art. 60, § 4º, IV) – inexistência de controle preventivo abstrato [...]. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB. Requerida: Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Celso de Mello, 3 de abril de 1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266369>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.719/DF*. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Requerido: Mesa do Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau, 9 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3719%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/nzvz26a>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Federal nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do Ibama. Entidade de classe de âmbito nacional. Violação do art. 62, *caput* e § 9º, da Constituição [...]. Requerente: Associação Nacional dos Servidores do Ibama – Asibama Nacional. Interessado: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 8 de março de 2012b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo Regimental em Mandado de Segurança 33.694/DF*. Agravo regimental no mandado de segurança. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Reserva de vagas em instituições de ensino público e privado para estudantes. Veto presidencial. Ato político sujeito ao exame do Congresso Nacional. Descabimento da impetração [...]. Agravante: Jefferson Amauri de Siqueira. Agravado: Presidente da República. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 7 de outubro de 2015b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9653925>. Acesso em: 24 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo Regimental na Medida Cautelar em Mandado de Segurança 31.816/DF*. Constitucional. Mandado de segurança. Liminar. Requisitos. Processo legislativo. Apreciação de vetos presidenciais (CF, art. 66, §§ 4º e 6º) [...]. Agravante: Mesa do Congresso Nacional. Agravado: Alessandro Lucciola Molon. Relator: Min. Luiz Fux. Redator do acórdão: Min. Teori Zavascki, 27 de fevereiro de 2013b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=139137989&ext=.pdf>. Acesso em: 24 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 602.295/RJ*. Agravo regimental em recurso extraordinário. Incidência de ISS sobre locação de bens móveis. Pretensa necessidade de nova interpretação após o advento da LC nº 116/2003. Entendimento que independe do diploma de regência por estar amparado no conceito constitucional de serviço [...]. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Locar Munk Transporte e Locação de Máquinas e Equipamentos Ltda. Relator: Min. Roberto Barroso, 7 de abril de 2015c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8273399>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 1-7/RJ*. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Lei nº 9.882, de 3.12.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da referida medida constitucional. 2. Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro [...]. Arguente: Partido Comunista do Brasil – PCdoB. Arguido: Prefeito do Município do Rio de Janeiro. Relator: Min. Néri da Silveira, 3 de fevereiro de 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348389>. Acesso em: 24 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 252/DF*. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin, 6 de setembro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310257542&ext=.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 25.443/DF*. Impetrante: Arnaldo Faria de Sá. Impetrado: Presidente do Congresso Nacional. Relator: Min. Cezar Peluso, 5 de julho de 2005b. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+25443%2ENUME%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/yb6qzjjs>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 25.443/DF*. Impetrante: Arnaldo Faria de Sá. Impetrado: Presidente do Congresso Nacional. Relator: Min. Cezar Peluso, 20 de novembro de 2009c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2825443%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y2jryawq>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 25.939/DF*. Impetrante: Rodrigo Felinto Ibarra Epitácio Maia. Impetrado: Presidente da Mesa do Senado

Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 10 de abril de 2006a. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+25939%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/pl6om5q>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 25.939/DF*. Impetrante: Rodrigo Felinto Ibarra Epitácio Maia. Impetrado: Presidente da Mesa do Senado Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 8 de maio de 2006b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2825939%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y623vcvw>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 25.964/DF*. Impetrante: Ivan Valente. Impetrado: Presidente do Congresso Nacional. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 3 de setembro de 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2381644>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 26.763/DF*. Impetrante: Carlos Fernando Coruja Agustini ou Fernando Coruja. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 1^a de julho de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2826763%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y5g4x82z>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 26.763/DF*. Impetrante: Carlos Fernando Coruja Agustini ou Fernando Coruja. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 18 de setembro de 2012c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2533261>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 32.033/DF*. Constitucional. Mandado de segurança. Controle preventivo de constitucionalidade material de projeto de lei. Inviabilidade [...]. Impetrante: Rodrigo Sobral Rollemberg. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Redator do acórdão: Min. Teori Zavascki, 20 de junho de 2013c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>. Acesso em: 24 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança 24.645/DF*. Impetrante: Luiz Carlos Jorge Haully e outro(s). Impetrado: Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Celso de Mello, 8 de setembro de 2003b. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+24645%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bnn7xut>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança 25.964/DF*. Impetrante: Ivan Valente. Impetrado: Presidente do Congresso Nacional. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 5 de junho de 2006c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2825964%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y3gx42tv>. Acesso em: 29 out. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 9. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

CABALLERO LOIS, Cecília (coord.). Separação de Poderes e vício de iniciativa: bases para a fixação do regime de cooperação legislativa entre os Poderes Executivo e Legislativo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, DF, v. 11, n. 94, p. 1-50, jun./set. 2009. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/196/185>. Acesso em: 26 set. 2019.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CASSEB, Paulo Adib. Controle preventivo de constitucionalidade no Brasil. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 14, n. 28, p. 191-202, jul./dez. 2011.

_____. *Processo legislativo: atuação das comissões permanentes e temporárias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Originalmente apresentada como tese de doutorado, Universidade de São Paulo, 2004.

CIRNE, Mariana Barbosa; FERREIRA, Victor Hugo Passos. Desvendando alguns sentidos sobre o veto presidencial. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 205-232, jan./mar. 2013. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/149/269>. Acesso em: 26 set. 2019.

CIRNE, Mariana Barbosa. Migrações de conceitos constitucionais: a história do veto na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 53, n. 211, p. 123-142, jul./set. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p123.pdf. Acesso em: 26 set. 2019.

CRAVO, Victor. *Poder regulamentar e legitimidade democrática*. Curitiba: Prismas, 2014. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Universidade de Brasília, 2012.

CUNHA, Lucas Rodrigues. Tramitação e emendamento das medidas provisórias: evolução institucional do Executivo e do Legislativo no Brasil. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, DF, v. 14, n. 103, p. 325-355, jun./set. 2012. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/95/87>. Acesso em: 30 set. 2019.

CUNHA, Therezinha Lucia Ferreira. Veto e técnica legislativa. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 18, n. 72, p. 59-80, out./dez. 1981. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181342/000393410.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 1º out. 2019.

DINIZ, Simone. Interações entre os Poderes Executivo e Legislativo no processo decisório: avaliando sucesso e fracasso presidencial. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 1, p. 333-369, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/dados/v48n2/a04v48n2.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

FREITAS, Andréa Marcondes de. *O presidencialismo da coalizão*. 2013. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-08112013-102939/pt-br.php>. Acesso em: 30 set. 2019.

GROHMANN, Luis Gustavo Mello. *O veto presidencial no Brasil: 1946-1964 e 1990-2000*. 2003. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/109372>. Acesso em: 30 set. 2019.

HETSPER, Rafael Vargas. O poder de veto no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 49, n. 193, p. 215-226, jan./mar. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496569/000940660.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 set. 2019.

IMPERIO DO BRAZIL. [Constituição (1824)]. *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)*. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1834]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

KOSHIMIZU, Ricardo Koiti. *Executivo e Legislativo no Brasil: confronto ou cooperação?* 2011. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2011. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9519/1/2011_RicardoKoitiKoshimizu.pdf. Acesso em: 30 set. 2019.

LAMOUNIER, Leonardo Alves. *Poder de agenda, poder de veto e relações Executivo-Legislativo no Brasil contemporâneo: presidencialismo de coalizão e reciprocidade estratégica*. 2005. Tese (Doutorado em Sociologia Política) – Universidade Federal de Minas Gerais, [s. l.], 2005.

LIMONGI, Fernando. Presidencialismo e governo de coalizão. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Brasília, DF: PNUD, 2006. p. 237-257.

LOUGHLIN, Martin. *Sword and scales: an examination of the relationship between law and politics*. Oxford, UK: Hart, 2000.

MACIEL, Marco. Veto e insegurança jurídica. *Academia Brasileira de Letras*, Rio de Janeiro, 12 nov. 2007. Disponível em: <http://www.academia.org.br/artigos/veto-e-inseguranca-juridica>. Acesso em: 26 set. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 11-46, jul./dez. 1997.

MORAES, Alexandre de. A evolução da atuação do Presidente da República no processo legislativo brasileiro nesses vinte anos de Constituição. In: _____ (coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 607-631.

MOYA, Mauricio Assumpção. *Executivo versus Legislativo: os vetos presidenciais no Brasil (1988-2000)*. 2005. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-18072007-133555/publico/TESE_MAUICIO_ASSUMPCAO_MOYA.pdf. Acesso em: 26 set. 2019.

NOGUEIRA FILHO, Octaciano da Costa. *Vocabulário da política*. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. (Edições Unilgeis de Ciência Política, v. 5).

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. (Coleções Mandamentos. Ciências Criminais, v. 3).

PASSARINHO, Nathalia; COSTA, Fabiano. Congresso arquiva 1.478 vetos presidenciais pendentes. *G1*, Brasília, DF, 3 jul. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/07/congresso-arquiva-1478-vetos-presidenciais-pendentes.html>. Acesso em: 26 set. 2019.

PAULA, Felipe de. Processo legislativo, doutrina e academia: hipóteses de afastamento e efeitos deletérios. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 10, n. 116, p. 67-75, out. 2010.

PEREIRA, Marcos Aurélio. *Apreciação de vetos presidenciais pelo Congresso Nacional brasileiro: poder de agenda do Legislativo, não decisão, e obsolescência do veto*. 2016. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Legislativo) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 2016. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/28640>. Acesso em: 26 set. 2019.

_____. Desenho organizacional e sua influência sobre o processo decisório de veto presidencial. *E-legis: Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, v. 6, n. 12, p. 30-51, set./dez. 2013. Disponível em: <http://e-legis.camara.leg.br/cefor/index.php/e-legis/article/view/146/174>. Acesso em: 26 set. 2019.

RODRIGUES, Ernesto. *O veto no direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SILAME, Thiago Rodrigues. *Diálogos sobre o “ultrapresidencialismo” estadual: dos condicionantes políticos do sucesso legislativo dos governadores brasileiros*. 2016. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-A9FPQ7/1/tese_vers_o_final.pdf. Acesso em: 30 set. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

VETOS: em tramitação. *Congresso Nacional*, Brasília, DF, [200-]. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos>. Acesso em: 1º out. 2019.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Coleção Justiça e Direito).

_____. *Law and disagreement*. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1999.

A criminalização do assédio moral no trabalho

Uma análise do Projeto de Lei nº 4.742-B/2001

ANA VIRGÍNIA MOREIRA GOMES

BENEDITO AUGUSTO DA SILVA NETO

Resumo: O objetivo deste estudo é analisar de forma crítica o Projeto de Lei (PL) nº 4.742-B/2001, aprovado pela Câmara dos Deputados, o qual criminaliza o assédio moral no trabalho. O assédio é conduta abusiva que pode ameaçar a permanência do assediado no emprego. Estudou-se esse fenômeno com base em pesquisas bibliográfica e documental. Procedeu-se na primeira seção à verificação do conceito de assédio e da sua ilicitude. Em seguida, analisaram-se as suas características, a classificação e a doutrina que propõe sua criminalização. Depois, examinou-se o PL nº 4.742-B/2001, propondo-se uma nova tipificação penal para a conduta. O estudo conclui que o assédio deve ser considerado crime contra a vida, de perigo abstrato em face de sua finalidade preventiva e, por isso, de mera conduta do agente, pois concretiza-se com o simples comportamento delituoso.

Palavras-chave: Assédio moral. Violência. Criminalização. Local de trabalho.

The criminalization of harassment at work: an analysis of the Law Proposal n. 4.742-B/2001

Abstract: This paper aims to critically analyze Law Proposal (LP) n. 4.742-B/2001, approved by the Federal Chamber, which criminalized harassment at work. Harassment constitutes an abusive conduct, which may threaten the victim's permanence on the job. This phenomenon was studied through bibliographical and documentary research. We proceeded in the first section to examine the concept of harassment and its illegality. Next, we analyzed its characteristics, classification, and literature that proposes its criminalization. Finally, we examined LP n. 4.742-B/2001, offering a new criminal definition for this conduct. Finally, the study concludes that harassment should be considered a

Recebido em 14/5/19

Aprovado em 15/8/19

crime against life, of abstract danger in view of its preventive purpose, and therefore of mere conduct of the agent, since it is carried out by a simple criminal behavior.

Keywords: Harassment. Violence. Criminalization. Workplace.

Introdução

O assédio moral no meio ambiente de trabalho é uma ilicitude e uma conduta hostil e habitual de ofensa à integridade moral, física ou psicológica do assediado. A literatura considera esse comportamento um problema tão antigo quanto as formas de prestação laboral. Essa prática adquiriu novos e graves contornos ao longo da evolução industrial e comercial. Desenvolve-se no interior das organizações e afigura-se como verdadeiro camaleão, pois implica várias formas de opressão, denominadas “terror psicológico” pela doutrina jurídica nacional.

Pesquisas realizadas em países desenvolvidos e em desenvolvimento e por órgãos como a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Organização Mundial de Saúde (OMS) detectaram as consequências prejudiciais do assédio tanto na economia quanto na saúde da vítima, com reflexos em suas relações sociais e familiares, podendo evoluir para a invalidez ou até resultar em suicídio.

São diversas as causas desse fenômeno, tendo em vista a complexidade dos atos da sua consecução. Não se pode interpretar essa violência apenas como um ato perverso advindo dos efeitos do sistema capitalista ou decorrente apenas da cultura local, tampouco das relações de hierarquia ou da condição psíquica das pessoas envolvidas na relação interpessoal. Não obstante, podem influenciar negativamente as relações laborais, de modo a favorecer a atuação do assediador, as tentativas de desmontar a legislação trabalhista com proposições para a flexibilização de direitos – que colocam o trabalhador num patamar mínimo de garantias e benefícios –, aliadas à falta de uma legislação no âmbito federal para prevenir e coibir o assédio moral no trabalho.

O assédio é também assunto de interesse jurídico; por isso, o objeto deste estudo é não só a real necessidade de sua criminalização como ato violento nas relações de trabalho, como também a análise crítica do Projeto de Lei (PL) nº 4.742-B, de 26/5/2001 (BRASIL, 2001a), que torna crime a conduta assediante. Ele foi aprovado pela Câmara dos Deputados e enviado ao Senado Federal em 13/3/2019.

A relevância do tema reside no fato de o assédio moral atingir diferentes segmentos da força de trabalho, prejudicando sobretudo a saúde do assediado, abalando a sua integridade moral, podendo desestabilizar a economia das empresas e elevar despesas previdenciárias. A pesquisa desenvolvida foi do tipo bibliográfica e documental. Para a melhor compreensão do tema, este estudo é dividido em três seções. A primeira relaciona doutrinas jurídicas que colaboram para a formação de uma definição de assédio laboral e do reconhecimento de sua ação como ato ilícito. Na segunda seção, analisam-se os elementos caracterizadores do assédio, a sua classificação e as doutrinas que defendem a sua criminalização. Na última seção, examina-se a criminalização do assédio nas relações laborais, especialmente em face do PL nº 4.742-B/2001, que propõe nova tipificação penal para o caso.

Finalmente, aponta-se como resultado do estudo a necessidade de tornar o assédio laboral um crime contra a pessoa, de perigo abstrato e de mera conduta, por atingir o bem jurídico da integridade moral do assediado, por força da proibição constitucional elencada na parte final do inc. III do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2019a]).

1 Os argumentos doutrinários para a definição do assédio moral no trabalho e o reconhecimento de sua ilicitude pela literatura nacional e internacional

O assédio moral no trabalho – considerado um fenômeno social multifário por consistir em vários aspectos comportamentais em seu desdobramento e consequente resultado no âmbito laboral – sofre a influência de diversos fatores, que se manifestam pelas diferenças culturais e pelo estado psicológico do autor e/ou da vítima.

Em geral, a doutrina jurídica nacional e internacional consideram-no ato ilícito, por atingir sobretudo a dignidade humana do trabalhador. O fenômeno é tema de discussões acerca da sua criminalização por lesar frontalmente direitos humanos e sociais. Uma importante iniciativa nesse sentido foi a aprovação, em 28/5/2018, durante a 107ª Conferência Internacional do Trabalho da OIT, em Genebra, do rascunho de uma convenção sobre violência e assédio no trabalho – o que atesta a urgência de se elaborar uma lei na esfera dos seus Estados-membros, a fim de proibir todas as formas de violência e assédio moral no ambiente laboral, inclusive com repercussão na área penal. Esse rascunho, a ser discutido e votado em rodada final durante a 108ª Conferência Internacional do Trabalho da OIT em 2019, dispõe sobre essa possibilidade da seguinte forma:

17. Al adoptar un enfoque inclusivo e integrado para acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, los Miembros deberían abordar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo en la legislación relativa al trabajo y el empleo, la seguridad y salud en el trabajo y la igualdad y no discriminación, así como en el derecho penal, según proceda (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2018, p. 8).

Ato contrário à moral e ao Direito, o comportamento assediante pouco se utiliza da violência física – art. 129 do Código Penal (CP) (BRASIL, [2018a]) – para produzir lesões corporais e pôr em risco a vida e a saúde da vítima (art. 132 do CP). Resulta geralmente de métodos atentatórios à dignidade do trabalhador por meio de agressões verbais, com possíveis consequências criminais na tipificação penal, como a ofensa à honra do trabalhador, que pode caracterizar-se como calúnia (art. 138 do CP), difamação (art. 139 do CP) ou injúria (art. 140 do CP). Outros aspectos desse tipo de violência podem

potencializar o constrangimento ilegal (art. 146 do CP), ameaças (art. 147 do CP) e extorsões (art. 158 do CP), entre outros delitos previstos no CP voltados para a pessoa reiteradamente prejudicada.

Nos casos mais graves, o assédio pode acarretar o homicídio (art. 121 do CP) e o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122 do CP). Merlo (2011, p. 33-34), ao reportar casos de suicídio ligados ao trabalho, entende que é preciso fazer um esforço constante para conseguir tornar visível esse problema social, pois muitas vezes ele está ligado ao “processo de redução de pessoal com base no assédio moral e na transferência de local e posto de trabalho”. No caso extremo de suicídio em razão do assédio no trabalho, em tese são mortes supostamente impostas por sujeitos assediadores que não reconhecem os agredidos como iguais, como seres humanos. São coisificados, vistos como peças de uma engrenagem que podem ser facilmente substituídas ao sabor de caprichos, por interesses pessoais ou até mesmo em função da produção.¹

Segundo Barreto e Venco (2011, p. 221-224), em 2006 a OIT reconheceu que, de um lado, nos países industrializados a violência moral atingiu “níveis epidêmicos” e, de outro, especialmente nos Estados Unidos e na Inglaterra, houve diminuição da violência física no meio ambiente laboral. Analisando os estudos de órgãos internacionais, as autoras realçam que, de acordo com a OMS, a violência moral resulta do uso deliberado da força e do poder “contra uma pessoa ou grupo ou comunidade, que cause ou tenha possibilidades de ocasionar lesões, morte, danos psicológicos, transtornos e privações (2002), o que impõe um grau significativo de dor e sofrimento ao outro”. Ao definir a violência no trabalho, a OIT² afirma que é “toda ação, incidente ou comportamento que se afasta do razoável e no qual a pessoa é agredida, ameaçada e humilhada por outra pessoa,

¹ Citando Christophe Dejours, Berenchein Netto (2011, p. 156) assinala que o incremento dos suicídios relacionados às relações de trabalho se deu com a “reestruturação produtiva do sistema capitalista e com as novas estratégias adotadas na gestão da força de trabalho”. Ao analisar a situação da classe trabalhadora a partir do século XIX, Engels (2010, p. 135-136, grifo do autor) concluiu que, “[q]uando um indivíduo causa a outro um dano físico de tamanha gravidade que lhe causa a morte, chamamos esse ato de homicídio, se o autor sabe, de antemão, que o dano será mortal, sua ação se designa por assassinato. Quando a sociedade põe centenas de proletários numa situação tal que ficam obrigatoriamente expostos à morte prematura, antinatural, morte tão violenta como a provocada por uma espada ou um projétil; quando ela priva milhares de indivíduos do necessário à existência, pondo-os numa situação em que lhes é impossível subsistir; quando ela os constrange, pela força da lei, a permanecer nessa situação até que a morte (sua consequência inevitável) sobrevenha; quando ela sabe, e está farta de saber, que os indivíduos haverão de sucumbir nessa situação e, apesar disso, a mantém, então o que ela comete é assassinato. Assassinato idêntico ao perpetrado por um indivíduo, apenas mais dissimulado e pífido, um assassinato contra o qual ninguém pode defender-se, porque não parece um assassinato: o assassino é todo mundo e ninguém, a morte da vítima parece natural, o crime não se processa por ação, mas por omissão – entretanto, não deixa de ser um assassinato”.

² Süsskind (1991, p. 1.247) lembra a solene obrigação de a OIT fomentar, perante todas as nações, os programas que permitam alcançar a plenitude do emprego e a elevação dos níveis de vida, bem como a proteção adequada à vida e à saúde dos trabalhadores, em todas as ocupações.

outro trabalhador ou terceiros, no exercício da atividade profissional ou como consequência da mesma”. As pesquisadoras concluem que, por ser um conceito polissêmico, não há consenso entre os estudiosos do tema sobre o significado de violência moral no trabalho: alguns entendem que a violência resulta do uso do poder e da força – física, psicológica, moral, política e econômica –, ao passo que outros a reconhecem como processo individual.

Sobre o assédio, a doutrina internacional admite a importância de estudá-lo e afirma o seu caráter lesivo – portanto, ilícito –, para concluir que se deve prevenir e coibir esse mal. Entre os autores que pesquisam o tema, destaca-se Hirigoyen (2011, p. 17-18), que define esse fenômeno como “qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho”. De acordo com a pesquisadora, qualquer que seja a definição adotada, o assédio moral é uma violência ilegal, não aceitável nas relações sociais, por ser uma conduta destrutiva. Uma de suas particularidades relevantes é a forma dos ataques, pois são perpetrados de forma isolada e não são considerados verdadeiramente graves. A reiteração desse comportamento hostil, com o acúmulo dos “microtraumatismos” frequentes, configura a gravidade do fenômeno (SILVA NETO, 2018). Outro aspecto analisado pela autora é o modo específico de violência: ele é variável de acordo com os meios socioculturais e setores profissionais. De modo geral, nos setores de produção, as agressões são mais diretas, do tipo físico ou verbal, ao passo que, nos cargos de alta hierarquia e na escala sociocultural mais elevada, os atos afrontosos são sutis, sofisticados e difíceis de caracterizar (HIRIGOYEN, 2011, p. 18).

Com o propósito de não ser descoberto e envolver suas vítimas com artifícios para iludir e humilhar, o assediador pode usar mensagem subliminar contra o ofendido, que muitas vezes acredita ser o responsável por todos os problemas que porventura ocorram no ambiente de trabalho. Para reflexão, é oportuno lembrar a teoria das relações pessoais do filósofo alemão Friedrich Hegel, tal como é assinalada por Popper (2013, p. 19), o qual salienta que

todas as relações pessoais podem assim ser reduzidas à relação fundamental de senhor e escravo, de domínio e submissão. Cada qual esforça-se por se afirmar e se impor, e aquele que não tem a natureza, a coragem e a capacidade geral para preservar a sua independência tem de ser reduzido à servidão.

Nesse particular, segundo Delgado (2015, p. 114-115), o valor do trabalho na teoria hegeliana apresenta um paradoxo existencial, que faci-

lita a compreensão do assédio: o trabalho, visto como racionalidade humana, integra o homem ao mundo, permitindo a elevação do seu próprio eu, momento em que também supre as suas necessidades básicas; por outro lado, aliena o indivíduo de si mesmo, produzindo uma espécie de servidão. Essa é a dialética do “senhor e do escravo”: “ao alienar-se de si mesmo, o homem trabalhador escraviza-se e é dominado pelo senhor (capitalista), que pretende conservá-lo vivo, enquanto trabalhador, para acumular riqueza indefinitivamente”. Porém, tal caráter negativo do trabalho é superado em Hegel pela valorização do trabalho livre, “caminho para a reafirmação da consciência de si pelo mútuo reconhecimento entre os homens”.

Quanto à pesquisa internacional acerca do assédio, Pacheco (2007, p. 16-17) afirma que a consciência social da atualidade prevê que qualquer prática de maus-tratos, vexames ou opressões viola a dignidade do trabalhador, o que é intolerável e inadmissível no meio ambiente laboral. Para o autor, uma das funções sociais do Direito do Trabalho é introduzir limites aos poderes empresariais, em defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Com essa base humanista, o pesquisador esclarece que “as recomendações suecas sobre a segurança e saúde no trabalho, bem como o Comité Consultivo para a Segurança e Saúde no Trabalho luxemburguês, tal como a resolução do Parlamento Europeu sobre o assédio moral no local de trabalho corroboram” as mesmas ideias de proteção ao trabalhador. Dessa forma, considera-se que “a menor estabilidade no emprego ou a ‘situação laboral precária’ ou as ‘deficiências na organização do trabalho’, em suma, todas as ‘condições de trabalho insatisfatórias’, constituem elementos facilitadores para o aparecimento do assédio no trabalho”.

Ausfelder (2004, p. 25-26) acrescenta que esse fenômeno é cada vez mais preocupante,

manifestando-se como verdadeira guerra psicológica que provoca grande número de vítimas no trabalho. Argumenta que nem toda situação de mal-estar nas relações laborais, porém, pode ser considerada caso de assédio; isso ocorre principalmente em relação às pequenas desavenças ou antipatias entre empregados. Essa violência precisa ser muito bem caracterizada para permitir que a vítima possa compreender claramente o mal que lhe pode ser acometido e as medidas de combate ao assédio sejam efetivas. Assim se pode definir esse terror psicológico: “[e]l término acoso laboral designa actitudes vejatorias de una o varias personas dirigidas contra un individuo o un grupo. Las actitudes vejatorias, por regla general, se repiten una y otra vez durante un largo espacio de tiempo”.

Especificamente no Brasil, há uma ampla doutrina, na qual se destaca Nascimento (2011, p. 14), que encampa a ideia de que o assédio

é uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tem por efeito excluir o empregado de sua função.

E acrescenta que o assediador geralmente apresenta um perfil psicológico autoritário e narcisista, motivo pelo qual, em regra, não manifesta qualquer respeito pela vítima. Com essa reflexão, pela gravidade da violência e pela experiência diária com as lides trabalhistas, Nascimento (2011, p. 152-153) afirma que a prática de assédio moral no ambiente de trabalho pode ser punida na esfera penal, razão pela qual menciona alguns PLs que tramitam na Câmara dos Deputados, tais como os de números: 4.742/2001, 4.960/2001, 5.887/2001 e 5.971/2001 (BRASIL, 2001a, 2001b, 2002a, 2002b).

Os ataques à integridade moral da vítima, que também interferem no meio ambiente de trabalho³ sadio e equilibrado, não fogem à análise de Wyzykowski, Barros e Pamplona Filho (2014, p. 117), os quais, complementando os conceitos já indicados, descrevem o caráter multiofensivo desse comportamento lesivo, por interferir em vários direitos fundamentais do trabalhador, como o direito à integridade física e moral, o direito à intimidade, o direito ao tratamento não discriminatório, entre outras garantias asseguradas pela CRFB.

2 Os elementos caracterizadores do “terror psicológico no trabalho”, sua classificação segundo a procedência e a doutrina que defende a criminalização do assédio moral laboral no Brasil

No assédio moral, há algumas características inconfundíveis que o diferenciam da convivência normal no trabalho, em que deve prevalecer o respeito recíproco. Assim, não se caracteriza a conduta do assédio nos momentos de discórdia momentânea de opinião pessoal ou num fato isolado de agressão, que não demonstre continuidade da ação de violência por ser apenas um comportamento isolado com aspecto pontual.

Os elementos caracterizadores do assédio são classificados por Guedes (2008, p. 34) em três conjuntos de condutas realizadas pelos assediadores. O primeiro diz respeito à comunicação: com a vítima não se fala, grita-se, recrimina-se, cortam-se as relações, com a finalidade de isolar e tornar mais frágil o assediado. Um segundo consiste em atingir a reputação do ofendido, para destruir sua autoestima, utilizando-se frases de duplo sentido, escárnio, fingindo ignorar a sua presença, com críticas ao seu modo de ser, a suas atitudes, ao seu modo de vestir-se ou de falar, ou mesmo a um defeito físico. O terceiro conjunto de atos relaciona-se à prestação do trabalho, com a finalidade de detratar o profissionalismo da vítima da perseguição, momento em que o seu trabalho é com frequência depreciado, inclusive com transferência ou rebaixamento de função, com a obrigação de realizar tarefas inúteis ou com o isolamento pela inatividade. São armadilhas predeterminadas, com poucas oportunidades de defesa.

Com o mesmo olhar sobre essa temática social, Lima Filho (2009, p. 53-64) assevera que, nesses casos de violência, hostilidade, maltrato psicológico ou moral, o elemento objetivo é a conduta típica agressora,

³De acordo com Garcia (2014, p. 97), o assédio moral deteriora o meio ambiente de trabalho, podendo resultar em enfermidades graves ao trabalhador, como a depressão, com danos emocionais e doenças de ordem física e psíquica, como alterações do sono, distúrbios alimentares, aumento da pressão arterial, desânimo, insegurança, pânico e suicídio.

além das múltiplas formas de expressão integrantes do comportamento ilícito do ofensor. Outro elemento caracterizador é a repetição e a persistência da conduta no tempo por meio de ações ou omissões, de diversas naturezas, que geralmente objetivam isolar, depreciar ou humilhar o assediado, degradando a sua saúde e o meio ambiente de trabalho.

O assédio moral tem como característica própria ser um atentado a diferentes valores fundamentais do trabalhador – integridade moral, dignidade, igualdade, honra, liberdade de expressão, intimidade, entre outros assegurados pela CRFB – e, por isso, é uma conduta pluriofensiva (LIMA FILHO, 2009, p. 53-64). Porém, o atentado contra a integridade moral do trabalhador é condição obrigatória para a caracterização do assédio, ainda que não esteja presente a reiterada violência psicológica ou física contra a vítima.

O elemento teleológico do assédio moral no trabalho está na intencionalidade (dolo) lesiva da conduta do agressor, por levar a efeito a intenção de atingir um resultado de possíveis danos à vítima. Adicione-se a isso o contexto laboral em que tanto o agressor quanto a vítima devem fazer parte do quadro de pessoal da empresa, o que realça a importância do elemento organizacional para a identificação do assédio – o que o distingue de outros tipos de violência contra o empregado (LIMA FILHO, 2009, p. 53-64).

Esclarece Candido (2011, p. 65-67) que as relações pessoais no contexto laboral são dinâmicas, o que frequentemente resulta em conflitos entre colegas de trabalho. Com efeito, quando surgem hostilidades sem controle ético, forma-se um ambiente propício à violência e pode ocorrer o assédio moral, “fruto de uma disputa doentia ou de um poder desmedido”. O autor cita exemplos de condutas assediadas: a exposição vexatória do trabalhador para que

se sinta envergonhado, atribuindo-lhe uma culpa que não tem; repreensão do assediado diante dos seus colegas; punição por fracasso devido à falta de orientação da chefia; liderança autoritária; punição sem causas específicas; constrangimento e ameaça constantes. O autor conclui que, por sua intencionalidade, o assédio visa, sobretudo, neutralizar sistematicamente a vítima.

Enfim, ao se analisar parte da doutrina sobre o tema, conclui-se que o assédio está fundado nos seguintes elementos: a) conduta abusiva e repetida; b) violência psicológica, moral ou física; e c) degradação do meio ambiente de trabalho. Destaque-se a classificação do assédio moral conforme a sua procedência, o que permite identificar com mais exatidão de onde partem os ataques e facilitar a responsabilização dos agressores. Distinguem-se três tipos: o que provém do empregador, diretores, superior hierárquico (considerado como vertical descendente); o oriundo de um colega de trabalho em relação a outro de igual hierarquia (assédio horizontal); e o proveniente das agressões de um ou vários subordinados contra o superior hierárquico (assédio vertical ascendente).

Para Ávila (2009, p. 34-36), o assédio vertical descendente parte do funcionário mais graduado em relação aos seus subordinados. Nele, a pessoa que detém o poder de comando pretende, de forma determinada, delimitar o espaço desse poder, usando de expedientes hostis como atos depreciativos, falsas acusações, insultos e ofensas que atingem a dignidade e a saúde do empregado. A autora identifica duas motivações nessa espécie de assédio: no denominado assédio estratégico, a empresa organiza um conluio para levar determinado trabalhador, considerado incômodo, a demitir-se para o fim de reduzir o quadro de empregados (para restringir custos, por exemplo, frequentemente se substitui pessoal mais antigo por funcioná-

rios mais jovens). O segundo caso ocorre com o assédio por abuso de poder, quando o superior hierárquico se sente ameaçado de forma real ou potencial por seu subordinado e usa arbitrariamente de seu poder de mando, motivado por diversas situações, como antipatia, inveja, razões de política organizacional etc. Alerta a pesquisadora que esse terror psicológico no trabalho pode contar também com a cumplicidade dos colegas do assediado, momento em que a agressão psicológica pode ser desencadeada.

Por sua vez, o assédio horizontal ocorre entre colegas de mesmo nível hierárquico, provocado por: a) motivos pessoais, como atributos profissionais; b) dificuldade de relacionamento; c) falta de espírito de solidariedade e lealdade para com os colegas; d) alguém se destacar entre os empregados da empresa e perante a chefia; e) competitividade com a prática de posturas individualistas; f) motivos de discriminação sexual, racial, xenofobia etc. (ÁVILA, 2009, p. 34-36).

Por fim, há o assédio vertical ascendente, uma espécie mais rara. Origina-se de um ou vários subordinados contra um superior hierárquico. Esse fator, porém, não o torna insignificante, em face da mesma crueldade empregada em sua execução. Pode ocorrer em diferentes situações: a rejeição a um chefe novato na empresa; quando ele excede os seus poderes de mando, sendo autoritário e arrogante na emissão de ordens para a execução de tarefas; quando algum colega é promovido e o grupo não está de acordo com essa decisão da direção da empresa etc. (ÁVILA, 2009, p. 35).

Sob o prisma do direito penal, alguns autores brasileiros têm defendido a criminalização do assédio moral no trabalho com a convicção de que a impunidade é uma das suas origens. A difusão de estudos sobre o tema encontra ampla sustentação, dado o vazio na legislação penal brasileira. Pesquisa de Carvalho, Carvalho, Silva

e Machado (2013, p. 10-11) constata que um dos “maiores desafios da humanidade é a sua interação com a natureza ou com a sua própria natureza humana e a dos seus semelhantes”. Nesse sentido, o Direito Penal é necessário, tendo em vista que o assédio moral laboral “lesiona ou põe em risco um bem jurídico ainda desprotegido pela legislação: a integridade moral da vítima assediada”. Castro (2012, p. 184) afirma que deve ser concedida “proteção à correta categoria de bens jurídicos lesados ou postos em risco pelo *mobbing*: a integridade moral”.

Também para Lima Filho (2009, p. 122-123), embora na atualidade não haja legislação penal tipificando o assédio como crime, a conduta pode ser criminalizada para que “a tutela jurisdicional prevista na norma constitucional seja efetiva, dando-se uma adequada resposta jurídica à violência no ambiente laboral que tantos malefícios causa, não apenas ao trabalhador, mas à sociedade em geral”. Alkimin (2011, p. 105) considera que, embora não haja tipo penal específico para o ilícito do assédio, a figura é antijurídica, lesiva e ofende bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal.

No plano da legislação internacional⁴ sobre assédio, o Código Penal francês e a lei relativa ao bem-estar dos trabalhadores na Bélgica sancionam o assédio moral no trabalho com prisão e multa, especialmente quando compromete o futuro do profissional (CASTRO, 2012, p. 184).

3 A criminalização do assédio moral nas relações laborais

Conforme se viu nas seções anteriores, mediante o conhecimento dos elementos mais

⁴ Indicam Carvalho, Carvalho, Silva e Machado (2013, p. 149) que também na Espanha é considerado crime o tratamento degradante do assédio no âmbito de qualquer relação laboral.

importantes sobre o assédio, é possível compreender a necessidade de torná-lo um tipo de delito submetido à sanção penal. A criminalização é uma medida necessária, a fim de fazer surtirem concomitantemente efeitos preventivos e de asseguarção de uma tutela mais efetiva de proteção da dignidade moral das vítimas. Ademais, a criminalização visa diminuir a impunidade de tais condutas (como medida de segurança jurídica), sobretudo em razão do atentado contra a integridade moral da vítima por ofensa à parte final do inc. III do art. 5º da CRFB.⁵

É necessário defender essa criminalização, dada a inexistência de uma lei geral nacional para prevenir e combater o assédio laboral, o que torna insuficiente a resposta dos outros ramos jurídicos para enfrentar o problema. De fato, o caráter subsidiário do Direito Penal atesta essa exigência, conforme explica Dias (1999, p. 78): “ele só pode intervir nos casos em que todos os outros meios de política social, em particular de política jurídica, se revelem insuficientes e inadequados”.

Também é indispensável aprovar um tipo delitivo para o assédio, já que o delito revela a emergência e a necessidade de tutela penal de um bem jurídico (DIAS, 1999, p. 82) e só assim novos processos de criminalização poderão ser aceitos como legítimos. Por sua vez, Roxin (2002, p. 13), em seu modelo funcionalista, revela que “a lei, porém – e também o código penal –, não é instrumento de reforma social, mas somente meio de reestabelecimento e de ordenação das liberdades coexistentes”.

Está no rol das duplicidades de metas do Direito Penal moderno a necessidade de potencializar a abertura do sistema dogmático e a inclusão de medidas político-criminais para evidenciar valores para serem tipificados de acordo com a emergência social. Com relação a essa primeira meta sobre a dogmática penal, é possível antecipar a aplicação do Direito Penal para a prevenção do perigo de dano a um bem jurídico a ser tutelado, que pode corresponder à criminalização dos atos de assédio como tipo penal de perigo abstrato, para a proteção do respeito à dignidade moral do trabalhador. Esse enfoque atende à necessidade de uma sociedade complexa com progresso acelerado.

A segunda meta do Direito Penal contemporâneo é a política criminal. Deve-se entender que essa meta tem como objetivo desenvolver meios de controle social da criminalidade, com posição de vanguarda em relação à legislação em vigor, para sugerir e orientar, em sintonia com a realidade social, a modificação do direito positivo, ou propor inclusões normativas para atender ao ideal de justiça.

⁵No mesmo sentido, Carvalho, Carvalho, Silva e Machado (2013, p. 23-24) apontam a ofensa à integridade moral da vítima como uma característica do assédio moral no trabalho que se aproxima do conceito de tratamento desumano e degradante proibido pelo art. 5º, III, da CRFB.

Para a tipificação do assédio como delito de perigo abstrato, na forma como propõe este estudo, é preciso entender que, na atual sociedade de risco, o fenômeno *perigo* é importante para o estudo do Direito Penal. Bottini (2010, p. 47-51) atesta que “o risco, elemento central na organização social, será fator determinante para a orientação da política criminal”. O assédio põe em risco a integridade moral do assediado, bem jurídico fundamental tutelado pela CRFB, que proíbe tratamento desumano ou degradante.

Sob a óptica penal, o assédio é crime de perigo abstrato. Conforme Brito (2015, p. 100-105), “trata-se de uma situação que estatisticamente demonstra produzir lesões a bens jurídicos, ainda que o tipo não exija a criação de um perigo de fato no caso concreto”. Assim, não é necessário o acontecimento de uma lesão, ou de perigo concreto, em face da periculosidade do comportamento assediante, pois a sua tipificação como crime de perigo abstrato com finalidade preventiva qualifica-o como delito de mera conduta.

Em face da atual sociedade com riscos⁶ elevados, o Direito Penal deve voltar a sua atenção para a prevenção e a inibição de atos que antecedem a causa de um mal, ou seja, antes que afetem o bem jurídico protegido, para assim se reprimirem condutas que produzam danos (BOTTINI, 2010, p. 88). Esse raciocínio jurídico ajuda a prevenir e combater os casos de agressão no trabalho, cuja relação de causalidade muitas vezes é de difícil comprovação. Nesse aspecto, é importante ressaltar que, mesmo no âmbito laboral, não é imprescindível a ocorrência de dano material para provar a ocorrência de assédio (SILVA NETO; GOMES, 2016).

Para Bruno (1976, p. 213-215), o perigo de dano pode estar no conteúdo do tipo penal, assim como pode não vir expresso na tipicidade do crime, mas “se supor previsto como a sua razão de ser”. Nesse caso, segundo o autor, o perigo causa a probabilidade de dano, e não a mera possibilidade, o que não justificaria a pronta intervenção penal. É lúcida igualmente a observação de Hungria e Dotti (2016, p. 476-477): quanto ao crime de perigo presumido ou abstrato, são tipificados certos comportamentos “em nome de sua perigosidade típica para um bem jurídico, mas sem que ela necessite ser comprovada no caso concreto”. Afirmam os doutrinadores que nesse ponto há como uma presunção de perigo.

O Brasil deu um primeiro passo para tipificar o assédio laboral com o PL nº 4.742-B/2001, que altera o Decreto-lei nº 2.848/1940 – o Código Penal (CP):

⁶ Carvalho, Carvalho, Silva e Machado (2013, p. 54-57) defendem também a postura de crime de perigo abstrato para a conduta de assédio, que pressupõe um risco, ainda que possa haver dano concreto à saúde da pessoa assediada.

Assédio moral

Art. 146-A. Ofender reiteradamente a dignidade de alguém causando-lhe dano ou sofrimento físico ou mental, no exercício de emprego, cargo ou função.

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Somente se procede mediante representação, que será irretroatável.

§ 2º A pena é aumentada em até 1/3 (um terço) se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

§ 3º Na ocorrência de transação penal, esta deverá ter caráter pedagógico e conscientizador contra o assédio moral (BRASIL, 2019b, p. 1-2).

Deve-se ressaltar a importância com a qual foi tratada a matéria no campo criminal e louvar a iniciativa da Câmara dos Deputados, já que o assédio deve ser reconhecido como aviltante. Outro ponto promissor é a pena mínima de um ano e a máxima, em abstrato, de dois anos de detenção, o que possibilitará a aplicação da Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Criminais) (BRASIL, [2018b]), com a proposta de transação penal (quando couber), conforme o seu art. 76, podendo ser aplicada a pena restritiva de direitos, de prestação pecuniária ou de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, I e IV, do CP). Também permite a análise da possibilidade da suspensão do processo, por força do art. 89 da lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, mediante período de prova, desde que o acusado preencha alguns requisitos legais.

Um ponto negativo do projeto é a exigência de representação da vítima para dar início à promoção da investigação, como instância para a apuração dos fatos. Para Hungria (1945, p. 172), a representação é condição de punibilidade. A ação é pública, mas a iniciativa do Ministério Público depende de provocação do ofendido, com a apresentação da competente representação, inicialmente perante a autoridade policial, para dar início ao procedimento investigatório criminal. Nesse caso, considera-se de maior utilidade para a preservação da integridade psicofísica da vítima contra outros ataques do seu ofensor que a ação penal seja pública incondicionada (obrigatoriedade da ação penal), sem depender, portanto, de representação do ofendido. Cabe apenas à autoridade policial – ao tomar conhecimento dos fatos e com os elementos de prova circunstancial em face da notícia crime apresentada na delegacia de polícia – instaurar o Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) e, em seguida, enviá-lo para a análise do Ministério Público.

Outro aspecto que se impugna no PL nº 4.742-B/2001 é o fato de o texto mencionar a dignidade como bem jurídico a ser protegido.

Apesar de ter relevância social elevada, o conteúdo jurídico da dignidade enlaça-se de forma genérica com os direitos fundamentais, congregando uma realidade complexa. No dizer de Barcellos (2011, p. 143-185), a dignidade da pessoa humana é uma concepção formada pelos direitos individuais, sociais, econômicos etc. Por ser a base do Estado Democrático de Direito, a dignidade protege vários direitos fundamentais, como a vida, a liberdade, a integridade física e mental, entre outros que são inseparáveis da sua própria concepção jurídica. Por conseguinte, quanto à tipificação dos crimes, a lei penal, segundo Jesus (2002, p. 271), ao descrever o delito, “deve restringir-se a uma definição meramente objetiva, precisa e pormenorizada, no sentido de ficarem bem delineados o direito de punir abstrato e o *jus libertatis* a ele concernente”. Dessa forma, é relevante o papel da descrição clara da conduta a ser punida, para que o cidadão possa entender que ações pode praticar sem sofrer a consequente sanção penal.

Apesar da relevância da aprovação da medida pela Câmara dos Deputados, esta pesquisa sugere – no sentido de aprimorar o PL nº 4.742-B/2001 – que o crime de assédio moral no trabalho tenha tipificação no art. 132-A do CP, para ser inserido no título que trata especificamente dos crimes contra a pessoa, com a seguinte redação:

Art. 132-A. Assediar moralmente alguém, com tratamento degradante, ou consentir nesta prática, de forma habitual, a vulnerar gravemente a sua integridade moral, nas relações laborais públicas ou privadas.

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.⁷

§ 1º A pena é aumentada em até 1/3 (um terço) se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

§ 2º Na ocorrência de transação penal, esta deverá ter caráter pedagógico e conscientizador contra o assédio moral.

O tipo em destaque abrangeria o serviço público e o privado. O bem jurídico protegido seria a integridade moral da pessoa assediada (art. 5º, III, da CRFB). O tipo objetivo (conduta do assediador) corresponderia ao comportamento hostil e habitual, com o fim de humilhar a vítima e degradar o meio ambiente de trabalho (art. 14, I, do CP), não se admitindo a tentativa (art. 14, II, do CP). Está presente também o tipo subjetivo, que é o dolo (direto ou eventual), não podendo haver forma culposa, admitindo-se o concurso de delitos, como o de lesão à integridade física ou psíquica (art. 129 do CP), o de crimes contra a honra (arts. 138,

⁷ Ver a proposta de crime de assédio moral no trabalho, apresentada como crime de perigo abstrato na tese de doutorado de Silva Neto (2018, p. 104).

139 e 140 do CP) e o de assédio sexual (art. 216-A do CP). E, no novo art. 132-A, o assédio moral no trabalho poderia ser classificado como crime de perigo abstrato, de mera conduta e, a depender da relevância da omissão, ser do tipo omissivo impróprio (comissivo por omissão), à luz do disposto no art. 13, § 2º, *a*, do CP. Os sujeitos ativos e passivos estariam entre as pessoas que compõem as relações de trabalho, podendo incidir a coautoria (art. 29 do CP).

Conclusão

A CRFB garante a proteção ao trabalho e à saúde do trabalhador como direitos sociais fundamentais de uma classe que produz riquezas e tem direitos mínimos reconhecidos e a serem protegidos pelo ordenamento jurídico. A violação desses direitos pela ação do assédio moral, em especial em relação à vida, à saúde, à integridade física, psicológica ou moral do assediado, possibilita na esfera jurídica, com a sanção penal do ofensor, a reparação do dano moral, material e existencial.

Vários fatores contribuem para a ocorrência do assédio moral no trabalho, como a competição entre empregados, que muitas vezes é estimulada pelo próprio empregador. Ademais, há políticas organizacionais de imposição de metas produtivas humanamente inalcançáveis, além de discriminação, perseguição gratuita pelo modo de ser (vestir-se, relacionar-se no trabalho), hierarquização rígida etc. Esse quadro, que tem repercussão nacional e internacional, pode ser enfrentado por meio de medidas de proteção preventiva, como a melhoria de condições e valorização do trabalho; a criação de um quadro de profissionais de recursos humanos com *expertise* em psicologia social ou do trabalho; a implantação pela empresa de um código de ética e conduta com ampla divulgação por meio de palestras motivacionais de respeito ao ser humano; campanhas de prevenção e combate ao assédio no âmbito da entidade empresarial, com a participação dos trabalhadores, enfatizando que a empresa não tolera o abuso de poder; o uso de instrumentos normativos como as convenções e acordos coletivos de trabalho, como meios de proibir a prática de violência no âmbito organizacional etc.

Em suma, defende-se que o assédio moral no trabalho deve ser caracterizado como crime contra a pessoa, de perigo abstrato e, portanto, de mera conduta, por afrontar a integridade moral do assediado, em face da proibição constitucional de tratamento desumano ou degradante, sem se descurar dos malefícios que também pode causar à integridade psíquica ou física da vítima. O Direito Penal deve proteger o bem jurídico

do respeito à integridade moral da pessoa no trabalho, como mais uma medida jurídica de proteção à dignidade do trabalhador.

Sobre os autores

Ana Virgínia Moreira Gomes é doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutora pela School of Industrial and Labor Relations da Cornell University, Ithaca, NY, Estados Unidos; professora do programa de pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Unifor), Fortaleza, CE, Brasil; coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito do Trabalho e Seguridade Social na Unifor, Fortaleza, CE, Brasil.

E-mail: avmgomes@gmail.com

Benedito Augusto da Silva Neto é doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; mestre em Filosofia pela Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; membro do quadro de docentes da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; promotor de justiça na Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil.

E-mail: benedito-augusto@hotmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

GOMES, Ana Virgínia Moreira; SILVA NETO, Benedito Augusto da. A criminalização do assédio moral no trabalho: uma análise do Projeto de Lei nº 4.742-B/2001. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 224, p. 127-144, out./dez. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p127

(APA)

Gomes, A. V. M., & Silva, B. A. da, Neto (2019). A criminalização do assédio moral no trabalho: uma análise do Projeto de Lei nº 4.742-B/2001. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(224), 127-144. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p127

Referências

ALKIMIN, Maria Aparecida. *Assédio moral na relação de trabalho*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

AUSFELDER, Trude. *Mobbing: el acoso moral en el trabajo*. 2. ed. Barcelona: Océano-Ambar, 2004.

ÁVILA, Rosemari Pedrotti de. *As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. Apresentada originalmente como dissertação de mestrado, Universidade de Caxias do Sul, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARRETO, Margarida; VENCO, Selma. Da violência ao suicídio no trabalho. In: BARRETO, Margarida; BERENCHTEIN NETTO, Nilson; PEREIRA, Lourival Batista (org.). *Do assédio moral à morte de si: significados sociais do suicídio no trabalho*. São Paulo: Matsunaga, 2011. p. 221-248.

BERENCHTEIN NETTO, Nilson. A morte proibida do trabalhador: análise histórico-social das relações entre suicídio e trabalho. In: BARRETO, Margarida; BERENCHTEIN NETTO, Nilson; PEREIRA, Lourival Batista (org.). *Do assédio moral à morte de si: significados sociais do suicídio no trabalho*. São Paulo: Matsunaga, 2011. p. 123-161.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.742, de 2001. Introduz art. 146-A no Código Penal Brasileiro – Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 –, dispondo sobre o crime de assédio moral no trabalho. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, ano 56, n. 79, p. 24.176-24.177, 26 maio 2001a. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD26MAI2001.pdf#page=74>. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.960, de 2001. Altera o Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para instituir o crime de assédio moral. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, ano 56, n. 105, p. 34.131-34.132, 4 ago. 2001b. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD04AGO2001.pdf#page=61>. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.887, de 2001. Tipifica o assédio moral, acrescentando artigo ao Código Penal, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, ano 57, n. 26, p. 10.674, 26 mar. 2002a. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD26MAR2002.pdf#page=78>. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.971, de 2001. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, ano 57, n. 29, p. 11.668-11.669, 2 abr. 2002b. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/montaPdf.asp?narquivo=DCD02ABR2002.pdf&npagina=70>. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 19 ago. 2019.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 1.521, de 2019*. Altera o Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar o assédio moral. [Brasília, DF]: Senado Federal, 2019b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7928042&ts=1560373028063&disposition=inline>. Acesso em: 19 ago. 2019.

BRITO, Alexis Couto de. *Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção ciência criminal contemporânea, v. 2).

BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

CANDIDO, Helena. *Assédio moral: acidente laboral*. São Paulo: LTr, 2011.

CARVALHO, Gisele Mendes de; CARVALHO, Érika Mendes de; SILVA, Leda Maria Messias da; MACHADO, Isadora Vier. *Assédio moral no ambiente de trabalho: uma proposta de criminalização*. Curitiba: J. M. Livraria Jurídica, 2013.

CASTRO, Cláudio Roberto Carneiro de. *O que você precisa saber sobre assédio moral nas relações de emprego*. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ENGELS, Friedrich. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. Tradução de B. A. Schumman. São Paulo: Boitempo, 2010.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Meio ambiente do trabalho: direito, segurança e medicina do trabalho*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.

GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Tradução de Rejane Janowitz. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945. v. 6.

HUNGRIA, Nélson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2016. v. 1, t. 2.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *O assédio moral nas relações laborais e a tutela da dignidade humana do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2009.

MERLO, Álvaro Roberto Crespo. Entrevista 1. In: BARRETO, Margarida; BERENCHTEIN NETTO, Nilson; PEREIRA, Lourival Batista (org.). *Do assédio moral à morte de si: significados sociais do suicídio no trabalho*. São Paulo: Matsunaga, 2011. p. 30-42.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Assédio moral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Conferencia Internacional del Trabajo. *Actas provisionales 8A: 107ª reunión*. Ginebra: OIT, 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_631785.pdf. Acesso em: 19 ago. 2019.

PACHECO, Mago Graciano de Rocha. *O assédio moral no trabalho: "o elo mais fraco"*. Coimbra: Almedina, 2007.

POPPER, Karl. *A sociedade aberta e os seus inimigos: segundo volume: Hegel e Marx*. Prefácio de João Carlos Espada. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2013. (Biblioteca de Teoria Política, 8).

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA NETO, Benedito Augusto da. *Assédio moral no trabalho: proposta de políticas regulatórias para a proteção do trabalhador*. 2018. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2018.

SILVA NETO, Benedito Augusto da; GOMES, Ana Virgínia Moreira. Um exame crítico acerca da necessidade da prova pericial para a configuração da prática de assédio moral no trabalho. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 24, n. 95, p. 45-67, jul./set. 2016.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito internacional do trabalho. In: SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 11. ed. atual. em face da nova Constituição. São Paulo: LTr, 1991. v. 2, p. 1.235-1.306.

WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Assédio moral laboral e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2014.

Vinculatividade objetiva dos direitos sociais prestacionais

Da teoria da integração à pretensão metaindividual a políticas públicas

LUCIANO PEREIRA VIEIRA

Resumo: O artigo debate a exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais derivados a prestação nos casos de omissão ou má concretização pelos Poderes Públicos. Argumenta que a inexigibilidade imediata de determinado direito social não afasta o reconhecimento de que toda norma constitucional, por menos densa que seja, tem um grau mínimo de vinculação estatal e de exigibilidade pela sociedade, decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Sustenta a objetividade dos valores constitucionais e, por conseguinte, o dever de sua concretização por meio de políticas públicas. Aponta como única forma adequada de adjudicar direitos derivados a prestação o reconhecimento da existência de uma pretensão metaindividual a políticas públicas, dada a inexistência de direitos públicos subjetivos nessa seara. Conclui que os instrumentos processuais de tutela coletiva *lato sensu* devem ser reconhecidos como a única via legitimadora dessa atuação complementar do Judiciário para garantir a igualdade entre os cidadãos no acesso aos direitos sociais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Teoria da integração. Valores constitucionais. Judicialização de políticas públicas.

Objective binding of fundamental social rights: from theory of integration to the meta-individual claim for public policies

Abstract: It discusses the judicial enforcement of fundamental social rights that don't enshrine subjective public rights directly from the constitutional text in cases of omission or low concretizing performance from Political Branches. It argues that even a non-enforceable fundamental social right has a minimum degree of binding effect on the State and an enforceable

Recebido em 17/9/19
Aprovado em 9/10/19

degree by society, owing to the objective dimension of fundamental rights that becomes the state values in objective data. The purpose of this study is to state that the only suitable way to require that the State formulate and implement public policies for social rights not qualified as subjective public rights by Constitution is through the recognition of the existence of a 'meta-individual' claim for public policies arising from the objective dimension of fundamental rights. It intends to demonstrate that the collective procedural instruments are the only lawful way for this purpose to ensure the equality between citizens when the political branches fail in their tasks.

Keywords: Fundamental social rights. Objective dimension of fundamental rights. Theory of integration. Constitutional values. Judicialization of public policies.

La gestión o, si se quiere, administración de prestaciones convierte o transforma los derechos fundamentales en objetivos constitucionales, redistribuyendo, planificando, dirigiendo y subvencionando, buscando en todo caso su efectividad erga omnes, dirigiendo su uso individual e colectivo en sentido de “hacer provechosos” todos los derechos fundamentales.

(HÄBERLE, 2002, p. 169).

Introdução

Este estudo objetiva contribuir para o aprofundamento da discussão acerca da exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2019]), que, de acordo com a doutrina e jurisprudência predominantes, não consagrariam direitos subjetivos diretamente fruíveis com base em sua mera contemplação no texto constitucional. Mais precisamente, objetiva enfrentar a complexa questão política e jurídica da (im)possibilidade de adjudicação, pelo Poder Judiciário, dos direitos econômicos, sociais e culturais – em regra, direitos derivados a prestação – em virtude do reconhecimento, na esfera judicial, da omissão ou da má atuação dos Poderes Legislativo e Executivo em concretizá-los.

Tais direitos fundamentais sociais, de modo propositado ou não, historicamente sempre foram vistos, em sua maioria, como metas ou valores a serem progressivamente concretizados pelo Estado em prol de seus cidadãos e, justamente por isso, não seriam diretamente exigíveis,

no plano individual ou coletivo, enquanto não houvesse a atuação conformadora do legislador infraconstitucional. Essa noção abstrata dos direitos fundamentais sociais advém da concepção dogmática de que tais direitos foram, em sua quase totalidade, consagrados por meio de normas constitucionais de baixa densidade normativa ou, em outros termos, por normas constitucionais de cunho programático.

Embora não seja totalmente equivocada, essa concepção acabou por construir uma perniciososa cultura jurídica que não foi capaz de reconhecer a possibilidade de existirem graus de exigibilidade para os diversos direitos fundamentais sociais e a sindicabilidade desses direitos além do plano estritamente individual. Por estar presa ao dogma do direito subjetivo, tal concepção acaba por lançar todos os direitos sociais em uma única vala: a dos direitos sem exigibilidade ou não justiciáveis, salvo raros casos previstos no texto da CRFB ou criados pela jurisprudência.

Essa mentalidade restritiva quanto à concretização dos direitos fundamentais sociais sempre esteve diretamente atrelada aos alegados altos custos de sua efetivação, à ausência de instrumentos para sua adjudicação judicial e ao vetusto dogma da separação dos Poderes. Contudo, consoante se pretende demonstrar neste trabalho, o fato de determinado direito social não ser exigível diretamente da Constituição não afasta o reconhecimento de que toda norma constitucional, por menos densa que seja, tem um grau mínimo de vinculação do Estado e de exigibilidade pela sociedade, decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Trata-se de reconhecer a Constituição, na concepção de Smend (1985), como uma ordem jurídica de valores, ou seja, uma ordem que torna objetivos os valores estatais, o que determina, como consequência imediata, a vinculativida-

de objetiva dos direitos fundamentais para os Poderes constituídos.

O objetivo é discutir se há realmente alguma possibilidade jurídica de exigir judicialmente do Estado a formulação e a implementação de políticas públicas de promoção dos direitos sociais prestacionais não reconhecidos diretamente no texto constitucional como direitos públicos subjetivos.

Portanto, o enfoque não se dará sobre o já pacífico entendimento de que os *direitos sociais originários a prestação* (direitos públicos subjetivos de origem constitucional) são sindicáveis pelo Poder Judiciário no plano individual, pois não há dúvidas relevantes quanto à existência de um legítimo direito subjetivo nessa seara.

Em suma, a discussão girará exclusivamente em torno da tentativa de demonstrar a existência, no Brasil, de uma *pretensão metaindividual a políticas públicas para os direitos sociais derivados a prestação (de baixa densidade normativa)*, como corolário da dimensão objetiva dos direitos fundamentais consagrados na CRFB.

1 Direitos fundamentais sociais prestacionais: eficácia e exigibilidade

É comum encontrar a afirmação na doutrina – e até mesmo em alguns julgados – de que os direitos sociais prestacionais são, em regra, veiculados por normas de cunho programático e, por isso, dependem de *efetivação progressiva*, o que lhes retiraria a possibilidade de serem exigidos judicialmente. Em outras palavras, a ideia geral prevalecente seria a de que os direitos fundamentais sociais prestacionais, por não terem recebido normatividade suficiente do Legislador¹ – logo, por serem de baixa densidade normativa –, teriam eficácia jurídica limitada

¹ Entre outras obras, ver Silva (2002, p. 82-83).

ou reduzida e, portanto, sua exigibilidade em face do Estado estaria inviabilizada enquanto esse *status* permanecesse.

Justamente por isso, Krell (1999, p. 240) recorda que, embora a maioria dos textos constitucionais europeus e latino-americanos atuais se valham de normas constitucionais programáticas para a positivação de direitos sociais, deve-se negar a essas normas o papel de meras definidoras de metas e finalidades estatais. Pelo contrário, “elas não representam recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem direito diretamente aplicável” (KRELL, 1999, p. 240), o que não significa necessariamente que delas diretamente provenham *direitos públicos subjetivos*. De qualquer modo, a própria Constituição deve definir o grau de aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais sociais e, portanto, o seu grau de justiciabilidade. Esse é o ponto de partida.

Sarlet (2012, p. 252, grifo do autor), após analisar as principais concepções da literatura jurídica nacional referentes à problemática classificação da eficácia das normas constitucionais, conclui que “a todas as sistematizações propostas subjaz a ideia de que uma norma é capaz de gerar seus efeitos essenciais em tendo, por si mesma, *normatividade suficiente* para tanto”, pois não haveria, segundo sustenta, como “desconsiderar a íntima vinculação da noção de densidade normativa com a de eficácia (e aplicabilidade) da norma”. E ressalta que o conteúdo do dispositivo constitucional é de “suma relevância para a determinação de sua normatividade”, motivo pelo qual condensa seu pensamento sobre a classificação da eficácia das normas constitucionais da seguinte forma:

Em face do exposto, pode falar-se em normas constitucionais de alta densidade normativa, que, dotadas de suficiente normatividade, se encontram aptas a, diretamente e sem a intervenção do legislador ordinário, gerar os seus efeitos essenciais (independentemente de uma ulterior restringibilidade), bem como em normas constitucionais de baixa densidade normativa, que não possuem normatividade suficiente para – de forma direta e sem uma *interpositio legislatoris* – gerar seus efeitos principais, ressaltando-se que, em virtude de uma normatividade mínima (presente em todas as normas constitucionais), sempre apresentam certo grau de eficácia jurídica (SARLET, 2012, p. 252-253).

É essa a concepção de eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais que serve de alicerce para o presente estudo. O problema é que nem sempre essa conclusão é de fácil extração do texto constitucional. Reitere-se, portanto, que somente o caso concreto e a análise específica – mas sistêmica – das disposições garantidoras de direitos sociais em determinada Constituição é que permitem determinar o nível de justiciabilidade desses direitos fundamentais, o qual poderá oscilar diante do

espaço de prognose e da margem de ação e decisão do legislador conferido pelo constituinte, ou seja, do livre espaço de conformação disponível.²

Eis o motivo pelo qual não se deve extrair da norma-princípio consagrada no art. 5º, § 1º, da CRFB mais do que ela é capaz de assegurar, ou seja, ela não é capaz, *per se*, de configurar automaticamente direitos subjetivos, concretos e definitivos. É por isso que, segundo Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 287), o art. 5º, § 1º, da CRFB deve ser compreendido apenas como uma “ordem de otimização, uma determinação para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais”. Essa é sua aptidão imanente.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, prevista no art. 5º, § 1º, da CRFB, só é efetivamente possível – no que tange aos direitos sociais, em se tratando de *direitos originários a prestação e de liberdades sociais* (estas, típicos direitos de *status negativus*), já que os demais direitos sociais prestacionais somente serão exigíveis perante o Estado, a depender da análise de cada caso concreto – após a interposição legislativa.

Em regra, portanto, os direitos sociais prestacionais, salvo situações previstas na Constituição – como é o caso, no Brasil, da saúde e da educação básica –, só alcançarão sua máxima eficácia após a atuação conformadora do legislador infraconstitucional. Afora esses casos, a eficácia do direito social está assegurada como vetor hermenêutico para a criação e implementação de políticas públicas governamentais destinadas à sua concretização, bem como tem seu lugar no bloco de constitucionalidade para fins de declaração da inconstitucionalidade da omissão estatal na sua implementação, tanto no âmbito do controle difuso quanto do concentrado.

O direito à educação no Brasil, reconhecido como direito social pelo art. 6º da CRFB, é um excelente exemplo para confirmar essa tese. Recorde-se que o inc. I e o § 1º do art. 208 da CRFB expressamente reconhecem que o acesso ao ensino público básico é obrigatório e gratuito como “direito público subjetivo”³. Desse modo, inexistente discricionariedade administrativa, porquanto se trata de comando constitucional de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CRFB), plenamente exigível pelo indivíduo em face do Estado, tanto que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular importam responsabilidade da autoridade competente, de acordo com o próprio texto constitucional (art. 208, § 2º, da CRFB). Em virtude disso, a doutrina e a jurisprudência

²Sobre o tema, ver Queiroz (2006, p. 75) e Krell (1999, p. 241).

³Basicamente, os deveres estatais de fomento à educação escolar no Brasil podem ser sintetizados da seguinte forma: 1) educação básica, composta pelo ensino infantil, fundamental e médio – inclusive a educação de jovens e adultos e a destinada a portadores de necessidades especiais; 2) educação superior. Sobre o tema, ver Vieira (2013).

pátrias são uníssonas em admitir a justiciabilidade desse direito à educação básica, individual ou coletivamente, por se tratar de legítimo direito originário a prestação, ou seja, direito social diretamente exigível do texto constitucional.⁴

Nesse aspecto, um esclarecimento precisa ser feito: somente a oferta de educação básica pelo Estado pode ser considerada direito público subjetivo no Brasil, estando de fora a educação superior, nos estritos termos constitucionais. Assim, o ensino superior brasileiro, por não gerar direito público subjetivo diretamente do texto constitucional – típico direito social derivado a prestação de baixa densidade normativa –, estaria destituído de exigibilidade judicial, no plano individual ou coletivo, por necessitar da prévia atuação concretizadora do legislador (*interpositio legislatoris*) para a sua fruição.

Desses exemplos infere-se que o direito à educação é marcado, na CRFB, pela existência tanto de normas de baixa densidade normativa (como as do ensino superior), quanto por normas de alta densidade normativa (como o direito à educação básica, sobretudo a infantil). Assim, apenas com esses dois exemplos, é possível desconstruir as ideias autoexcludentes de que os direitos fundamentais sociais prestacionais, no Brasil, ou geram inexoravelmente direitos subjetivos e, por isso, seriam plenamente sindicáveis pelo Poder Judiciário, sem exceção; ou de que, por outro lado, são sempre normas de conteúdo meramente programático.

Em verdade, a esses exemplos poderiam ser somados outros de menor densidade normativa, como é o caso do direito à alimentação, ao lazer e à moradia, dispostos igualmente no art. 6º da CFRB, ao lado de outros de elevada densidade normativa, como o direito à saúde, à previdência, à segurança, à proteção, à ma-

ternidade e à infância.⁵ Certamente, o espírito do Poder Constituinte, à época da positivação desses direitos fundamentais sociais, não foi o de tratá-los igualmente em termos de exigibilidade, embora se possa afirmar que era o de assegurar que todos fossem efetivamente concretizados, a seu tempo e modo.

Assim, mais do que prescrever direitos sociais prestacionais, o Poder Constituinte almejou instituir *deveres* para o Estado, como que suprimindo parcela de seu poder de escolha de rumos ou limitando sua discricionariedade na eleição dos destinos das atividades estatais. E o norte para o exímio cumprimento dessa tarefa constitucional deve ser buscado naquilo que se convencionou denominar *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*, a qual, em última instância, deve ser protegida pelo Poder Judiciário. Daí não ser absurdo afirmar que o catálogo de direitos fundamentais serve como expressão de uma “ordem de valores objetivada na e pela Constituição” (SARLET, 2006, p. 554).

A razão disso é que o ordenamento jurídico positivo está impregnado de uma *ordem axiológica* representativa da vida cultural do Estado, a qual legitima a “ordem legal positiva do Estado” (KRELL, 2002, p. 78). Se essa ordem de valores legitima o poder estatal, deve ela ser também o fundamento que justifica a exigibilidade dos direitos sociais que proclama, explícita ou implicitamente.

Ainda quanto à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, Sampaio (2013, p. 61) ressalta que o enfoque é o significado do direito fundamental para a coletividade, em seu conjunto. Por isso, afirma que os direitos fundamentais devem ter “valor e extensão para o todo social”, ou seja, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais implica concebê-los como “uma ordem de valores

⁴No mesmo sentido, ver Araujo e Nunes Júnior (2010, p. 516).

⁵Nesse mesmo sentido, ver Barboza e Kozicki (2012, p. 75).

objetiva”. É com base em premissas semelhantes que Abramovich e Courtis (2004, p. 47) afirmam inexistir modalidade de direito econômico, social e cultural que não contenha “ao menos alguma característica ou faceta que permita sua exigibilidade judicial em caso de violação”.

Em síntese, o objetivo dos referidos autores é deixar claro que a qualificação de um direito social como “direito pleno” não decorre apenas do adimplemento da obrigação pelo Estado, senão pela “existência de algum poder jurídico para atuar do titular do direito em caso de inadimplemento da obrigação devida” (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 37-38), porquanto é justamente a falta de *instrumentos materiais e processuais de tutela desses direitos* que fundamenta a negativa de sua justiciabilidade.⁶ A plenitude dos direitos fundamentais sociais, portanto, passa necessariamente pelo reconhecimento do papel decisivo do Poder Judiciário na adjudicação compulsória de prestações aos cidadãos em caso de omissão ou má atuação estatal na concretização das políticas públicas.

Entretanto, essa postura do Poder Judiciário, quando adotada em demandas individuais que implicam flagrante desvirtuamento de políticas públicas legitimamente estabelecidas pelos Poderes políticos, pode revelar indesejável ativismo judicial, algo que acaba por criar um novo problema, de ordem político-jurídica, a ser equacionado não só pelo Direito Constitucional, mas também pela Ciência Política.

Por ironia, a adjudicação judicial casuística e pontual de direitos prestacionais pelo Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que pode contribuir para solucionar o problema da inefetividade das normas constitucionais, pode também acentuar a desigualdade entre os cidadãos que, por não terem sido alcançados pelos efeitos da decisão judicial, continuam a necessitar da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo para gozarem de determinado direito social prestacional. Explica-se: se a tutela jurisdicional prestada não for capaz de atender a todos que se encontrem sob a mesma situação fática hipoteticamente agasalhada pela norma que consagrou o direito social, mas apenas a um ou a alguns indivíduos que tiveram acesso formal ao aparato judicial do Estado, estará o Poder Judiciário contribuindo para o incremento da sensação de desigualdade material entre os indivíduos na sociedade.

Em síntese, a indiscriminada judicialização dos direitos fundamentais sociais derivados a prestação pode criar categorias distintas de indivíduos ou coletividades a depender do resultado das ações judiciais que

⁶ Entre várias outras conclusões extraídas do Foro sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, patrocinado pela Comisión Económica para América Latina (CEPAL), está a de que “o dever do Estado de adotar medidas a fim de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais inclui a obrigação de oferecer recursos judiciais para tais fins” (ROUX; RAMÍREZ J., 2004, p. 11, tradução nossa).

cada interessado promoveu, sem falar do risco de desmantelamento da atuação programática estatal, quando o acolhimento de pretensões meramente individuais puder comprometer políticas públicas estabelecidas racionalmente para o atendimento progressivo de grupos ou coletividades não incluídos no raio de alcance da decisão judicial.

Em outros termos, um mesmo direito social genericamente previsto para todos no texto constitucional pode não ser assegurado a todos, por força dos limites subjetivos da decisão judicial. Além disso, não se deve esquecer que a judicialização dos direitos sociais traz consigo o risco sempre presente de o amparo da pretensão individual depender da maior ou menor permeabilidade do magistrado aos anseios da sociedade e do grau de intensidade que ele reconhecer, em sua fundamentação, da vinculação do Estado ao dever de prestar determinado direito social com base no texto normativo invocado pela parte autora, o que pode conferir um sabor lotérico às ações judiciais individuais em curso.

Não é necessário utilizar rios de tinta para demonstrar quão perniciosa pode ser essa compreensão de adjudicação judicial de direitos fundamentais sociais, por ter, em sua base, justamente o desrespeito à ideia de isonomia. Isso, porém, não retira a importância da intervenção judicial na concretização dos direitos fundamentais sociais. Apenas reforça a relevância de os canais políticos do Estado atuarem de modo eficiente, a seu tempo e modo, justamente para evitar que a omissão ou má atuação na formulação e implementação de políticas públicas resultem na necessidade de intervenção proativa ou corretiva por parte do Poder Judiciário. Ainda, reforça a ideia de que os instrumentos de *tutela jurisdicional coletiva* devem ser potencializados ou priorizados, em detrimento das demandas individuais, na adjudicação judicial de direitos fundamentais sociais derivados a prestação. Daí

não ser demasiado afirmar que, se por um lado a CRFB previu um amplo catálogo de direitos sociais, por outro, *não os contemplou todos como direitos públicos subjetivos*, relegando ao Poder Legislativo a relevante tarefa de densificá-los em textos normativos complementares e, ao Executivo, a árdua tarefa de prestá-los concretamente com base em uma engenhosa programação financeira e infraestrutural. Essa é a regra de ouro.

Tal afirmação não significa que a concretização dos direitos sociais derivados a prestação de baixa densidade normativa estará sempre atrelada ao mero alvedrio do legislador e do administrador público. Em verdade, apenas quer dizer que a concomitante ausência de direitos públicos subjetivos, somada à previsão de deveres objetivos estatais, faz surgir uma pretensão legítima à concretização desses direitos, a qual escapa, porém, do raio de alcance das demandas individuais, em sua imensa maioria, por ter natureza de *pretensão metaindividual a políticas públicas*.

Reconhecer a abertura hermenêutica do catálogo de direitos fundamentais sociais é ato de maturidade institucional pautado na confiança de que o Estado Democrático de Direito está, senão plenamente, muito confortavelmente instalado. Afinal, embora o Poder Judiciário não seja, naturalmente, a instância democraticamente legitimada à densificação de direitos fundamentais sociais, é certo, por outro lado, que a atribuição de direitos a normas constitucionais pelo processo hermenêutico é, *prima facie*, uma função típica desse Poder estatal em última instância.

Não se deve esquecer que o próprio Poder Constituinte Originário reservou à jurisdição constitucional – *in casu*, o Supremo Tribunal Federal (STF) (art. 102 da CRFB) – a função de guardião da Constituição, devendo não apenas protegê-la em sua essência, mas primordialmen-

te garantir sua efetividade (força normativa), de modo a não permitir sua transformação numa mera folha de papel. Essa atuação concretizadora do Poder Judiciário, porém, não é ilimitada. A jurisdição constitucional deve desempenhar sua função de guardião da Constituição não no sentido de ser a responsável por revelar, em última instância e de modo exclusivo, o “segredo constitucional” que lhe teria sido confiado pelo Poder Constituinte, mas na exata dimensão de que é a responsável por velar pela força normativa da Constituição, protegendo e reafirmando seus valores, mesmo quando pareçam óbvios (VIEIRA, 2012, p. 111-114).

Krell (2002, p. 22), quanto a esse tema, reconhece a importância da abertura material da Constituição relativamente aos direitos sociais, ao destacar que, num sistema político pluralista, “as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado”. Justamente por isso, salienta que a tarefa de concretização desses direitos, no campo da conveniência e oportunidade, deve estar a cargo, principalmente, dos governos e parlamentos, e não do Poder Judiciário. Entretanto, Krell (2002, p. 22) ressalta que essa sua afirmação não exclui a intervenção excepcional do Poder Judiciário “quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional”, sobretudo no campo da omissão inconstitucional, na mesma linha que acima sustentamos. E a legitimidade dessa intervenção judicial para a adjudicação de direitos sociais somente pode ser aferida em cada caso concreto, e não *a priori*.

Estaria nesse ponto, portanto, resolvida a questão do déficit de legitimidade democrática do Poder Judiciário como ator político-jurídico: na concretização dos direitos fundamentais sociais derivados a prestação de baixa densidade normativa, toda vez que os canais estatais pró-

prios, de natureza eminentemente política, não se desincumbirem de sua missão constitucional de densificação desses direitos, estará o Poder Judiciário autorizado a suprimir a omissão inconstitucional⁷ ou de atuar de modo corretivo quanto a eventuais desvios políticos na execução dos direitos fundamentais sociais. Ou seja, a intervenção judicial ultrapassa excepcionalmente o campo estritamente jurídico para corrigir uma disfunção de natureza, *a priori*, eminentemente política.

Por conseguinte, surge a necessidade de compreender esse fenômeno jurídico por meio de outras abordagens, sobretudo o que fundamenta essa pretensão, além da especial relevância que os instrumentos processuais de tutela coletiva passam a ter nesse contexto para a concretização dos direitos sociais derivados a prestação de baixa densidade normativa. É o que se passará a fazer no tópico a seguir.

2 Vinculatividade objetiva dos direitos fundamentais sociais: a Constituição como uma ordem jurídica de valores na teoria da integração de Rudolf Smend

Os direitos sociais são, em regra, diretivas que apontam para o futuro, por não se limitarem a expressar a realidade de fato vivenciada no presente. Daí por que são positivados, no mais das vezes, por normas de índole programática ou, como preferimos, por normas constitucionais de baixa densidade normativa.

Aliás, nem poderia ser diferente. Se as normas definidoras de direitos sociais apenas refletissem, como realidade de fato atual, direitos públicos subjetivos, certamente se estaria diante de um hipotético Estado que já teria alcançado o

⁷Nesse sentido, ver Fonte (2013, p. 184).

pleno bem-estar social, e as normas constitucionais teriam apenas a função de retratar os alcances já experimentados, como numa Constituição-quadro, perdendo sua força de direção e ordenação da realidade político-social.

Seria algo fantástico, mas o cenário político-econômico do Estado brasileiro, desde o momento da promulgação da CRFB até a presente data, não permite, como verdade histórica, essa constatação. O Brasil inegavelmente vive, desde então, um processo lento e gradual de desenvolvimento econômico e social e de maturação de seu regime democrático, com avanços e retrocessos. E essa dinâmica da realidade político-social brasileira reflete diretamente o ritmo progressista ou conservador de implementação das promessas constitucionais de 5 de outubro de 1988. Exatamente por isso, como adverte Krell (2002, p. 25-26), é equivocada a ideia de que a Constituição pode “normatizar o inalcançável”, razão pela qual afirma que “o equilíbrio entre esses dois extremos é que conduz a um ordenamento jurídico eficaz”.

Ao tratar da força jurídico-constitucional dos direitos econômicos, sociais e culturais, Canotilho (2003) elenca algumas características desses direitos, com base na concepção traçada pelo Tribunal Constitucional português. São elas: vinculatividade normativo-constitucional; servem como parâmetro de controle judicial das medidas legais ou regulamentares restritivas desses direitos; são autênticas imposições legiferantes cujo descumprimento gera omissão inconstitucional; impõem ao Estado o dever de concretizar esses direitos por meio de medidas concretas e determinadas (tarefas constitucionalmente impostas ao Estado); e impõem uma discricionariedade mitigada ao legislador, na medida em que “a produção de medidas concretizadoras dos direitos sociais não é deixada à livre *disponibilidade do legislador*, embora este beneficie de uma ampla *liberdade de conformação*” (CANOTILHO, 2003, p. 482, grifos do autor). Isso significa que a imposição legiferante e o fornecimento de prestações aos cidadãos devem ser analisados com maior amplitude quando se tratar de direitos fundamentais sociais, extrapolando a mera análise subjetiva de demandas político-sociais.

Conforme assevera Sampaio (2013, p. 256), o fato de os direitos sociais terem como características a progressividade e a dependência de condições fáticas, sociais e jurídicas para sua implantação pelo Estado não justifica “uma paralisia de implementação”, pois quanto a eles há um evidente dever de concretização estatal. Afinal, o caráter principiológico dos direitos fundamentais também serve para revelar que sua positivação na ordem constitucional representa a eleição de certos valores fundantes da sociedade, os quais foram objetivamente catalogados pelo Poder Constituinte como representação da vontade soberana do povo em determinado momento histórico, mas com vistas ao futuro.

Häberle (2002, p. 204-205), nesse particular, salienta que o Estado prestacional tem o dever de criar todos os requisitos e condições para que os cidadãos, sem exceção, possam “fazer um correto uso ‘por igual’ das liberdades garantidas, sem cuja consecução se esvazia de conteúdo”. Logo, o fato de um determinado direito social não ser exigível diretamente da Constituição não afastaria o reconhecimento de que toda norma constitucional, por menos densa que seja, detém um grau mínimo de vinculação do Estado e de exigibilidade por parte da sociedade, decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (ARA PINILLA, 1994, p. 106).

Em outras palavras, trata-se não do reconhecimento do caráter meramente discricionário e programático da atuação do Poder Legislativo na concretização de direitos sociais prestacionais, mas do exercício de uma função normatizadora que a própria Constituição torna vinculante ao Legislador, embora com maior ou menor margem de conformação ou concreção, a depender da densidade normativa que o próprio Poder Constituinte atribuiu a cada direito fundamental social.

Portanto, esses direitos econômicos, sociais e culturais revelam-se, na feliz definição de Queiroz (2006, p. 31, grifos da autora), uma “tarefa definida como *norma-fim* e que se dirige *ainda* como *expectativa constitucional* tanto para o Estado como aos cidadãos”. Daí o acerto de Ferrari (2001, p. 221) em reconhecer a imperatividade dessas normas constitucionais definidoras de programas ou fins estatais, porque elas devem ser postas em ação pelo legislador, que tem o dever constitucional de torná-las efetivas. É esse o valor constitucional que deve inspirar a atuação concretizadora pelo Estado dos direitos fundamentais sociais prestacionais de baixa densidade normativa. É esse mesmo valor que enseja a existência de um sentimento constitucional, um vínculo político-afetivo que

integra os cidadãos ao Estado sob o manto da Constituição.

O sentimento constitucional como modo de integração política representa, de acordo com Lucas Verdú (1987), uma adesão íntima, mais ou menos consciente, às normas e instituições fundamentais do país. Obviamente, tal sentimento pressupõe uma ordem jurídica inspirada por valores constitucionais e passa, necessariamente, pelo progressivo cumprimento por parte do Estado de suas missões institucionais.

Smend (1985, p. 132), em sua teoria da integração, qualifica a Constituição como a ordem jurídica justificadora da existência do Estado, no sentido de ordenação da “dinâmica vital na qual se desenvolve a vida do Estado”.⁸ Em outras palavras, o jurista alemão sustenta uma concepção material da Constituição, que a reconhece como a ordem jurídica de um processo político de integração dos cidadãos no Estado,⁹ cujo objetivo ou finalidade principal é a realização de valores (SMEND, 1985, p. 94). Smend busca conectar o Estado com exigências de ordem ético-valorativas, aproximando-o dos ideários jusnaturalistas e de técnicas hermenêuticas científico-espirituais.¹⁰

⁸ Sobre a teoria da integração, confira-se a seguinte passagem da obra *Constitución y Derecho Constitucional*, de Smend (1985, p. 63), na qual ela é desenvolvida: “El Estado existe y se desarrolla exclusivamente en este proceso de continua renovación y permanente reviviscencia; por utilizar aquí la célebre caracterización de la Nación en frase de Renan, el Estado vive de un plebiscito que se renueva cada día. Para este proceso, que es el núcleo sustancial de la dinámica del Estado, he propuesto ya en otro lugar la denominación de integración”.

⁹ É o que ressalta García Roca (1988, p. 271): “La Constitución es para él [Rudolf Smend] la ordenación jurídica de la integración política de los ciudadanos en el Estado y, por ello, también el fruto de la eficacia integradora de sus normas, muy especialmente de sus valores y derechos fundamentales”.

¹⁰ Esse é o pensamento de García Roca (1988, p. 270-271): “La teoría de la Constitución de Smend se incrusta dentro de las ciencias del espíritu y ello es, sin duda, su rasgo definidor y su principal factor innovador: se trata de comprender el Estado y la Constitución como realidades espirituales y dinámicas en un cambio incesante, rechazando cualquier reduccionismo metodológico que lleve de manera

Lucas Verdú (1987), influenciado pela teoria constitucional de Smend, lança-se, em seus escritos, em uma luta contra o positivismo jurídico na República de Weimar, no período entreguerras. Para tanto, retoma a importância da teoria da integração de Smend para a Constituição e o Direito Constitucional, influenciado, inclusive, pela observação dos resultados catastróficos experimentados pelo Estado formalista alemão que culminou na Segunda Guerra Mundial.

Para García Roca (1988, p. 272, tradução nossa), a utilidade da teoria da integração de Smend – na visão de Lucas Verdú – reside na função de afastar o risco de que a posituação de direitos humanos, transformando-os em direitos fundamentais, possa frustrar ou desvanecer seus conteúdos essenciais, formalidade que pode fazer com que tais direitos “evaporem em algumas transcrições que muitas vezes não são capazes de recolher toda a sua riqueza” em termos culturais e valorativos.

Portanto, o reconhecimento da Constituição como *ordem jurídica de valores* – que integra os cidadãos ao Estado e, com isso, assegura a convivência política – é o fundamento da ideia de *vinculatividade objetiva dos direitos fundamentais*, notadamente os econômicos, sociais e culturais (de feição positiva). Tal concepção é, sem dúvida, muito mais garantista quanto ao asseguramento dos direitos humanos do que a clássica visão meramente formalista dos direitos fundamentais parece fazer crer.

O processo de tomada de decisões políticas legitimadas pela Constituição é mais facilmente compreensível com a aplicação da teoria da integração de Smend, haja vista o dinamismo

que se espera desse processo entre a realidade normada e a realidade fática (função política da Constituição), o qual tem por fundamento a assunção de um compromisso político de manter permanentemente viva a Constituição, algo que pressupõe o cumprimento pelo Estado de suas missões institucionais.

Logo, a concretização progressiva dos direitos fundamentais sociais pelo Estado, *especialmente os de baixa densidade normativa*, mantém estreito vínculo com a teoria da integração de Smend, porquanto o grau de efetividade desses direitos revela o grau de comprometimento do Estado com a construção de uma sociedade mais justa e mais igualitária (TELLES, 2006, p. 171-176), ou seja, revela a força normativa da Constituição e o grau de identidade e comprometimento do Estado com os seus cidadãos.¹¹

Essa missão constitucional concretizadora, de natureza objetiva e vinculante, compete ao Estado em todas as suas dimensões. Entretanto, como bem adverte García Roca (1988, p. 276), embora se reconheça a importância da jurisdição constitucional no desenvolvimento da ideia de uma Constituição como ordem de valores, a tarefa de extrair os conteúdos desses valores deve ser, antes mesmo do intérprete, do Poder Constituinte e do legislador infraconstitucional.

É importante frisar que, com a invocação da teoria da integração de Smend, não se está pretendendo caminhar rumo ao que Schmitt (2009) chamou de “tirania dos valores” ou ao que Hartmann (1961, p. 159) denominou “fa-

inevitable al ‘no saber’ sobre el propio hacer. [...] Si el Estado como el Derecho son aspectos de la vida espiritual, entonces hay que admitir que la realidad estatal se cifra en su existencia como integración y que la realidad del Derecho radica en su positación”.

¹¹ Esse também é o entendimento de García Roca (1988, p. 274): “La Constitución es, desde un punto de vista estático, un compromiso de las fuerzas políticas representativas del pueblo en torno a un mínimo denominador común, a una idea compartida del Estado por encima del concreto Gobierno. Pero este compromiso debe ser esencialmente dinámico y constantemente perfeccionado, para que no se produzca un desajuste entre normativa y realidad, desde esta óptica, el estudio y desarrollo de los distintos procesos de integración estatal parece no sólo aconsejable, sino imprescindible, para mantener una Constitución viva, que es el mejor presupuesto de su fuerza normativa”.

natismo da justiça”, com base no brocardo jurídico *fiat justitia pereat mundus*.

Não se trata de transformar a Constituição em uma “cartola jurídica” (HÄBERLE, 2002, p. 206) ou de promover um “acrítico retorno à Smend” (FELLET, 2012, p. 6.630). Todavia, igualmente não seria correto negar a importância de seu pensamento sobre a concepção material da Constituição como uma “ordem de valores”, e o influxo dessa visão sobre o dever estatal de concretização dos direitos fundamentais sociais.¹²

Afinal, de acordo com a teoria da integração de Smend, os direitos fundamentais são expressão de uma ordem jurídica de valores, o que torna os deveres estatais “não só uma obrigatoriedade negativa do Estado de não fazer intervenções em áreas protegidas pelos direitos fundamentais”, como também “uma obrigação positiva de fazer tudo para realizar os mesmos, *mesmo se não existir um direito público subjetivo do cidadão*” (KRELL, 1999, p. 250-251, grifo nosso). É justamente no campo das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais que não geram direitos públicos subjetivos originários que a teoria da integração parece ganhar ainda mais relevo, conforme ficará evidenciado a seguir.

Coimbra (2011, p. 79) recorda que “o direito subjetivo não é a única técnica, ainda que seja a mais comum, para a realização de direitos”. Assim, é plenamente possível pensar em tutelar certos interesses juridicamente relevantes sem que se tenha que falar, de plano, na existência de direitos subjetivos. Esse também é o pensamento de Häberle (2002, p. 169), para quem a gestão das prestações estatais transforma os direitos fundamentais em objetivos constitucionais a serem buscados para assegurar sua efetividade *erga omnes*.

Por esses motivos, sustentamos que, no Brasil, as normas constitucionais consagradoras de direitos sociais – mesmo quando não geram direitos públicos subjetivos originários – são vinculantes para os Poderes Públicos, não só pelo fato de o art. 5º, § 1º, da CRFB dispor que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, [2019]), mas sobretudo pelos valores constitucionais que tais direitos revelam em termos de integração dos cidadãos com o Estado. Essa vinculatividade objetiva, porém, deve ser compreendida na acepção alexyana de obrigação positiva do legislador de adotar todas as medidas possíveis para realizar os direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 501), sob pena de ser compelido a fazê-lo ou, em

¹²No mesmo sentido, Schwabe e Martins (2005, p. 372) recordam que o Tribunal Constitucional Federal alemão “asseverou várias vezes que os direitos fundamentais, como normas objetivas, estatuem igualmente uma ordem axiológica que vale como decisão constitucional fundamental para todas as áreas do Direito e que, por isso, os direitos fundamentais não são apenas direitos de resistência (*Abwehrrechte*) do cidadão contra o Estado”.

caso de recalcitrante omissão, de ser substituído nessa tarefa, de modo excepcional, pela decisão judicial.

Entendimento diverso representaria admitir que a Constituição estaria dotada de normas carentes de eficácia mínima em relação a direitos sociais de baixa densidade normativa e, por isso, destituídas de qualquer obrigatoriedade de concretização pelos Poderes Públicos. Tal consideração significaria a assunção de um sentido vazio de normatividade constitucional, reconhecendo-se tratar-se de uma promessa inconsequente ou de uma mera “folha de papel”,¹³ sem qualquer força normativa.¹⁴ Ao contrário, os direitos sociais representam decisões políticas fundamentais na Constituição, disso advindo sua vinculatividade.

Conforme Queiroz (2006, p. 192, grifos da autora), em relação aos direitos fundamentais, “a Constituição adota uma política de reconhecimento de *direitos*, acompanhada de uma obrigação de implementação de *políticas públicas* de concretização desses direitos no caso particular”.¹⁵ É justamente essa vinculatividade objetiva a premissa que sustenta, no Brasil, a existência de uma *pretensão metaindividual a políticas públicas* quanto aos direitos fundamentais sociais prestacionais não consubstanciados em direitos subjetivos, vale dizer, direitos sociais derivados a prestação (de baixa densidade normativa).

O que se pretende afirmar com isso é que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais faz nascer uma pretensão metaindividual de que as normas de baixa densidade sejam efetivamente concretizadas por meio da previsão e implementação de políticas públicas de modo espontâneo pelo Estado. É essa programação estatal, de ordem normativa e concreta, que se torna um dever a ser buscado pelo Estado e cujo inadimplemento faz nascer uma pretensão metaindividual da sociedade à sua satisfação.

Diz-se que a pretensão metaindividual a políticas públicas tem natureza difusa e objeto jurídico indivisível, pois ela perpassa os interesses eventualmente lesados de cada indivíduo inserido na coletividade e, embora indiretamente acabe por beneficiar a todos os indivíduos, não é disso que se ocupa de modo imediato, nem pode ser aferida com base na pretensão de cada indivíduo isoladamente, ainda que haja coincidência dos interesses.

Essa pretensão nasce da violação, pelo Estado, dos valores constitucionais que estava obrigado a proteger e perpetuar, ou seja, da violação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e não da eventual violação

¹³ Essa expressão foi cunhada por Lassalle (2001, p. 17) na consagrada obra *A essência da Constituição*, originada de um pronunciamento realizado, em 1863, na então Prússia, para intelectuais e operários.

¹⁴ De acordo com Hesse (1991, p. 19), se a Constituição jurídica simplesmente ignorasse a realidade política e social, ela seria estéril, destituída da “força vital” que lhe assegura a necessária força normativa.

¹⁵ No mesmo sentido, ver Diniz (2007, p. 158).

de hipotéticos direitos subjetivos dos cidadãos. É a violação do dever objetivo de concretizar os direitos fundamentais sociais de baixa densidade normativa que faz surgir essa pretensão metaindividual, até porque, nesses casos, seria impossível falar em direito público subjetivo violado – e, portanto, em pretensão individual –, dada a completa ausência do próprio direito vindicado antes da concretização por parte do Estado – salvo nos casos em que admitida a exigibilidade do chamado “mínimo existencial”.

Para tanto, é preciso previamente desconstruir o vetusto dogma da separação de Poderes, de modo a admitir que o Poder Judiciário possa, enfim, assumir papel de destaque na concretização dos direitos fundamentais sociais derivados a prestação de baixa densidade normativa – como legítima atividade de proteção do comando constitucional –, diante da omissão ou má atuação dos Poderes Legislativo e Executivo na formulação e implementação de políticas públicas.

Não se está a afirmar, por razões óbvias, que o Poder Judiciário deva normalmente imiscuir-se em funções típicas do Legislativo e do Executivo, mas tão somente se reconhece que ao Poder Judiciário compete assegurar o fiel cumprimento da Constituição pelos demais Poderes, ainda que, de modo excepcionalíssimo, seja necessário produzir atos concretos capazes de substituir pontualmente a atuação daqueles primeiros em casos de flagrantes violações a direitos fundamentais, núcleo central do constitucionalismo moderno.

Barboza e Kozicki (2012, p. 77) também salientam que a formulação e implementação de políticas públicas encontra foro político adequado nos Poderes Executivo e Legislativo. Contudo, igualmente reconhecem a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas nas hipóteses excepcionais em que outros Poderes falharem na missão de

criar os programas necessários à garantia dos direitos sociais, já que essa inércia implicaria “tornar letra morta o texto constitucional”.¹⁶

Nesses casos, os tribunais acabam, muitas vezes, compelidos a transpor as raia de suas funções típicas – entre elas, a de extinguir as normas jurídicas ilegais ou inconstitucionais – para adotar uma postura próxima à do legislador positivo, como que num apelo ao legislador ordinário e ao Poder Público para que procedam à concretização dos direitos sociais plasmados no texto constitucional e que carecem de suficiente densidade normativa. Entretanto, é sabido que o Poder Judiciário não é o foro mais apropriado para discussões dessa natureza, já que a normalidade constitucional outorga aos demais Poderes a tarefa ou missão político-jurídica de concretizar os direitos sociais constitucionalmente previstos, sobretudo para que esse procedimento seja operacionalizado de modo a assegurar a igualdade de acesso a todos os cidadãos – e não apenas às eventuais partes ou aos substituídos processuais –, bem como para que não haja surpresas econômico-financeiras para o Estado, comprometedoras da gestão dos finitos recursos públicos.

Neste ponto, porém, é preciso deixar claro que o próprio STF (BRASIL, 2010) já fixou o entendimento de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, em razão do descumprimento dos encargos político-jurídicos de sua responsabilidade, vierem a comprometer a eficácia e a integridade de direitos individuais ou coletivos

¹⁶ Queiroz (2006, p. 152-153) também destaca que o fato de o Poder Judiciário não estar especialmente vocacionado para a distribuição e implementação de políticas públicas não lhe elimina “o poder de fiscalizar o sistema de ‘prioridades’ concretamente fixado pelo legislador constituínte”. Por isso, postula o reconhecimento de que os direitos sociais detêm um “determinado nível de justiciabilidade, e não apenas em situações mínimas de extrema necessidade”.

de estatura constitucional, mesmo que derivados de cláusulas de conteúdo programático.

Essa ilação é fruto do neoconstitucionalismo, fenômeno verificado nas Constituições do período pós-Segunda Guerra Mundial e que representou profundas mudanças nas relações entre os cidadãos e o Estado, pautadas pelos direitos fundamentais.¹⁷ Esse é também o tom marcante da atuação judicial no Brasil, notadamente nas últimas décadas. Nesse sentido, a participação do Poder Judiciário na ativação de direitos fundamentais sociais derivados a prestação (de baixa densidade normativa) não só é vista como a própria garantia da preservação da força normativa da Constituição, como também do próprio Estado Democrático de Direito¹⁸, por estar diretamente atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No caso da efetivação de direitos sociais derivados a prestação, essa discussão ganha relevo. Por serem dotados geralmente de baixa densidade normativa na tessitura constitucional, o exercício dos direitos sociais derivados a prestação por seus titulares está invariavelmente condicionado à prévia *interpositio legislatoris* e à atuação do Poder Público na criação das condições materiais necessárias à sua fruição, seja individual, seja coletivamente.¹⁹ Como *não geram direitos subjetivos diretamente do texto constitucional*, mas apenas *prima facie*, os instrumentos de *tutela jurisdiccional coletiva* tornam-se o único caminho processual à sua concretização isonômica por parte do Poder Judiciário, ao menos até que sobrevenha a esperada atuação substitutiva dos Poderes Legislativo e Executivo no campo político.

Em síntese, o dever estatal de conformação dos direitos fundamentais sociais prestacionais via políticas públicas configura-se não como um direito subjetivo do cidadão, mas antes como uma *pretensão metaindividual*

¹⁷No mesmo sentido, ver Carbonell (2010, p. 154).

¹⁸Krell (2002, p. 75) vai além ao afirmar que, para a “realização mais expressiva dos direitos sociais promocionais, torna-se indispensável a gradual realização de uma intervenção ativa e prolongada no tempo, a ser efetuada pelos membros do Poder Judiciário, integrada às ações de outros atores estatais (Ministério Público, Defensorias Públicas) e da sociedade civil”. Ainda sobre o papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, assim se manifesta Lopes (1994, p. 142): “Claro está, pois, que o Judiciário transforma-se em arena de uma luta que o transcende. Suas decisões têm hoje a importância política de dar visibilidade às consequências concretas desta disputa política, social e econômica em que se encontra a sociedade brasileira [...]. Esta é a encruzilhada do Judiciário de um Estado de Direito e Social: garantir as regras do jogo, mas de um jogo que sirva para ampliar liberdade e igualdade. Isto não significa desfazer-se do valor da democracia, mas recuperar sua dignidade”.

¹⁹Arango (2003, p. 147-149) reconhece que a Constituição não é uma “lâmpada de Aladdin” por meio da qual seria possível “tornar real, de uma só vez, nossos desejos”. Entretanto, recorda o referido jurista colombiano que os “juízes devem levar a Constituição a sério quando violações à dignidade da pessoa humana, particularmente violações de direitos básicos humanos, estão em jogo”. Para tanto, defende que os juízes devem realizar julgamentos baseados em valores, pautados por princípios objetivos, como a urgência verificada no caso concreto. O critério da urgência seria um dos fundamentos que daria ensejo à justiciabilidade dos direitos sociais básicos.

a *políticas públicas*, porquanto a positivação de determinado direito social prestacional não diretamente fruível representa, ao menos, a eleição desse vetor do desenvolvimento social do país como um *valor constitucional* e, em virtude disso, passa a assumir um relevante papel axiológico para a construção da realidade constitucional idealizada pelo Poder Constituinte.

Neste aspecto, a teoria da integração de Smend acaba por servir como argumento de reforço ao reconhecimento da pretensão metaindividual a políticas públicas para os direitos sociais derivados a prestação de baixa densidade normativa, pois, ao reconhecer a Constituição como a ordem jurídica de valores que justifica a existência do Estado, automaticamente exige-se dele a realização desses valores, sob pena de desintegração do processo político que vincula os cidadãos ao Estado.

A pretensão metaindividual a políticas públicas para os direitos fundamentais sociais de baixa densidade normativa a ser manifestada perante o Poder Judiciário tem por fundamento a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e não direitos públicos subjetivos concretos e definitivos. Por isso, revelam-se adequados para o reconhecimento judicial da ilicitude da inação estatal ou de sua atuação insatisfatória ou inadequada somente os instrumentos processuais de tutela coletiva (de ordem legal e constitucional), como é o caso do mandado de injunção coletivo, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, da arguição de descumprimento de preceito fundamental e da ação civil pública.

A admissão da utilização de tais instrumentos processuais de tutela coletiva, tendo por fundamento a pretensão metaindividual a políticas públicas, afastaria uma série de inconvenientes que costumeiramente são apresentados à justiciabilidade dos direitos sociais com base no binômio direitos subjetivos *versus* normas constitucionais de cunho programático. Além disso,

teria o condão de, ao menos, suavizar as críticas à atuação concretizadora de direitos sociais pelo Poder Judiciário, já que o resultado dessas demandas, por sua própria natureza, asseguraria a isonomia entre os pretensos titulares do direito vindicado, ainda que desconhecidos, no acesso às políticas públicas delas decorrentes, bem como elidiria o criticado risco à programação orçamentária estatal que as decisões proferidas em demandas de índole individual geralmente provocam.

Para tanto, uma nova ordem de debates acadêmicos precisa florescer em torno do papel que os instrumentos processuais de tutela coletiva devem realmente assumir em nosso ordenamento jurídico, inclusive quanto à extensão e vinculação de suas decisões em relação aos Poderes Legislativo e Executivo em termos de formulação e implementação de políticas públicas concretizadoras de direitos sociais derivados a prestação de baixa densidade normativa, quando esses Poderes fracassarem nessa missão constitucional.

Conclusão

A ausência ou a má formulação e implementação de políticas públicas que viabilizem a fruição de direitos fundamentais sociais derivados a prestação representam uma conduta (positiva ou negativa) inconstitucional do Estado, ou seja, uma violação direta e frontal do dever objetivo de normação e concretização desses direitos pelos canais políticos do Estado, decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Tal ilicitude em face da CRFB é que faz nascer a pretensão metaindividual às referidas políticas públicas.

Essa violação viabiliza, de modo excepcional, a sindicabilidade da omissão ou má atuação estatal pelo Poder Judiciário, o qual, a depender do

instrumento judicial utilizado, poderá prestar a tutela jurisdicional específica ou determinar que ela seja assegurada, no tempo e modo definidos no comando sentencial, pelo Poder Público, tudo a depender do caso concreto *sub examine* e do grau de densidade normativa do direito social em questão.

Parece ser conceito realmente aceito, sem relevante controvérsia, que não compete ao Poder Judiciário determinar especificamente ao Poder Legislativo que produza alguma espécie normativa em determinado prazo de modo coercitivo. Logo, não seria crível supor a existência de um direito público subjetivo à normação, ou seja, à emanção de uma legislação *prêt-à-porter* com base em uma determinação judicial ao Poder Legislativo, sob pena de sanção jurídica.

Não é isso que se pretende sustentar neste estudo. Por outro lado, essa constatação não redundaria necessariamente num outro campo de visão simplista, consubstanciadora de uma total impotência institucional do Poder Judiciário frente ao Poder Legislativo, em casos de flagrante inércia ou insuficiência política na concretização de direitos consagrados na norma máxima do país, a CRFB, os quais eventualmente dependam de *interpositio legislatoris*.

Basta recordar que, no Brasil, as hipóteses de cabimento do mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CRFB) revelariam, ao menos em tese, a excepcional existência de um direito público subjetivo à normação naqueles casos específicos em que o próprio texto constitucional impõe o dever estatal de legislar como condição para a fruição de determinados direitos fundamentais pelo cidadão.²⁰ Aqui, mais uma vez, não se vislumbra a suplantação do Poder Legislativo

ou do Poder Executivo pelo Judiciário, mas a mera atuação supletiva excepcional, no campo individual e concreto, até que os canais políticos se desvencilhem de suas tarefas constitucionais a seu tempo e modo.

Entretanto, como já se destacou em outras passagens, as demandas de índole individual não são capazes de equacionar, de modo definitivo e igualitário, a ausência ou insuficiência da concretização de direitos fundamentais, especialmente os sociais derivados a prestação (de baixa densidade normativa), já que mantêm os demais cidadãos alijados do mesmo direito, embora abarcados pela mesma situação fático-jurídica. Por isso, insistimos que o reconhecimento da existência de uma pretensão metaindividual a políticas públicas decorrente de uma ordem objetiva de valores consagrados na Constituição, com base na compreensão de Smend, supera duas ordens de inconvenientes que podem decorrer da ideia equivocada de um direito subjetivo à normação.

A primeira ordem de inconvenientes decorre do fato de a expressão *direito subjetivo à normação* não ser capaz de caracterizar a atuação meramente supletiva – e não substitutiva ou supressiva – do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais sociais derivados a prestação diante da omissão ou má atuação dos Poderes políticos estatais. A segunda, por reforçar a tese de que, se a CRFB não tratou determinado direito social como originário a prestação, é porque inexistente direito público subjetivo à sua adjudicação judicial no plano das ações judiciais individuais, restando apenas uma pretensão de feição metaindividual à existência de políticas públicas estatais dele concretizadas, a qual somente pode ser satisfeita por meio dos instrumentos processuais de tutela coletiva

²⁰ Nesse sentido, destaca-se o seguinte excerto do voto proferido pelo ministro Celso de Mello, na condição de relator do Mandado de Injunção nº 1.339/DF, *in verbis*: “É preciso ter presente, pois, que o direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional

– a previsão do dever estatal de emanar normas legais” (BRASIL, 2012, p. 19).

lato sensu admitidos pelo ordenamento jurídico, como natural decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Como essa pretensão metaindividual a políticas públicas não pode ser adequadamente buscada perante o Poder Judiciário em ações individuais, a própria Constituição é que deve prever a solução para esse problema de efetividade. A CRFB já aponta esses instrumentos processuais, de natureza coletiva *lato sensu*,²¹ para assegurar judicialmente o resultado prático equivalente ou, de modo indireto, a persuasão política à produção das leis e atos normativos necessários à concretização dos direitos fundamentais sociais derivados a prestação (de baixa densidade normativa). São eles: o mandado de injunção coletivo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação civil pública.

Neste particular, cabe à doutrina alinhar como tais instrumentos processuais seriam capazes de viabilizar, com base nos marcos legais já existentes, a satisfação *in concreto* da pretensão metaindividual a políticas públicas. Eis o convite ao debate que este estudo pretende ensejar.

Sobre o autor

Luciano Pereira Vieira é mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, SP, Brasil; bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina, Londrina, PR, Brasil; professor de Direito do Estado na Universidade Presbiteriana Mackenzie, Campinas, SP, Brasil; advogado da União na Procuradoria-Seccional da União em Campinas, Campinas, SP, Brasil.

E-mail: prof.lucianovieira@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

VIEIRA, Luciano Pereira. Vinculatividade objetiva dos direitos sociais prestacionais: da teoria da integração à pretensão metaindividual a políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 224, p. 145-166, out./dez. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p145

(APA)

Vieira, L. P. (2019). Vinculatividade objetiva dos direitos sociais prestacionais: da teoria da integração à pretensão metaindividual a políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(224), 145-166. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p145

²¹No mesmo sentido, ver Zufelato (2013, p. 315-319).

Referências

- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004. (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho).
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria & Direito Público).
- ARANGO, Rodolfo. Basic social rights, constitutional justice, and democracy. *Ratio Juris*, [s. l.], v. 16, n. 2, p. 141-154, jun. 2003. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00229>.
- ARA PINILLA, Ignacio. *Las transformaciones de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1994.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. atual. até a EC n. 62/2009. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-86, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970/22728>. Acesso em: 10 out. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2019.
- _____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo Regimental no Mandado de Injunção 1.339/DF*. Mandado de injunção – Pretendida nulidade processual por ausência de manifestação do Ministério Público – Inocorrência – Intervenção do Ministério Público em outras demandas injuncionais em que, suscitada controvérsia idêntica à discutida neste processo [...]. Agravante: União. Agravado: João Batista Irala de Almeida. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2848453>. Acesso em: 10 out. 2019.
- _____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 367.432/PR*. Agravo regimental no recurso extraordinário. Ação civil pública. Segurança pública. Legitimidade. Intervenção do Poder Judiciário. Implementação de políticas públicas. Omissão administrativa [...]. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Eros Grau, 20 de abril de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611062>. Acesso em: 10 out. 2019.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (ed.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010. p. 153-164. (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho).
- COIMBRA, Rodrigo. Os direitos transindividuais como direitos fundamentais de terceira dimensão e alguns desdobramentos. *Direitos Fundamentais & Justiça*, [Porto Alegre], v. 5, n. 16, p. 64-94, jul./set. 2011. DOI: <https://doi.org/10.30899/dfj.v5i16.365>. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/365/457>. Acesso em: 10 out. 2019.
- DINIZ, Hirmínia Dorigan de Matos. *O direito fundamental à educação infantil e o controle jurisdicional de políticas públicas*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp032685.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.
- FELLET, André Luiz Fernandes. Rudolf Smend e os direitos fundamentais como “ordem objetiva de valores”. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, [Lisboa], ano 1, n. 11, p. 6.605-6.634, 2012. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/11/2012_11_6605_6634.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Originalmente apresentada como tese de doutorado, Universidade Federal do Pará, 2000.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado democrático de direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCÍA ROCA, Francisco Javier. Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend: (a propósito del libro de Pablo Lucas Verdú: la lucha contra el positivismo jurídico em la República de Weimar). *Revista de Estudios Políticos*: (Nueva Epoca), Madrid, n. 59, p. 269-276, ene./mar. 1988. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=217&IDA=16450>. Acesso em: 10 out. 2019.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Estudio preliminar y traducción de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002. (Colección Ventana Abierta).

HARTMANN, Nicolai. *Introducción a la filosofía*. Traducción de José Gaos. Ciudad de México: UNAM, 1961.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição = Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

_____. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/545>. Acesso em: 10 out. 2019.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. (Coleção Clássicos do Direito).

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 113-143.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar: la teoría constitucional de Rudolf Smend*. Madrid: Tecnos, 1987. (Colección Ventana Abierta).

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva; Brasília, DF: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2009.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

ROUX, Carlos Vicente de; RAMÍREZ J., Juan Carlos (ed.). *Derechos económicos, sociales y culturales, política pública y justiciabilidad*. Bogotá: CEPAL, 2004. (Serie Estudios y Perspectivas, 4).

SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Universidade Federal da Bahia, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 551-602.

SCHMITT, Carl. *La tiranía de los valores*. Traducción de Sebastián Abad. San Isidro: Hydra, 2009.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução: Beatriz Henning et al. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Traducción de Jose M. Beneyto Perez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. (Colección Estudios Constitucionales).

TELLES, Vera da Silva. *Direitos sociais: afinal do que se trata?* Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2006. (Humanitas Pocket, 6).

VIEIRA, Luciano Pereira. Desconstrução constitucional: uma revisitação aos processos informais de mudança da Constituição. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 99-118, ago. 2012. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/357-1429-1-pb.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. Do direito metaindividual a políticas públicas de promoção do ensino superior no Brasil. In: GREGO-SANTOS, Bruno; BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSSO, William (org.). *Temas avançados da advocacia pública: direito administrativo e políticas públicas*. Maringá: Vivens, 2013. v. 3, p. 267-291.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 309-331.

O Programa Apoiar e Comprometer no município de Passo Fundo (RS)

Dimensões do desenvolvimento e condição de agente segundo Sen

HENRIQUE ANICETO KUJAWA
NEURO JOSÉ ZAMBAM

Resumo: A assistência social é direito fundamental e condição de cidadania consagrada na Constituição e na Lei Orgânica de Assistência Social. Segundo Amartya Sen, as políticas públicas precisam contribuir para o desenvolvimento, promovendo a liberdade e a condição de agente dos cidadãos. O objetivo deste trabalho é analisar como o *Programa Apoiar e Comprometer* – desenvolvido pela Secretaria Municipal de Cidadania e Assistência Social de Passo Fundo, no Rio Grande do Sul – cumpre essa meta. O método de investigação é o estudo de caso, e as técnicas de pesquisa fundam-se em revisão bibliográfica e entrevistas com beneficiários, gestores e egressos. Conclui-se que programas sociais orientados pela legislação em vigor, com a participação de agentes públicos e beneficiários, são instrumentos essenciais de cidadania e desenvolvimento humano e social, conforme preconiza Amartya Sen.

Palavras-chave: Amartya Sen. Cidadania. Desenvolvimento. Direito às políticas públicas de assistência social. LOAS.

The “Support and Commitment Program” in Passo Fundo town: dimensions of development and condition of agent according to Sen

Abstract: Social assistance is a fundamental right and condition of citizenship enshrined in the 1988 Constitution of Brazil, and in the Organic Law of Social Assistance. According to Amartya Sen, public policies must contribute to development, promoting freedom and the status of agent of citizens. The objective of this approach is to analyse how the “Support and Commitment Program”, developed by the Municipal Secretariat of Citizenship and Social Assistance of Passo Fundo, Rio Grande do Sul,

Recebido em 17/6/19
Aprovado em 20/9/19

accomplishes this goal. The research method is the case study and the research techniques constitute a bibliographical review and interviews with beneficiaries, managers and alumni. It is concluded that social programs guided by the present legislation, with the active participation of public agents and beneficiaries, are essential instruments of citizenship and human and social development, as Sen's theory.

Keywords: Amartya Sen. Citizenship. Development. Right to public policies of social assistance. LOAS.

1 Introdução

O avanço tecnológico e o acelerado processo de globalização nas últimas décadas não representaram a diminuição das iniquidades sociais. Tampouco o crescimento da economia e das riquezas produzidas tem sido suficiente para romper as linhas abissais da desigualdade e da manutenção de significativo percentual da população na condição de pobreza e fome. Essa é uma contradição funesta que denuncia o modelo de desenvolvimento em curso no mundo e as formas de procedimento das instituições e personalidades responsáveis pela justiça, assim como a impotência dos bem-intencionados e comprometidos com mudanças estruturais. Essa contradição está presente na estrutura social e as consequências são ameaçadoras, especialmente para os mais pobres¹.

Dados da organização não governamental Oxfam divulgados em 2019 – por ocasião do Fórum Econômico Mundial, realizado em Davos, na Suíça – destacam que em 2018 a fortuna dos bilionários do mundo cresceu 12% e, em contrapartida, a riqueza da metade mais pobre diminuiu 11%. Sobre o Brasil, a Oxfam informa que em 2018 os 42 bilionários detinham o montante de US\$ 176,4 bilhões de riqueza nacional. Com igual ênfase destaca que, após quinze anos, a desigualdade parou de cair; entretanto, o número de pobres cresceu em 2017 (DISTÂNCIA..., 2019). A condição descrita amplia a visão sobre a vulnerabilidade humana, social e ambiental, bem como denuncia uma grave contradição entre

¹Especificamente em nível global, ao se referirem à desproporcionalidade existente na Índia entre o crescimento econômico e a diminuição da pobreza e desigualdade, Drèze e Sen (2015, p. 48) sublinham com apreensão esse dilema: “o principal ponto a salientar é que as questões sobre a natureza e o alcance do progresso econômico na Índia exigem muito mais atenção do que costumam receber. Uma destas questões é por que o crescimento econômico na Índia resultou em um aumento tão pequeno em salários e rendas para a camada mais pobre da população”.

os níveis de crescimento econômico e as condições vividas pela maioria da população. Tal modelo de desenvolvimento carece de legitimidade.

O enfrentamento das contradições supõe repensar estruturalmente a concepção e o modelo de desenvolvimento e, de forma imediata, implementar políticas públicas que atenuem as desigualdades, especialmente as vulnerabilidades. No Brasil, as políticas de assistência social, asseguradas pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2019a]), promulgada em 1988, e referendadas pela Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) (BRASIL, [2019b]), preconizam a atenção a situações de vulnerabilidade como um direito dos cidadãos. O direito à cidadania é simultaneamente irrenunciável e compromisso do Estado, dos governantes e demais instituições, sobretudo em vista da equidade, da integração social e da promoção dos cidadãos vulneráveis em sua condição de agentes.

O modelo de desenvolvimento proposto por Sen (1999) – diferente do centrado na produção de bens de consumo e nas condições da teoria do bem-estar, de matriz utilitarista e autointeressada – é um processo dinâmico, integrado e de emancipação social que visa ao desenvolvimento humano e social por meio de diversos instrumentos que incidem sobre as múltiplas dimensões da convivência humana, das condições sociais e da realização individual. O desenvolvimento contribui eficazmente para o processo de diminuição das desigualdades sociais quando evita a concentração de renda e de outros bens similares e, dessa forma, contempla a realização pessoal, o exercício de liberdade e de participação social das pessoas na condição de agentes.

Conforme essa abordagem, as ações do Estado e as políticas públicas ganham importância na medida em que, além de contribuir para a distribuição dos bens materiais, são mecanismos potencializadores de capacidades (*capabilities*) (ZAMBAM; KUJAWA, 2017). As políticas de acesso à educação com qualidade e a amplos programas de saúde e de assistência são fundamentais para que uma sociedade amplie a sua condição de desenvolvimento. Ao discutirem esse tema, Drèze e Sen (2015, p. 54) destacam que “a relação entre o crescimento econômico e o avanço da qualidade de vida está condicionada a muitos fatores – incluindo desigualdade econômica e social em geral – e, não menos importante, ao que o governo faz com a receita pública gerada pelo crescimento econômico”.

Segundo Sen (2000), o crescimento econômico é essencial para o desenvolvimento humano e social. Entretanto, a ausência tanto de condições básicas de alimentação quanto de acesso a sistemas de saúde, de qualidade da educação, de assistência social e de espaços de participação e influência social interfere qualitativamente na vida das pessoas e obsta a realização da condição de agente. Essa equação é esclarecida pelo autor:

Essa distinção tem uma influência prática significativa sobre a política pública. Embora a prosperidade econômica ajude as pessoas a ter opções mais amplas e a levar uma vida mais gratificante, o mesmo se pode dizer sobre educação, melhores cuidados com a saúde, melhores serviços médicos e outros fatores que influenciam causalmente as liberdades efetivas que as pessoas realmente desfrutam (SEN, 2000, p. 334).

As políticas de assistência social podem constituir-se em mecanismos paternalistas, de manutenção de dependência dos indivíduos (assistencialismo) e até mesmo de promoção de políticos em processos eleitorais subsequentes; ou, então, em outra perspectiva, num processo de resgate da condição de sujeito e do exercício da cidadania por indivíduos em situação de vulnerabilidade.

O objetivo geral deste artigo é analisar em que medida uma política pública de assistência social, com base na CRFB e na LOAS, pode ser mecanismo decisivo para a promoção da cidadania, do desenvolvimento humano e social e da condição de agente, segundo Sen. Os objetivos específicos são: expor a concepção de desenvolvimento e condição de agente em Sen e analisar o *Programa Apoiar e Comprometer* (PAC) como possibilidade de política pública de assistência social em vista do desenvolvimento humano e social.

Assim, como objeto de estudo empírico, utilizou-se esse programa desenvolvido pela Secretaria Municipal de Cidadania e Assistência Social (SEMCAS) de Passo Fundo, no Rio Grande do Sul. As técnicas de pesquisa empregadas foram a revisão bibliográfica, a análise de dados secundários, entrevistas com gestores², beneficiários³ e egressos⁴ do PAC. A revisão bibliográfica foi o recurso para caracterizar a missão das políticas públicas e os conceitos de Sen sobre condição de agente e o desenvolvimento humano e social. Os dados secundários permitiram reconstruir a história do PAC, a caracterização dos beneficiários, a verificação, contextualização e observação de alguns resultados já evidenciados anteriormente e o conhecimento de outros conforme o interesse dos autores. As entrevistas semiestruturadas com gestores, beneficiários e egressos permitiram compreender e reconstruir a concepção dos sujeitos envolvidos em relação a diversos aspectos relacionados a esse trabalho.

² Foi encaminhado aos gestores um questionário com as informações desejadas sobre o Programa, que foi respondido pelo responsável técnico, e foram realizadas duas entrevistas com o responsável pela SEMCAS e com a gestora do PAC, em janeiro e fevereiro de 2019.

³ Foram feitas quatro entrevistas com beneficiários em fevereiro e março de 2019. A escolha dos entrevistados foi aleatória.

⁴ Foram realizadas duas entrevistas com egressos. Para esse fim, foi solicitada à SEMCAS a lista de egressos e aleatoriamente contatados por ligação telefônica a fim de explicar o projeto. Com base nisso, procedeu-se à entrevista dos primeiros que se mostraram disponíveis.

Segundo Sen, além do crescimento econômico, o desenvolvimento visa à expansão das liberdades mediadas pelas condições sociais de participação, realização pessoal e integração social. As políticas públicas contribuem para a concretização dessa meta.

A arquitetura desta exposição contempla três partes. A primeira trata da assistência social como direito fundamental e condição de cidadania; destacam-se como referenciais históricos a CRFB (art. 203) e a LOAS. A segunda fundamenta a concepção de Sen sobre o desenvolvimento humano e social e a condição de agente. E a terceira apresenta a análise reflexiva e contextualizada do PAC com as referências de Sen, visando à ampliação do desenvolvimento e à promoção da condição de agente.

2 As políticas de assistência social e o direito à cidadania no Brasil

A CRFB representou uma mudança significativa da concepção de assistência social no Brasil, assim como provocou significativa transformação nas políticas públicas empreendidas a partir de então, sobretudo após a promulgação da LOAS em 1993, que consolidou a assistência como direito e efetividade de cidadania independentemente da condição contributiva do beneficiário. Os objetivos centrais da assistência social estão previstos no art. 203 da CRFB:

A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (BRASIL, [2019a]).

Sob a mesma perspectiva, o art. 1º da LOAS destaca a identidade, a responsabilidade e o alcance das políticas de assistência social. O dever do Estado, o direito do cidadão e o alcance equitativo são as características de ações integradas, planejadas, que visam conduzir os beneficiários a uma situação de bem-estar social e ao exercício da condição de sujeitos de direitos.

Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas (BRASIL, [2019b]).

A garantia do exercício dos direitos, característica da CRFB, precisa ser realçada como uma conquista do Brasil, tanto quanto o papel do Estado como responsável primeiro pelas condições de vida da população. As situações de maior vulnerabilidade exigem atenção prioritária; a pobreza, especialmente, é representativa de um conjunto expressivo de modos de exclusão que afasta as pessoas do bem-estar, do convívio social, da realização individual.⁵

O combate à pobreza – a qual exclui os meios primordiais de pertencimento social – começa com o atendimento das necessidades básicas, o que representa o início da garantia dos direitos sociais. A LOAS é explícita ao afirmar que o beneficiário da política de assistência não precisa contribuir previamente; o seu direito, fruto da vulnerabilidade, deve ser efetivado por ações cooperadas entre o Estado e as instituições ou organização da sociedade civil.

O Brasil instituiu, em decorrência dessa nova dinâmica, o Sistema Unificado de Assistência Social (SUAS) e, em 2004, a Política Nacional de Assistência Social (PNAS), para implementar os objetivos da LOAS nas diferentes esferas da federação, especialmente uma política pública com o propósito de unificar diferentes políticas de combate à exclusão, tradicionalmente frag-

mentadas (DANTAS, 2016). Essa compreensão fundada nos direitos dos cidadãos possibilita ações preventivas para que as pessoas em contexto de vulnerabilidade social não piorem ainda mais a sua situação, bem como possam superar outras circunstâncias de constrangimento ou exclusão social. Para cumprir os preceitos constitucionais e a LOAS, as políticas públicas de assistência social precisaram superar uma concepção caritativa e emergencial para consolidar uma atuação solidária, articulada, planejada e de responsabilidade do Estado e tentar erradicar as causas dos problemas sociais.

O acompanhamento das ações e a concretização dos objetivos mais importantes contribuem para a qualificação dos programas e a qualidade de vida das pessoas⁶. Nesse aspecto, conforme esclarece Dantas (2016, p. 109), a gestão compartilhada pelos entes federados, especialmente a responsabilidade dos municípios, é fundamental:

Trata-se, portanto, de um lado de garantir direitos negados a muitas pessoas, por meio da participação em programas e projetos ou do recebimento de benefícios e serviços, e de outro, de buscar contribuir para a construção de sua autonomia. Nesse sentido, não se trata de tutelar ou prover necessidades, mas da compreensão de que o desenvolvimento das potencialidades implica a promoção do acesso a bens e serviços e na garantia de alguns direitos básicos. Sabemos, todavia, que a efetivação desta política e a qualidade dos serviços prestados não depende apenas de sua garantia em termos legais.

No argumento de Dantas (2016) figura um grande desafio para os formuladores e gestores

⁵ Sobre esse contexto, esclarece Sen (2011, p. 293, grifos do autor): “As políticas para lidar com as inaptidões podem cobrir um amplo terreno, incluindo a melhoria dos efeitos das desvantagens, por um lado, e os programas de prevenção das inaptidões, por outro. É extremamente importante compreender que muitas inaptidões são evitáveis, e muito pode ser feito não apenas para diminuir a *penalização* das inaptidões, mas também para reduzir sua *incidência*”.

⁶ Na percepção de Sen (2000, p. 221), esta é a necessária passagem para a condição de agente: “ver os indivíduos como entidades que sentem e têm bem-estar é um reconhecimento importante, mas ficar só nisso implica uma concepção muito restrita da mulher como pessoa. Portanto, compreender o papel da condição de agente é essencial para reconhecer os indivíduos como responsáveis”.

de políticas públicas de assistência social, pois, dada a sua natureza, elas são voltadas para pessoas que se encontram estrutural ou conjunturalmente em situação de vulnerabilidade. E o PAC é uma iniciativa que dialoga com esses desafios.

Antes de procedermos à sua descrição e análise, repassaremos aspectos da teoria de Amartya Sen, que, assim como os preceitos constitucionais e a LOAS, servirão de fundamentação para discutirmos a política específica.

3 Desenvolvimento humano e social e a condição de agente

A caracterização do cidadão como sujeito de direitos está presente nas legislações democráticas e compõe o catálogo das conquistas mais importantes da humanidade, assim como contribui para a construção do conceito de pessoa, de cidadão e para a tomada de decisões morais, políticas e administrativas com vistas à justiça social. A compreensão de desenvolvimento está diretamente relacionada às garantias e à concretização desses direitos. Dessa integração depende a sua legitimidade jurídica, moral, política e social.

Sen (2000) entende o desenvolvimento como processo de expansão das liberdades das pessoas, o que lhes permite fazer escolhas que consideram decisivas para seu bem-estar, sua realização individual e integração social. Essa é uma visão alternativa à concepção dominante baseada no utilitarismo e no autointeresse. O progresso econômico e a preocupação com outras dimensões, como as fronteiras comerciais e as novas tecnologias, não são desprezíveis; porém, têm seu valor relacionado com as condições de realização pessoal, integração social e oportunidades de escolha das pessoas. A introdução desse dinamismo traz uma abordagem mais ampla e centrada no valor da pessoa e nas condições de realização dos seus objetivos de vida mais importantes. Drèze e Sen (2015, p. 33) salientam:

De ambas as perspectivas, manter uma economia em alto crescimento é um objetivo importante, juntamente com a garantia de bom uso da receita pública gerada. Também é essencial, sem dúvida, prestar atenção ao caráter do processo de crescimento, incluindo sua equidade e sustentabilidade.

O crescimento econômico não é desprezível, seja por permitir o exercício da liberdade para comprar um produto de preferência ou para frequentar um ambiente específico, seja por gerar recursos e meios fundamentais para as políticas públicas que visem à superação da pobreza extrema ou à assistência a outras necessidades e investimentos necessários

para o equilíbrio social⁷. O PAC tem como objetivo estratégico criar as condições para a superação da vulnerabilidade e a dependência econômica dos beneficiários, mas tem clareza de que o primeiro estágio é atender às condições mínimas de alimentação e sobrevivência.

É importante dizer que em muitos casos a grande contribuição do programa é justamente atender a questão mais básica de ter comida, porque não adianta dizer para a pessoa que vai ensinar a “pescar” a “fazer comida” se ele está passando fome. Não adianta dizer que vai ensinar a fazer comida, se a pessoa está com fome, e não dar a comida (Entrevistado 5).

Para tornar propício o exercício da liberdade e a equidade social, Sen (2000) enfatiza a importância da integração do crescimento econômico com os mecanismos de mercado e as políticas de desenvolvimento e de bem-estar social. Sobre os mercados, Sen (2000, p. 20) afirma: “A capacidade do mecanismo de mercado de contribuir para o elevado crescimento econômico e o processo econômico global tem sido ampla e acertadamente reconhecida na literatura contemporânea sobre desenvolvimento”. Assinala os problemas da negação das possibilidades de escolha de um trabalho: “Acontece que a rejeição da liberdade de participar do mercado de trabalho é uma das maneiras de manter a sujeição e o cativeiro da mão de obra”. E finaliza relacionando mercado e desenvolvimento: “A liberdade de entrar em mercados pode ser, ela própria, uma contribuição importante para o desenvolvimento, independente do que o mecanismo de mercado possa fazer ou não para promover o crescimento econômico ou a industrialização”.

A abordagem das políticas públicas de assistência social e a sua efetivação como direito fundamental não podem estar dissociadas da vida concreta das pessoas, das deficiências que enfrentam, dos sonhos ou planos que constituem o seu imaginário, das condições ambientais e da sua formação cultural. Nessa sequência, a participação social e a atuação dos indivíduos de forma autônoma, livre e integrada no exercício dos direitos e no cumprimento dos deveres na condição de agentes (*agency*) é mediada pelas disposições sociais. O vetor econômico não é suficiente para tal objetivo. Sen (2000, p. 178) sublinha: “precisamos também considerar o impacto da democracia e das liberdades políticas sobre a vida e as capacidades das pessoas”. Essa é uma relação de mão dupla ou de cooperação que visa ao bem-estar e realização das pessoas e à superação da dicotomia econômica

⁷ “De ambas as perspectivas, manter uma economia com alto crescimento é um objetivo importante, juntamente com a garantia de bom uso da receita pública gerada. Também é essencial, sem dúvida, prestar atenção ao caráter do processo de crescimento, incluindo sua equidade e sustentabilidade” (SEN, 2011, p. 33).

que impõe de forma unilateral os seus interesses sobre os demais campos.

Segundo Sen, é necessária uma visão de desenvolvimento integradora dos atores sociais, além de políticas públicas de assistência social, marcadamente coordenadas e apoiadas pelo Estado, com recursos públicos e com a participação dos cidadãos e das instituições, que sedimentem e fortaleçam nas pessoas a condição de agentes:

É difícil pensar que qualquer processo de desenvolvimento substancial possa prescindir do uso muito amplo de mercados, mas isso não exclui o papel do custeio social, da regulamentação pública ou da boa condução dos negócios do Estado quando eles podem enriquecer – ao invés de empobrecer – a vida humana (SEN, 2000, p. 22).

O cidadão, na condição de agente, atua de forma proeminente na sociedade, seja no exercício da liberdade, seja com base nas capacidades (*capabilities*), influenciando o seu destino. Essa é uma dimensão irrenunciável nas democracias contemporâneas, nas políticas de desenvolvimento humano e social e relacionada às políticas públicas de assistência social. De outra perspectiva, a ausência de condições para a atuação na condição de agente descaracteriza a identidade humana, induz à manipulação, amplia os espaços das desigualdades e, com diferentes recursos de atuação, impõe prerrogativas unilaterais, individualistas, utilitaristas, guiadas pelo autointeresse.

A melhoria das condições de vida, normalmente impulsionada pela atuação singular do Estado, de instituições ou de outrem, tem impacto substancial na organização segura da sociedade – amplos programas de vacinação em massa, programas sociais de largo alcance e acesso a programas de alfabetização, como os desenvolvidos no Brasil e na Índia, são representativos da mudança da condição passiva à ativa.

A condição de agente na relação com o desenvolvimento humano e social é definida por Sen (2000, p. 33) como a “de alguém que age e ocasiona mudança e cujas realizações podem ser julgadas de acordo com seus próprios valores e objetivos, independentemente de as avaliarmos ou não também segundo algum critério externo”. Está claro que um indivíduo privado de educação, de acesso à saúde, de informação de qualidade, de espaços de comunicação ou decisão, do mercado e do emprego, não pode ser ativo. Segundo Sen, sua atuação no processo de desenvolvimento humano e social compreende uma visão mais ampla da problemática exposta neste trabalho, mormente da superação da pobreza, do analfabetismo e da ausência de informações. “Se o desenvolvimento diz respeito à expansão da liberdade, precisa abarcar a eliminação da pobreza e a atenção à ecologia como partes integrantes de uma visão unificada, visando em última instância à segurança e ao avanço da liberdade humana” (DRÈZE; SEN, 2015, p. 59). O desenvolvimento que visa, na acepção de Sen (2000), à promoção da condição de agente configura o exercício da liberdade mediado por políticas de assistência social que expressem – concretamente e em forma de cooperação com as demais áreas da estrutura social – as garantias e o exercício dos direitos. A busca da sustentabilidade social (equidade) é processo contínuo que compreende o crescimento econômico, a participação, as condições de vida digna, as oportunidades de escolha e as condições ambientais. Disso depende a legitimidade das políticas de assistência social e a própria existência da sociedade.

4 O Programa Apoiar e Comprometer (PAC)

O PAC iniciou suas ações em 2003. O objetivo do Poder Público municipal foi compor

um cadastro de desempregados em situação de vulnerabilidade e proporcionar, na medida do possível, sua inserção no desenvolvimento de tarefas, principalmente na limpeza da cidade, cuja responsabilidade é da Prefeitura. Nessa fase, embora não existissem critérios formais de seleção, os beneficiários eram principalmente homens. Somente em 2008 passou a ser exigida uma contrapartida: a busca do aumento da escolaridade.

Dez anos depois, transformou-se numa política pública instituída e regulamentada pela Lei nº 5.009, de 18/9/2013 (PASSO FUNDO, 2013), cujo art. 2º estabelece:

O programa instituído por esta lei tem como objetivo desenvolver ações de atendimento às famílias, fortalecendo a convivência familiar e comunitária, a melhoria da qualidade de vida, assim como, o acesso à rede de serviços locais; incentivar a participação comunitária buscando o fortalecimento das comunidades para a superação de suas dificuldades através da disponibilização de cursos e oficinas de capacitação profissional; bem como desencadear um processo de tomada de consciência do participante quanto às dificuldades e potencialidades de sua comunidade e sua corresponsabilidade para o desenvolvimento.

Percebe-se que essa lei dialoga estreitamente com os princípios constitucionais ao tratar a assistência social como direito que deve estar integrado a diversos aspectos que venham fortalecer a autonomia dos cidadãos. Os critérios objetivos de habilitação e seleção dos usuários (inexistentes antes da lei) é um dos aspectos fundamentais para romper possíveis práticas clientelistas e eleitoreiras que ampliavam as chances de vincular “cabos eleitorais” por meio de indicações. O art. 3º da lei lista o conjunto desses critérios, entre os quais estão: estar desempregado; ter mais de 18 anos; ser analfabeto ou não ter o ensino fundamental completo;

prioridade para as famílias com maior número de dependentes, com membros portadores de deficiência ou doenças crônicas; estar inscrito no Cadastro Único e residir na área de abrangência do Centro de Referência de Assistência Social (CRAS) no prazo mínimo de 12 meses.

O princípio de equidade – prioridade para quem mais necessita – para o acesso ao PAC fundamentou-se nesses critérios juntamente com a definição do processo seletivo (parágrafo único do art. 5º)⁸, estabelecendo não só a vinculação do candidato ao CRAS, mas também a participação dos técnicos que devem realizar as entrevistas, a visita domiciliar e a verificação empírica das condições que demonstram vulnerabilidade social. Os elementos objetivos mencionados, somados ao envolvimento de profissionais no processo seletivo, podem contribuir para a não reprodução de práticas clientelistas e de usos eleitoreiros. Outro aspecto relevante estabelecido pela legislação é que o beneficiário deve assumir um conjunto de compromissos que contribuam de forma integrada para a diminuição da condição de vulnerabilidade individual e familiar; entre eles, destaca-se a necessidade de frequentar cursos de escolarização e qualificação propostos pela gestão municipal, comprovando a presença a cada seis meses (art. 3º, VI e VII), além de manter e comprovar a matrícula escolar dos filhos (art. 3º, VIII).

Destaca-se também o fato de a participação no PAC ser temporária – um ano, renovável por igual período. A permanência e a renovação estão vinculadas a relatórios apresentados pela rede de assistência social que demonstrem a obediência aos requisitos e o cumprimento das

⁸“Art. 5º [...] Parágrafo único – A seleção ocorrerá em período determinado previamente pelos técnicos do Centro Referência Assistência Social, através do preenchimento de cadastro, realização de entrevista e visita domiciliar para verificação da realidade, da vulnerabilidade social, bem como do atendimento aos critérios previstos nesta Lei” (PASSO FUNDO, 2013).

obrigações estabelecidas (arts. 6º e 7º)⁹. A temporariedade é um aspecto importante por não gerar a dependência, de modo que o PAC seja de fato transitório e cumpra o papel de estimular e criar as condições para que os indivíduos superem a condição de vulnerabilidade econômica. Segundo dados fornecidos pela SEMCAS, a participação no PAC tem levado à inserção no mercado de trabalho formal. Essa é uma dimensão com forte impacto transformador na vida das pessoas, porque oferece condições de desenvolvimento humano por meio do próprio trabalho, cujo significado é muito maior que o rendimento salarial. Nesse sentido, “[o] desenvolvimento é sobretudo um aliado dos pobres, e não dos ricos. O que o desenvolvimento faz? A criação de oportunidades sociais contribui diretamente para a expansão das capacidades humanas e da qualidade de vida” (SEN, 2000, p. 170).

Não há dados objetivos organizados sobre quantas pessoas passaram pelo PAC e acessaram o mercado formal de trabalho durante o seu período de vigência. Em 2017, 47 pessoas passaram para o trabalho formal; em 2018, 53; e, em 2019, até o presente momento (7/4/2019), 11 pessoas. Por limitação de orçamento, o PAC está operando com 110 participantes. Os integrantes recebem 80% do salário mínimo em pecúnia, 20% dele em alimento e duas passagens de ônibus por dia de trabalho (PASSO FUNDO, 2013).

Sob o ponto de vista orçamentário, o PAC é financiado exclusivamente com recursos municipais, atendendo em média a 250 participantes por ano, com a média de vinculados ativos de 100 pessoas. O recurso empregado é de aproximadamente cem mil reais por mês. Com efeito, por limites orçamentários, o PAC não consegue atender à totalidade de demanda, gerando uma lista de espera que, segundo os gestores municipais, varia conforme a situação econômica e o nível de oferta de emprego. Em 2018, o número de pessoas na lista foi de 1.072, um número alto se considerarmos que são apenas, em média, 100 pessoas contempladas simultaneamente e que a rotatividade ocorre em um ou dois anos, atingindo apenas 250 pessoas por ano em média. Ou seja, caso não houvesse mais nenhum inscrito, seriam necessários mais de quatro anos para atender à lista de espera.

⁹“Art. 6º O tempo de permanência no programa será de 1 (um) ano, prorrogável, uma única vez, por igual período, mediante parecer fundamentado do corpo técnico do CRAS da região do beneficiado. Art. 7º Durante o período de permanência no programa, o participante terá observância de acompanhamento semestralmente, mediante parecer técnico e estudo social sistemático pela rede do Centro Referência de Assistência Social, onde serão avaliadas as condicionalidades e os requisitos de permanência. § 1º O não cumprimento dos requisitos ou das condicionantes de permanência previstas nesta lei acarreta o imediato desligamento do beneficiário do programa. § 2º Se o indivíduo e sua família, mediante parecer técnico comprovar ter superado a situação de vulnerabilidade social, por meio de encaminhamentos para rede formal de trabalho e geração de renda própria, será automaticamente desligado do programa” (PASSO FUNDO, 2013).

Segundo o gestor municipal (Entrevistado 5), o limite de financiamento é um problema estrutural do PAC, pois o município não tem possibilidade de destinar mais recursos. E, mesmo com várias tentativas, não foi viabilizada a vinculação do PAC a programas estaduais e federais para obter recursos dessas esferas de governo. A exclusividade do financiamento municipal gera problemas de duas ordens: a primeira é a dificuldade de ampliar o número de beneficiários para suprir a demanda expressa na lista de espera; a segunda, mais grave, é que as dificuldades orçamentárias vividas pelo município podem levar à restrição dos recursos destinados ao PAC. Saliente-se que, embora ele tenha sido criado e regulamentado por lei, sua execução está vinculada à disponibilidade de recursos.

Conforme já se mencionou, a concepção de desenvolvimento de Sen extrapola o crescimento econômico e o suprimento das necessidades materiais, para afetar a possibilidade de os indivíduos fortalecerem a sua condição de agentes e o exercício de sua liberdade. Assumimos, neste artigo, a perspectiva teórica de que as políticas públicas são instrumentos importantes de indução do desenvolvimento e, nesse sentido, analisamos em que medida o PAC, além da condição material, contribui ou poderia contribuir mais para o fortalecimento da condição de agente.

Sob o ponto de vista metodológico, entendemos que a forma mais adequada para analisar as contribuições de uma política pública no fortalecimento da condição de agente, como uma dimensão do desenvolvimento, é ouvir os beneficiários, porque os elementos de análise devem emergir dos próprios sujeitos (KUJAWA; ZAMBAM, 2018). Nesse sentido, transcrevemos partes das entrevistas realizadas com usuários e egressos do PAC que demonstram a relação entre a sua participação no Programa e o seu desenvolvimento. Para facilitar a análise, abordaremos três dimensões: o contexto antes de entrar no PAC, o funcionamento do Programa e as mudanças promovidas por ele.

Dada a sua natureza, o PAC atende a pessoas em situação pessoal e familiar de grande vulnerabilidade econômica e social. O foco é o modo como os beneficiários percebem esse contexto e de que forma ele interfere na sua condição de agentes.

Uma característica observada em todas as entrevistas foi a condição de desempregados: anteriormente tinham trabalho, mas por motivos diversos ficaram sem ele e não mais conseguiram inserção no mercado. Entre os motivos apontados como limitadores para obter novo emprego está a idade:

O motivo de ter me inserido no PAC é ter ficado desempregado há três anos, e você sabe com 61 anos não se consegue trabalho muito fácil (Entrevistado 1).

[...] a minha idade é avançada, estou com 61 anos de idade, o senhor sabe que na minha idade conseguir emprego não é fácil [...] isso que eu tenho

profissão, sou pintor, mas largava currículo e outros de 22, 23 anos eram chamados e eu ficava para trás (Entrevistado 2).

Eu trabalhava num hospital, meu filho cometeu um ato não recomendável e eu tive que pedir demissão para poder retirar o FGTS e ajudar meu filho. Aí eu não consegui mais emprego, acabou o dinheiro e eu acabei vendendo tudo o que tinha dentro de casa, fiquei até sem água e luz (Entrevistado 7).

Outros participantes, mais jovens, relatam que viviam sob condições pessoais e familiares que dificultavam o acesso ao trabalho, como o envolvimento com drogas e a violência familiar, entre outras:

Eu tive muitos problemas de família, o meu pai bebia, batia na mãe, desde muito cedo eu e meus irmãos íamos para a rua, um irmão foi morto, outro morreu de overdose, eu também me envolvi com drogas e acabei indo para um abrigo. Depois que o pai morreu, eu voltei a trabalhar com a mãe, mas não conseguia emprego (Entrevistado 3).

O PAC me deu uma oportunidade, pois aconteceu muitos problemas comigo, eu fui presa, tive que usar uma tornozeleira eletrônica e o juiz queria que arrumasse um emprego para não voltar para o Instituto penal (Entrevistada 4).

Percebe-se que diferentes fatores propiciam a condição de desemprego e, com base nesses relatos, eles têm relação com a idade – caso dos entrevistados 1 e 2, com 61 anos de idade. A situação de desemprego surgiu após perderem seus postos de trabalho e não conseguirem recolocação. Embora não seja tão avançada, a idade é apontada como fator limitante. Por outro lado, para os entrevistados 3 e 4, com 33 e 23 anos, respectivamente, o óbice para conseguir trabalho é a estrutura pessoal e familiar.

As especificidades expostas indicam a necessidade de o PAC desenvolver estratégias distintas para atingir o objetivo da reinserção dos beneficiários no mercado de trabalho e diminuir a sua situação de vulnerabilidade social. Os entrevistados demonstram ter consciência das suas condições. Os beneficiários 1 e 2 apontam como preocupação o final dos dois anos (período máximo de permanência no PAC), pois entendem que não vão conseguir trabalho: “Eu só sinto que o programa é só dois anos, né?...”. Questionado sobre como se tem preparado para sair do PAC, um tanto cético ele responde:

Esta questão de largar currículo, pode tirar da cabeça; pessoa de idade como eu, com 61 anos de idade, isso não existe mais, ninguém vai pegar... hoje em dia o pessoal quer pessoas mais novas... eles não pensam que os mais velhos têm mais experiências, já passaram por muitas coisas. Quando eu sair tenho que trabalhar de biscate até se conseguir aposentadoria, pois já tenho 30 anos de contribuição (Entrevistado 2).

Ao falarem sobre a condição de desempregados e diante das dificuldades de encontrar um emprego, transparece o abatimento provocado por essa situação que altera completamente a vida pessoal e familiar:

[M]e sentia muito mal, a gente se sente um inútil, de não estar fazendo nada. Não tem coisa pior do que ficar procurando e não conseguir. [...] a gente pensa, agora vai dar... vou conseguir. Aí chega lá, faz entrevista, eles dão um nó... vira e mexe o problema é somente a minha idade que pesa, chega um camarada com metade da minha idade é claro que eles vão contatar o cara com a metade da minha idade (Entrevistado 1).

[...] estava difícil, só a mulher trabalhando... Olha, um homem vai ficar em casa..., não tem como né... agora aqui é muito bom, eu ergo as minhas mãos para o céu todo dia para agradecer a oportunidade que tenho (Entrevistado 2).

O PAC me ajudou muito [...] O trabalho é muito importante, antes eu não tinha nem condições de sair [...] de cabeça baixa, de dia sem nada, de noite no escuro... ficava sentado na janela para aproveitar o claro da rua, até o sono chegar e ser a hora de dormir (Entrevistado 7).

O acesso ao trabalho, à saúde e à educação são elementos constitutivos do desenvolvimento, pois interferem diretamente na condição de agente, no exercício das liberdades dos indivíduos e no desenvolvimento humano e social, como aponta Sen (2000, p. 19):

O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas. As disposições institucionais que proporcionam essas oportunidades são ainda influenciadas pelo exercício das liberdades das pessoas, mediante

a liberdade de participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelam o progresso dessas oportunidades.

Como já mencionamos, o PAC tem, nos seus princípios constitutivos e na lei que o regulamenta, o objetivo de ser um programa que busca prover a superação da condição de vulnerabilidade. Ao ser questionado sobre como as ações e a metodologia do PAC efetivam esse objetivo, o gestor responde que isso ocorre por meio de ações bem simples, como a abertura de uma conta bancária, o estabelecimento de uma rotina de trabalho, o cumprimento de horário, o respeito à hierarquia. Os gestores assim se posicionam:

A reeducação deles vai desde eles saberem que agora são funcionários, que agora têm que ir no banco abrir uma conta. Onde já se viu abrir uma conta... conta é para "gente" abrir e não para mim... como eles dizem. Muitos têm vergonha... não conseguem abrir uma conta sozinhos, e o assistente social acompanha (Entrevistado 5).

Outra questão importante é o convívio com outros membros do PAC e com os servidores, o que contribui para que entendam a dinâmica de trabalho, a hierarquia, o respeito etc. (Entrevistado 6).

A coordenação do programa também faz um acompanhamento, se faz um papel de acolher quando há algum problema, se necessário também se aplica advertência, aplica suspensão no intuito de conseguir mostrar que eles têm direitos, mas também devem respeitar deveres que assumiram ao entrarem no programa (Entrevistado 5).

Outro elemento destacado é a inserção na rede de assistência social, tanto no acompanhamento dos beneficiários por meio de reuniões mensais quanto dos membros de sua família, principalmente crianças e idosos que necessitem de encaminhamentos e acompanhamentos:

[U]ma das questões importantes é a integração na rede. O PAC não é um programa isolado. Ele está integrado no sistema, não só o participante do PAC, mas também a sua família, se ele tem filhos as crianças estão lá nas oficinas dos CRAS, se tem um idoso, tem o nosso olhar também... (Entrevistado 5).

Eu tinha outro problema, eu sofria de catarata, quase não enxergava nada, a coordenadora poderia ter me demitido, pois eu não enxergava, mas não. Ela encaminhou para fazer a cirurgia, hoje eu enxergo bem com os dois olhos (Entrevistado 7).

Os usuários reconhecem a importância das atividades desenvolvidas para além do trabalho específico. De modo geral, todos os entrevistados mencionam isso como fatores que contribuem para a vida deles, principalmente as reuniões mensais no CRAS:

[T]em as reuniões no CRAS onde se discute a questão do trabalho, as relações com os colegas e com as famílias [...] nossa, ajudam [...] em meu favor ajudou, nossa! Abriu as cabeças, foi tudo de bom para a minha vida. Muitas vezes a gente está cansada, estressada, aí vai para a reunião, conversa, eles trazem professores, médicos para falar, dar palestra para a gente (Entrevistada 2).

Os depoimentos retratam a relevância da abordagem de Sen sobre o desenvolvimento, quando destaca a insuficiência da referência centrada no econômico e centraliza o valor da pessoa como agente e beneficiária do processo: “O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos” (SEN, 2000, p. 29). A legitimidade das políticas públicas requer que essa meta seja contemplada.

A percepção de mudança atinge diferentes dimensões – econômica, de comportamento pessoal e de relações sociais –, todas relevantes para a constituição do agente e a ampliação das

liberdades. Uma das questões postas aos entrevistados (beneficiários e egressos) foi sobre o que a inserção no PAC mudara concretamente em suas vidas:

Eu consegui muita coisa, consigo comprar as coisas, roupas e calçados para os meus filhos, ajudo a minha mãe, já arrumei a minha casa, troquei o coberto (Entrevistada 3).

Agora tenho o meu dinheiro, posso ajudar a minha mãe, cuidar do meu filho [...] eu consegui comprar uma tevê para casa, a prestação, porque tenho trabalho fixo (Entrevistado 4).

A conquista de pequenas coisas materiais representa grandes avanços na condição de agente. Os depoimentos precisam ser percebidos, sobretudo, em seu significado simbólico, ou seja, considerando o sentido existencial de cada fala. As aquisições estão relacionadas à história, à cultura, às exclusões sofridas, aos sonhos acalentados e ao ambiente no qual as pessoas estão inseridas nesse período. A concepção de Sen (2011, p. 267) contempla essa prerrogativa plural:

A abordagem das capacidades se concentra na vida humana e não apenas em alguns aspectos separados de convivência, como rendas ou mercadorias que uma pessoa pode possuir, que muitas vezes são considerados, principalmente na análise econômica, como o principal critério de sucesso humano.

A condição individual – de circunstância material, de autoestima ou de inserção social – deve contribuir de forma especial para a ampliação das condições de liberdade. A entrevistada 3 disse que, durante a sua estada no PAC, conseguiu concluir o ensino fundamental, o que lhe permite ter mais chances de conseguir um emprego, pois todas as empresas de limpeza (onde ela quer trabalhar) exigem esse grau de instrução. A entrevistada 4 apontou que a maior

mudança foi ela poder sair do presídio e livrar-se do controle eletrônico: “Agora eu tirei a tornozeleira, vou no colégio para ver se consigo voltar a estudar e buscar um novo emprego”.

As mudanças nas relações familiares também são apontadas como decorrências de uma nova condição individual que contribui para alterar o comportamento e o comprometimento. “Até o tratamento da gente com a família mudou, pois antes [desempregado], chateados como estavam, não tinha muita convivência. Agora não, a gente pode conversar, fica melhor” (Entrevistado 1).

É significativo o relato de uma mãe que explicita, de forma emocionada – durante a entrevista, pediu licença para enxugar as lágrimas –, a mudança que teve com a sua família, principalmente com seus dois filhos:

[M]udou completamente a relação com a minha família, com o meu filho que tem 13 anos, antes eu tinha problemas com o Conselho Tutelar. Eu disse não, eu vou trabalhar e cuidar dos meus filhos. Antes eu estava relaxando. O PAC me ajudou a entender que tenho que colocar o meu filho na creche, garantir que o mais velho vai para escola, entende? O meu filho mais velho está bem na escola, no ano passado não me chamaram nenhuma vez. No ano passado, ele parou até de tomar o remedinho para os nervos. Eu agora estou bem, bem alinhada, bem focada, cuido bem dos meus filhos, tenho meus projetos para frente (Entrevistada 3).

O depoimento da mulher e mãe numa situação de vulnerabilidade social é estratégico pelo seu significado simbólico, retratando o papel, a missão e o poder silencioso e transformador das mulheres na rotina social, com mais destaque quando beneficiadas por políticas de assistência social. Assim acontece também com o *Programa Bolsa Família* (REGO; PINZANI, 2014) e, de modo decisivo, com o PAC.

Ao mostrarem o papel transformador das mulheres e ao denunciarem a sua rotineira exclusão ou não reconhecimento do conjunto do seu trabalho, Drèze e Sen (2015, p. 253-254) enfatizam:

Há, no entanto, evidências empíricas de que a divisão dos benefícios e das obrigações pode ser mais igualitária quando as mulheres, em especial as jovens, têm mais acesso, por exemplo, à escolarização e ao trabalho remunerado, e não ao trabalho doméstico não remunerado e não reconhecido. [...] Não é de surpreender, portanto, que as reduções nas taxas de natalidade tenham sido muitas vezes seguidas pelo aumento do status e poder das mulheres.

Superar determinado nível de vulnerabilidade pode, como já destacamos, alcançar questões específicas – individuais, econômicas, psicológicas e sociais:

[M]udou bastante.... Até amigo a gente não tinha, eu não vou em bodegas [bar], lancheria, lugar nenhum, então as coisas tinham ficado difícil, pois não conversava com ninguém. Agora tem os colegas de trabalho para conversar. Além de ter o trabalho que pode a gente mentalizar outro tipo de vida, além é claro da sacola do PAC, a gente ganha um ordenado [dinheiro], [...] não é muito, mas ajuda, dá pra deitar na cama e dormir, ao contrário de antes que a gente deitava mas não dormia. Ficava pensando o que vou fazer amanhã... não tenho de novo o que fazer (Entrevistado 1).

O retrato das conquistas operadas pelas políticas de assistência social compreendidas como um direito social e seu poder transformador demonstra o necessário envolvimento do Estado – no caso, o município de Passo Fundo –, que, de forma articulada e planejada e dispendo de recursos necessários, pode transformar substancialmente a vida de pessoas excluídas, torná-la mais enriquecida de sentido, realização e integração social. A recusa em postular ações com essas características ou a proposição e a preocupação com o sofrimento das pessoas são decisões políticas que podem distinguir um líder, formar outros e, principalmente, dinamizar o funcionamento de uma sociedade. O vigor da democracia, além da sua estrutura jurídica, tem sua legitimidade quando funciona para todos, especialmente para as vítimas da exclusão social, do individualismo e da voracidade dos mercados.

5 Considerações finais

As políticas públicas e os programas sociais são importantes estratégias de produção de conhecimento na medida em que contribuem para a superação de ameaças à realização pessoal, às relações sociais, ao equilíbrio social e ao ambiente natural. As conquistas operadas na CRFB precisam ser concretizadas no cotidiano, especialmente no das pessoas em situação de vulnerabilidade. A compreensão sobre a natureza, a identidade e o poder transformador da assistência social é marco irrenunciável para a construção da justiça no Brasil.

O *Programa Apoiar e Comprometer* está inserido nessa compreensão e representa a concretização dos objetivos legais e a afirmação do sentido, vigor e dinamismo da herança de Sen sobre o sentido da vida humana, da condição de agente e do valor da liberdade num contexto de desenvolvimento humano e social equitativo e sustentável.

As situações de injustiça ou de vulnerabilidade excluem as pessoas das relações normais da comunidade, por negar-lhes o acesso ao trabalho, às condições de saúde, à moradia digna, além da expressão dos sentimentos

e de canais de participação e decisão – direitos fundamentais sem os quais não existe cidadania.

A progressão de um estado de exclusão para a condição de agente depende de um conjunto de indicativos conectados com as preferências individuais, a tradição cultural, as disposições sociais e condições naturais, não de uma métrica reduzida ao acesso a bens materiais ou ao progresso econômico-financeiro. Sen propõe uma abordagem centrada no desenvolvimento das capacitações (*capabilities*) como estratégia de desenvolvimento, transformação social e avaliação das políticas públicas.

Os depoimentos que destacamos retratam – tanto sob o ponto de vista simbólico, quanto sob o da experiência de vida real – a atuação decisiva das políticas de assistência social e seu poder de transformação da realidade das pessoas. O acesso ao emprego, mesmo em situação bastante limitada, produz inúmeros benefícios e impulsiona outras conquistas de igual teor transformador:

Surgiu a possibilidade de trabalhar nessa empresa terceirizada, eu larguei o programa e passei a trabalhar nesta empresa que presta serviço no Casa de Passagem¹⁰ (Entrevistado 7).

Eu fiquei um ano no programa, agora faz 15 dias que eu consegui outro trabalho e saí do programa. Hoje eu trabalho numa oficina como auxiliar de limpeza. Eu não precisava ter saído naquele dia, mas eu fui lá, agradei a oportunidade que eles me deram e saí porque eu sei que tem muita gente esperando uma oportunidade (Entrevistada 8).

A análise do PAC demonstrou a necessidade de afirmar a responsabilidade do Estado com estratégias de identificação, acompanhamento e apresentação de “portas de saída” para a superação do sofrimento e de outras formas de exclusão. A missão dos governos é intransferível. Com igual relevância, afirmamos as categorias de Sen como referências essenciais para uma abordagem alternativa ao utilitarismo econômico, às políticas centradas no bem-estar social e em concepções de cunho transcendental.

A exclusão é alimentada pela ausência de políticas de desenvolvimento centradas na pessoa e numa concepção de desenvolvimento que alcance o conjunto da população. As políticas de assistência social, especialmente mediadas por programas que visam à superação de grave situação de exclusão, orientadas para o desenvolvimento humano e social, têm papel agregador e capaz de reverter estruturas tradicionalmente caracterizadas pelo clientelismo e pelo assistencialismo.

¹⁰ *Casa de Passagem* é um programa mantido pela SEMCAS, que oferece pouso e alimentação para moradores em situação de rua ou para os que estão transitoriamente em Passo Fundo e não têm onde dormir.

Sobre os autores

Henrique Aniceto Kujawa é doutor em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, Brasil; docente no mestrado em Arquitetura da Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil; bolsista de produtividade da Fundação Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil.

E-mail: henrique.kujawa@imed.edu.br

Neuro José Zambam é doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS; pós-doutor em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, Brasil; docente na área de Direito da Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil; coordenador do Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen.

E-mail: neurojose@hotmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

KUJAWA, Henrique Aniceto; ZAMBAM, Neuro José. O Programa Apoiar e Comprometer no município de Passo Fundo (RS): dimensões do desenvolvimento e condição de agente segundo Sen. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 224, p. 167-186, out./dez. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p167

(APA)

Kujawa, H. A., & Zambam, N. J. (2019). O Programa Apoiar e Comprometer no município de Passo Fundo (RS): dimensões do desenvolvimento e condição de agente segundo Sen. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(224), 167-186. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p167

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 1^a out. 2019.

_____. *Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm. Acesso em: 2 out. 2019.

DANTAS, Juliana Grasiela da Silva. A assistência social no Brasil: da benemerência ao direito. *Socializando*, [Aracati], ano 3, n. 1, p. 105-113, jul. 2016. Disponível em: https://www.fvj.br/revista/wp-content/uploads/2016/07/Socializando_2016_9.pdf. Acesso em: 2 out. 2019.

DISTÂNCIA entre mais ricos e pobres aumentou em 2018, aponta ONG. *G1*, [Rio de Janeiro], 21 jan. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/01/21/distancia-entre-mais-ricos-e-pobres-aumentou-em-2018-aponta-ong.ghtml>. Acesso em: 2 out. 2019.

DRÊZE, Jean; SEN, Amartya. *Glória incerta: a Índia e suas contradições*. Tradução Ricardo Dominelli Mendes, Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

KUJAWA, Henrique Aniceto; ZAMBAM, Neuro José. Conquista da moradia no loteamento Canaã em Passo Fundo, Brasil. *Mercator*, Fortaleza, v. 17, n. 17.031, p. 1-15, 2018. DOI:

<http://dx.doi.org/10.4215/rm2018.e17031>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/mercator/v17/1984-2201-mercator-17-e17031.pdf>. Acesso em: 2 out. 2019.

PASSO FUNDO. *Lei nº 5.009, de 18 de setembro de 2013*. Institui o Programa de Inclusão Produtiva no município de Passo Fundo, denominado de Programa Apoiar e Comprometer – PAC e dá outras providências. Passo Fundo: LeisMunicipais, 2013. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/passou-fundo/lei-ordinaria/2013/501/5009/lei-ordinaria-n-5009-2013-institui-o-programa-de-inclusao-produtiva-no-municipio-de-passou-fundo-denominado-de-programa-apoiar-e-comprometer-pac-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 2 out. 2019.

REGO, Walquiria Leão; PINZANI, Alessandro. *Vozes do Bolsa Família: autonomia, dinheiro e cidadania*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Unesp, 2014.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução: Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. *Sobre ética e economia*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ZAMBAM, Neuro José; KUJAWA, Henrique Aniceto. As políticas públicas em Amartya Sen: condição de agente e liberdade social. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 1, p. 60-85, jan./abr. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v13n1p60-85>. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1486/1098>. Acesso em: 2 out. 2019.

Mandado de Injunção como instrumento de acesso a direitos e a Lei nº 13.655/2018

LUCIANA CRISTINA DE SOUZA

Resumo: O artigo apresenta uma reflexão sobre a demora histórica na regulamentação do Mandado de Injunção. Mais do que a preocupação com o rito, analisa a relevância das implicações antidemocráticas de uma omissão legislativa tão longa, visto que o *writ* somente foi regulamentado 28 anos após a entrada em vigor da Constituição Cidadã. Também desenvolve uma comparação entre o cenário criado pelo novo tratamento dado ao Mandado de Injunção, notadamente como instrumento coletivo, em face das limitações impostas pela Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e trouxe limites à judicialização de direitos. Para isso, adota-se a metodologia de análise sociopolítica das novas relações políticas e cidadãs desenvolvidas nesse contexto, aliada à descrição da legislação. Escolheu-se o método de pesquisa dialético por considerar o impacto da regulamentação do Mandado de Injunção no Estado Democrático brasileiro, inclusive quanto aos efeitos para a gestão de políticas públicas.

Palavras-chave: Constituição. Direitos fundamentais. Gestão pública. Políticas públicas. Mandado de Injunção.

Writ of Injunction as rights access instrument and the Law 13.655/2018

Abstract: The article reflects on the historical delay in the regulation of the Writ of Injunction. More than the concern with the rite, it analyzes the relevance of the undemocratic implications of such a long legislative omission, since it was only regulated 28 years after the Citizens Constitution came into force. It also develops a comparison between the scenario created by the new treatment given to this writ, notably as a collective instrument, in face of the limitations imposed by Law 13.655/2018, which changed the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law, and brought limits to rights judicialization. One applied the methodology of

Recebido em 3/5/19
Aprovado em 15/7/19

socio-political analysis of the new political and citizen relations developed combined with the analysis of the legislation. One chose the dialectic method because it considered the impact of the injunction regulation in the Brazilian Democratic State, including the effects for the management of public policies.

Keywords: Constitution. Fundamental rights. Public management. Policies. Writ of Injunction.

1 Introdução

O artigo procede a uma reflexão sobre o papel do Mandado de Injunção (MI) para a efetivação da democracia brasileira. Para isso, analisa sua função como instrumento de judicialização de questões sociais no País e considera como referencial normativo a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL [2019a]) e a Lei nº 13.300/2016 (BRASIL, 2016), que regulou o rito desse remédio constitucional nas modalidades individual e coletiva. Também reflete sobre a prolongada espera por sua regulamentação pelo Poder Legislativo, ao qual esse *writ* especialmente se aplica na defesa de direitos fundamentais inviabilizados por omissão legislativa. Embora vigente na ordem jurídica desde a promulgação da CRFB, a norma regulamentadora de seu rito somente foi promulgada em 2016, o que sem dúvida representa prejuízo para os cidadãos, dada a subutilização desse instrumento de defesa durante as primeiras décadas de vigência da CRFB. Por fim, considera os impactos desse *writ*, particularmente em sua modalidade coletiva, em face das limitações criadas pela Lei nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018b), que visou proteger a gestão pública dos impactos orçamentários das decisões oriundas da judicialização de direitos fundamentais.

Ab initio, diversas têm sido as ponderações feitas pela doutrina quanto ao MI. Após sua regulamentação, Gilmar Mendes, André Rufino do Vale e Fábio Lima Quintas lançaram obra explicando o rito processual a ser seguido sob a ótica do Supremo Tribunal Federal (STF). Outros manuais técnicos também foram publicados após o advento da Lei nº 13.300/2016, que regulamentou o *writ*, mas esse viés procedimental não é a preocupação fulcral deste texto. Neste artigo, ressalta-se o que Chaddad e Piovesan há muito tempo têm apontado como uma necessidade do ordenamento jurídico para salvaguardar direitos fundamentais e o acesso à justiça: regulamentar o remédio constitucional para que os cidadãos tenham

seus direitos preservados em face da omissão daqueles que deveriam tê-los representado nesse sentido, os legisladores. Por esse instrumento, poderiam alcançar maior efetividade das garantias que a CRFB pretende a todos assegurar.

A hipótese que se levanta, com base nessa inferência, é que a falta de conexão entre eleitos e eleitores causa o distanciamento representativo e, conseqüentemente, prejudica o compromisso dos parlamentares com os cidadãos. Por esse motivo, por vários anos não houve empenho em regulamentar o MI, visto que aumentaria o nível de responsabilização dos mandatários políticos. A gravidade do descompromisso do Congresso ao longo de anos com a regulamentação do procedimento para o MI fica patente ao se considerar que a efetividade das normas protetivas dos direitos fundamentais é a sua principal razão de ser e o motivo pelo qual essa garantia é cláusula pétrea.

A ausência por 28 anos de norma regulamentadora evidencia um sério problema do modelo pseudodemocrático brasileiro, pois aqueles cuja função principal é legislar em favor da sociedade olvidaram seu papel de representantes do povo ao se afastarem do dever de regulamentar *writ*s constitucionais como o MI. E isso se prolongou por um período historicamente muito significativo se considerarmos a urgência dos cidadãos de usufruir dessa medida protetiva. Isso é uma infidelidade aos princípios éticos e democráticos inerentes ao mandato político recebido por meio do voto, notadamente se destacarmos o fato de que os remédios constitucionais estão listados como cláusulas pétreas.

Se a separação dos Poderes é protegida contra emendas constitucionais abusivas que porventura tentem diminuir-lhe a eficácia normativa, também o são os direitos e garantias individuais listados no art. 5º, conforme o art. 60, § 4º – ambos da CRFB. Toda atitude, comissiva ou omissiva, no sentido de limitá-los deve ser

vista como atentado ao Estado Democrático de Direito. Se as deliberações com o intuito de os abolir são nocivas à ordem constitucional, igualmente graves são as omissões das quais decorrem obstáculos ao acesso a essas prerrogativas dos cidadãos.

Com a frustração em alcançar acesso a direitos basilares inviabilizados pela falta de norma regulamentadora e pela omissão legislativa quanto ao MI, frequentemente se entende a judicialização como única via de sua efetivação e recorre-se, então, ao Poder Judiciário para suprir a inação do Poder Legislativo – motivo pelo qual o sistema de *checks and balances* é tão necessário. As decisões judiciais, em alguns casos, solucionam causas individuais; em outros, no entanto, seu alcance atinge diversos destinatários, podendo chegar ao ponto de se tornarem genuínas medidas estruturadoras do acesso a direitos no Estado Democrático (MANEIRO; CRUZ, 2016). Por isso, desenvolve-se aqui a concepção de decisões judiciais estruturantes, as quais se têm amplificado no Poder Judiciário como instrumentos de judicialização. Seu campo de atuação aproxima-se do previsto na nova regulamentação sobre MI na modalidade coletiva.

Considerando-se esses apontamentos, o recorte epistemológico deste artigo descreverá as perspectivas teóricas de Avritzer sobre democracia e informações da base de dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Quanto ao *writ*, são seminais as reflexões de Piovesan (2003) e Chaddad (2011), cuja preocupação com o tema do acesso à justiça data de muito tempo. Para promover essa crítica, recorreu-se também aos debates sobre a judicialização de questões políticas como instrumento de efetivação de direitos fundamentais; para tanto, fez-se a leitura de Streck (2016) e Fulgêncio (2018).

Embora existam outros vieses de debate sobre o tema, esses pesquisadores foram escolhidos devido ao fato de suas propostas serem condi-

zentes com a crítica apresentada neste trabalho e permitirem a reflexão sob outra perspectiva que não apenas a do controle de constitucionalidade, como usualmente o MI é visto, na modalidade de controle difuso, em alternância à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). O ponto central da discussão proposta pela hipótese é de natureza política, e não jurídica, porque, diante dos resultados dessa pesquisa, infere-se que a falta de regulamentação do remédio decorre do distanciamento político entre povo e representantes eleitos. Nossa preocupação no presente texto foi criticar a mora legislativa e seu impacto negativo para a democracia em vez de perquirir, no momento, sobre os quesitos de verificação da constitucionalidade que podem estar presentes numa ação judicial no âmbito desse *writ*.

Para isso, adotou-se a metodologia da análise sociopolítica, pois foram consideradas as transições do modelo democrático após 1988 (MANEIRO; CRUZ, 2016), bem como as experiências de cidadania que se desenvolveram no âmbito das novas relações políticas vivenciadas pelos atores sociais. Esse contexto histórico dos últimos anos é o pano de fundo das reflexões e evidencia como o fenômeno do incremento da participação popular ocorrido nos últimos anos (AVRITZER, 2016) pode ser considerado uma das causas do aumento da pressão pela regulamentação do *writ*. Para corroborar essas conclusões, combinou-se essa investigação científica com a análise da legislação pertinente na perspectiva do método dialético, tendo em vista a importância de se compreenderem as relações de poder inseridas no processo de regulamentação do MI e o seu impacto no Estado Democrático de Direito.

2 A judicialização como função suplementar e estruturante

Inicialmente, aponta-se que problemas de conexão eleitoral comprometem a representatividade e mantêm fechado o modelo de funcionamento dos órgãos estatais. O Legislativo, que dialoga insuficientemente com a população, perde a oportunidade de ser mais assertivo e atento à realidade social. Como explica Avritzer (c2002), as inovações institucionais de mecanismos participativos são salutares para a prática democrática; por isso, é essencial assegurar que grupos sociais mais vulneráveis não somente possam eleger representantes com uma identidade semelhante à sua, mas também continuar a ser ouvidos após encerrado o processo eleitoral. Quando os cidadãos são sub-representados, as ações judiciais de proteção de direitos fundamentais proliferam, especialmente *writs* como mandado de segurança, MI, *habeas data* etc.

A conexão eleitoral entre mandatários políticos e povo é crucial. Se existirem obstáculos nessa relação, pode haver obstrução do acesso a inúmeros direitos. Alguns problemas graves podem causar essa perda de conexão: obstáculos na aquisição e no processamento de informações políticas pelos eleitores, falta de transparência dos órgãos públicos, complexidade do sistema partidário e incoerência dos partidos, limitação nas alternativas de escolha de representantes, níveis de corrupção (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2010; AVRITZER, 2016). Nesses casos, tornam-se relevantes o grau de eficiência do Poder Judiciário e sua independência em relação às influências políticas, uma vez que ele se tornará a via de proteção dos cidadãos nas situações em que o canal legislativo-político falhar.

A atuação do Poder Judiciário por meio de decisões judiciais que estruturam ações políticas ante a inação dos demais Poderes – chamadas *decisões estruturantes* – tem o compromisso de fazer cumprir o “pacto firmado anteriormente entre a Sociedade Civil e o Estado Democrático de Direito, o qual deve honrá-las sob pena de ser a inação estatal causa de perda do reconhecimento de direitos fulcrais para a dignidade do ser humano” (SOUZA, 2016, p. 18). Portanto, exerce *função suplementar* (SOUZA, 2016) ou *contingencial* (STRECK, 2016) quanto à necessidade de defesa de direitos fundamentais cuja efetividade tenha sido comprometida pela carência de políticas públicas que consistam em obrigação da Administração Pública, mas esta é silente quanto à solução do problema.

Assim, decisões estruturantes ocorrem com mais frequência na atualidade porque a garantia de efetivação dos direitos fundamentais é um anseio de extrema relevância para a Sociedade Civil a partir do século XX e, no caso brasileiro no cenário posterior à década de 1980, quando gradativamente realizou-se a redemocratização brasileira. Neste contexto, o Poder Judiciário passou a assumir um dever de agir como agente político por meio de decisões estruturantes com o intuito de viabilizar a implementação de políticas públicas voltadas a assegurar tais direitos fundamentais [...] não é um caminho constitucionalmente inválido desde que a judicialização se atenha ao seu papel excepcional de resolver omissão estatal frente a direitos fundamentais que precisam de efetivação (SOUZA, 2016, p. 21).

Um método que se pode empregar para avaliar a adequação de se judicializar uma questão política é indicado por Streck (2016, p. 725): “a decisão (uma determinada decisão), nos moldes em que foi proferida, pode ser repetida em situações similares?”. Se a resposta for “sim”, isso significa que se está diante de uma questão ampla, abarcável por uma política que atenda aos cidadãos de modo geral, como deveria tê-lo feito o gestor público zeloso de boa governança. Nesses casos, a decisão judicial vem em socorro ao pacto de ações firmado entre Poder Público

e cidadãos por estar munida de um caráter de “universalidade”, como o têm as políticas públicas. Todavia, se a resposta for “não”, corre-se o risco de ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo e, *in casu*, o magistrado ou tribunal deveria abster-se de intervir de modo ativista, dado que tal decisão poderia afetar o equilíbrio deste com outros direitos fundamentais.

Com efeito, as decisões estruturantes são provimentos oriundos do Poder Judiciário por meio dos quais são efetivados direitos fundamentais previstos, previamente dispostos em leis e cuja efetividade deveria ter sido provida por uma ação política, a qual, no entanto, foi inadequadamente implantada ou olvidada pela autoridade competente – o que configura ofensa à cidadania. Nesses casos, cabe a possibilidade jurídica de defesa das prerrogativas da pessoa ofendida por meio do MI, individual ou coletivo. Constitucionalmente podem ser consideradas válidas tais decisões se prolatadas de modo suplementar à função típica do Poder Legislativo omissivo e com o único intuito de garantir obediência à norma jurídica relegada a segundo plano pelo agente público no desempenho de suas funções e que, por isso, não tenha protegido direitos dos cidadãos.

Também desempenha o papel de instrumento de acesso democrático a direitos (MANEIRO; CRUZ, 2016), pois a injunção pretendida pela judicialização visa a implementar na vida prática do ofendido que recorre ao Poder Judiciário os direitos olvidados pela omissão, podendo igualmente ser estendida a outros, “universalmente”, de acordo com o art. 9º, § 1º, da Lei nº 13.300/2016. Assim, garante o adequado cumprimento das normas cuja regulamentação for relegada pelo Poder Legislativo. No caso das normas sobre políticas públicas, as decisões estruturantes farão cumprir o que foi pactuado entre os atores políticos, Estado e sociedade civil, nos fóruns deliberativos que fomentaram

a redação das leis e planos orçamentários nos quais tais ações da Administração Pública foram previstas e, portanto, tornaram-se obrigação do gestor público.

As propostas orçamentárias, notadamente nos municípios, em que se utiliza a metodologia deliberativa de orçamento participativo, pactuam um compromisso entre governante e governados, gerando para o gestor público uma obrigação de fazer. Ao proferir uma decisão estruturante, o órgão julgador apenas reconhece a existência da obrigação e determina o seu cumprimento para que a má gestão não prejudique garantias essenciais para a vida dos munícipes, tendo em vista o dever de cumprir o pacto firmado. Quanto mais próxima a decisão estruturante for da previsão orçamentária e das deliberações que a originaram, maior a certeza a respeito de que obrigações foram descumpridas e de que medidas devem ser definidas pela sentença ou acórdão visando recompor a situação dissonante gerada pela omissão do órgão responsável: “Contra o ato daquele Poder que as prejudicar, cabe defesa pela via judicial, de modo que o cidadão, pela diferença de forças para com a autoridade pública, não fique à sua mercê e sofra prejuízos em seus direitos fundamentais” (SOUZA, 2016, p. 25).

Ao recorrer à judicialização de tais questões políticas, o cidadão nada mais faz que exigir o cumprimento de obrigação previamente definida entre ele e o Poder Público, o qual, ao descumprir o seu papel, somente pode justificar-se nos casos em que a reserva do possível se aplica, evitando-se que esse princípio sirva de escusa eterna para desprezar direitos fundamentais ou deixar de regulamentar legislação necessária para viabilizar as prerrogativas do cidadão. As omissões e as ações que prejudicam a viabilidade da fruição de direitos fundamentais, mesmo quando por redação propositadamente confusa ou parcialmente lacunosa da norma, demonstram descaso

dos que deveriam representar a vontade popular manifestada no voto e, logo, uma infidelidade política ao cidadão.

As decisões que judicializam direitos para atribuir-lhes a devida efetividade constitucionalmente esperada, sobretudo quando o fazem em caráter *erga omnes*, são meios estruturantes de acesso às garantias dispostas como cláusulas pétreas na CRFB. Nas últimas décadas, a maioria parlamentar não atuou politicamente para efetivar tais garantias. Isso, em parte, explica a forte tendência à judicialização nos últimos anos, uma vez que o recurso ao Poder Judiciário se tornou imprescindível para assegurar que os arts. 1º, 5º e outros da CRFB se tornassem efetivos em face da postura dos demais Poderes. Para isso, também existe o princípio da separação inscrito no art. 2º: atuando de modo distinto, podem mais facilmente exercer controle uns sobre os outros segundo o modelo dos *checks and balances*. Sua interpretação deve ser feita em consonância com outra cláusula pétrea, a das garantias constitucionais, e com o art. 2º da Lei nº 13.300/2016:

Art. 2º Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Parágrafo único. Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente (BRASIL, 2016).

A judicialização pode representar, em alguns casos, uma resposta às falhas democráticas e de efetivação dos direitos constitucionais. Ela atua para fazer respeitar o que foi pactuado democraticamente e deve, portanto, ser cumprido por ser uma escolha estruturante (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2010), a qual gera impacto coletivo relevante para a população, mesmo quando a causa é, às vezes, individual. E o Poder Judiciário tem apresentado maior permeabilidade a essas demandas (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2010). Quanto às omissões legislativas, a judicialização por meio do MI tem importante função para a defesa dos direitos cuja efetividade esteja prejudicada pela ausência da devida norma regulamentadora, a qual era uma obrigação do poder político eleito.

No entanto, é importante ressaltar outro aspecto da judicialização, quando ela, contrariando a concepção jurídico-constitucional de proteção dos direitos fundamentais, visa à proteção de segmento político-econômico específico – o que por vezes ocorre, conforme aponta a análise do Ipea já mencionada. No julgamento do MI nº 107, de 21/4/1989 (BRASIL, 1989), foi significativa a responsabilidade dos ministros do STF no enfraqueci-

mento dessa garantia constitucional; nos últimos anos, têm mitigado suas interpretações “de modo a manter em vigor as estruturas institucionais pretéritas que serviam de óbice à efetivação dos direitos constitucionais de caráter social e econômico” (FULGÊNCIO, 2018, p. 217). Como observam Piovesan e Chaddad (2013, p. 451): “[v]erifica-se que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar as primeiras demandas trazidas em sede de mandado de injunção, retirou-lhe a potencialidade e o sentido”.

Sem contar o fato de que, no primeiro ano de vigência da CRFB, o STF optou por nem sequer conhecer das primeiras ações de MI impetradas (FULGÊNCIO, 2018, p. 199). No MI nº 107, os ministros chegaram mesmo a questionar a *natureza jurídica* do remédio constitucional, o que evidencia problemas no seu reconhecimento como cláusula pétrea relativa às garantias individuais. Considerando essa atuação inicial do STF, vê-se que os obstáculos à regulamentação e à aplicação do MI – esta última decorrente em certa medida da primeira, o que dificultou o entendimento de sua executoriedade – resultaram no comprometimento do *writ* e no inegável prejuízo da fruição de direitos pelos seus destinatários, que deveria ter sido assegurada por esse remédio. A timidez do STF em enfrentar a questão, somada à baixa conexão eleitoral entre o Congresso e o povo, resultou na espera de 28 anos pela regulamentação e em hermenêuticas menos avançadas do que o esperado na defesa dessa garantia.

3 O impacto democrático da Lei nº 13.300/2016

Serão analisados aqui particularmente quatro aspectos da Lei nº 13.300/2016, que regulamentou o rito procedimental do MI, devido ao impacto que produzem no seu papel de instrumento democrático.

3.1 Sobre o estado de mora legislativa

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I – determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II – estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do *caput* quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma (BRASIL, 2016).

Como se observa, o inc. II do art. 8º especifica parâmetros para uma decisão judicial estruturante no âmbito do MI. O estado de mora legislativa autoriza essa atuação jurisdicional porque o seu propósito, no caso, é restaurar o equilíbrio democrático rompido pela inação do Poder Público, o que afeta negativamente os valores constitucionais inscritos no art. 1º da CRFB, além de outros dispositivos. O parágrafo único prevê sanção de natureza processual em caso de comportamento reincidente de omissão legislativa. As medidas estruturantes elencadas são cruciais para o regime democrático, porque têm a finalidade de recompor direitos ofendidos por aqueles cuja função político-constitucional é a de agir em nome da sociedade, e não de interesses particulares.

Quanto à razoabilidade do prazo, deve ser apurado o grau de urgência de suprimento da norma lacunosa em razão da mora legislativa, visto que há situações em que será imprescindível a concessão de liminar para que o atraso, já evidente, não ocasione ainda maiores prejuízos ao ofendido em virtude da ineficiência do órgão que deveria ter promulgado a norma faltante ou inadequadamente elaborada.

Todavia, nesses casos a postura assumida pelo STF de mitigar o MI pode vir a ter efeito prejudicial sobre as decisões dos demais tribunais e magistrados, pois estes podem escusar-se de proferir mais rapidamente sentenças e acórdãos cruciais para o acesso a direitos fundamentais supostamente amparados pelos argumentos que o STF construiu ao longo dos últimos anos. Isso comprometeria a qualidade da aplicação do *writ* e ofenderia o art. 5º, LXXVIII, da CRFB (“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”), além do § 1º do mesmo artigo (“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”) (BRASIL, [2019a]).

Outra dificuldade de concreção do impacto democrático do MI consiste no possível conflito entre decisões judiciais estruturantes e os instrumentos processuais que visam uniformizar jurisprudências, a exemplo da Repercussão Geral e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. As primeiras têm a função de organizar parâmetros de executoriedade de direitos fundamentais que, em tese, já deveriam ter sido estruturados por norma regulamentadora. Aplicando-se uma decisão estruturante planificadora de inúmeros casos semelhantes, corre-se o risco de julgar por uma mesma medida situações em que a razoabilidade apresenta distinções e ainda de transformar em regra o que na Lei nº 13.300/2016 é exceção – a extensão dos efeitos da decisão judicial.

3.2 Sobre a possibilidade de efeito *ultra partes* ou *erga omnes* da decisão

Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1º Poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

§ 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

§ 3º O indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios (BRASIL, 2016).

Como se observa, o § 2º do art. 9º da Lei nº 13.300/2016 aponta o relator do MI como a autoridade adequada para estender a decisão estruturante a casos análogos, diferentemente do que o Código de Processo Civil (BRASIL, [2019b]) enuncia. A razão é que, como essa garantia constitucional é suplementar à função típica

legislativa de outro Poder estatal, a estruturação judicial de soluções que sanem prejuízos causados pela omissão de norma regulamentar será mais bem apreciada na sede do juízo que dele conhece, dado seu caráter excepcional. Exemplo disso é o que dispõe o art. 13 da Lei nº 13.300/2016: “a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 9º” (BRASIL, 2016). A amplificação dos efeitos da decisão é a exceção por não ser uma função típica do Poder Judiciário, mas apenas sua suplementação em decorrência de potencial prejuízo democrático pelo descumprimento de dever constitucional por um outro Poder (SOUZA, 2016). É parte do modelo de *checks and balances*, não uma competência regular e própria do órgão julgador.

Segundo Piovesan e Chaddad (2013), a Lei nº 13.300/2016 adotou a corrente concretista individual como regra geral (*inter partes*); porém, manteve espaço excepcional para a corrente concretista geral (*erga omnes*). Infere-se que isso ocorreu devido à função de decisão judicial estruturante que o MI apresenta.

3.3 Sobre a aplicação da norma mais favorável

Art. 11. A norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável (BRASIL, 2016).

Outro exemplo dessa excepcionalidade, mas também do inegável impacto democrático do MI, é a possibilidade de aplicação da norma mais favorável para os destinatários da decisão – o que também ressalta o cuidado que se deve ter ao estendê-la a casos análogos. Aos que forem contemplados com medidas estruturantes oriun-

das de decisões em sede de MI será aplicada uma regra de equilíbrio, por meio da qual o foco central seja genuinamente a proteção dos direitos fundamentais, já que a premissa constitucional de direito adquirido estará vinculada à norma que evidentemente melhor beneficiar o seu destinatário, sem ater-se à questão temporal processual. Isso evidencia o aspecto corretivo do MI quanto aos prejuízos que a omissão legislativa possa ter causado à vida daqueles que impetraram.

3.4 Sobre a aplicação na seara da ação civil pública

Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

I – pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;

II – por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;

III – por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;

IV – pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria (BRASIL, 2016).

Quanto ao MI coletivo, observa-se que sua atuação está muito mais próxima da Ação Civil Pública (ACP) do que da ADO, segundo o art. 12 da Lei nº 13.300/2016. Compreendendo-se sua função democrática essencial, isso se justifica: a) pelo rol de sujeitos habilitados para a ACP, que é significativamente maior e, portanto, mais acessível juridicamente para os cidadãos; b) por enfatizar o necessário papel da Defensoria Pública em prol dos necessitados para que seja combatida a exclusão de direitos de qualquer segmento da sociedade brasileira; c) por qualificar diversos tipos de defesa de direitos, o que evita restrições de defesa processual apenas por coletividades, mas considera efetivamente todo e qualquer brasileiro como sujeito ativo em potencial.

A maior proximidade processual do MI com a ACP do que com a ADO é uma solução muito mais eficaz para assegurar o acesso à Justiça, dado que as ações de constitucionalidade se restringem à modalidade de controle concentrado no STF. Além de mais restritivas sob o ponto de vista dos sujeitos que podem propô-las, ainda sofrem o problema do ativismo em prol de interesses não gerais e democráticos que tem mitigado os efeitos democráticos desse *mandamus*. Como recordam Piovesan e Chaddad (2013), o STF somente passou a considerar a corrente concretista em suas decisões a partir de 2007, ou seja, há apenas pouco mais de uma década, quase vinte anos após a promulgação da CRFB, que contém as cláusulas pétreas relativas às garantias constitucionais. Sob o ponto de vista democrático, isso contribuiu para o atraso na regulamentação do *mandamus*, visto que a função judicializadora estruturante esperada da Corte no seu papel dentro do sistema de *checks and balances* em prol da população ficou comprometida por longo tempo. Analisando-se a forma de composição do STF, que é de natureza política, e não jurisdicional, os obstáculos resultantes da baixa conexão eleitoral entre representantes parlamentares e cidadãos pode, eventualmente, refletir-se no órgão julgador máximo do País. Isso torna complexa a situação de milhões de brasileiros sub-representados no Congresso Nacional e sem poder de *lobby*: não alcançam o devido acesso à Justiça para concretizar seus direitos fundamentais. Em razão disso, a adoção do rito da ACP é mais favorável ao exercício do seu direito de defesa quanto às prerrogativas que lhes cabem e mais inclusivo, atendendo melhor aos valores da CRFB quanto à democracia e à cidadania.

4 Os limites impostos pela Lei nº 13.655/2018

Pode-se efetivamente inferir que a judicialização por meio da impetração do MI fortalece a sociedade sem ofender o princípio da separação

dos Poderes, pois salvaguarda os destinatários de direitos fundamentais contra abusos premeditados dos mandatários políticos, de modo a garantir o equilíbrio político entre povo e poder estatal no Estado Democrático de Direito. Todavia, o Poder Judiciário também pode servir de obstáculo ao acesso à Justiça quando atua politicamente, e não como órgão estruturante de direitos olvidados, papel a ele atribuído pela CRFB. Observe-se o que ressaltam Streck (2016) e Fulgêncio (2018).

Ao efetivar direitos pactuados entre o Estado e a sociedade civil, o papel do Poder Judiciário é suplementar ao do Poder Legislativo. Os magistrados e tribunais servem como “braços” de grupos sociais em busca da efetivação de direitos fundamentais, mas é crucial que a judicialização, realizada em prol de demandas segmentadas, seja controlada quanto aos impactos que produz sobre as políticas públicas. O Poder Judiciário tem o compromisso constitucional de viabilizar direitos comprometidos por normas lacunosas e pela inação do Poder Público, adstringindo-se à prolação do *mandamus* nos termos estritos para suprir a necessidade identificada que tenha sido olvidada ou tratada com descaso pela autoridade pública.

Considerando isso e também os impactos da judicialização sobre o planejamento do orçamento dos entes federados, tornou-se necessário elaborar uma legislação que pudesse oferecer alguns limites aos excessos do Poder Judiciário em prol da gestão pública, haja vista que os demandantes em processos judiciais são os administrados que se utilizam dos serviços públicos oferecidos pelo Estado. Muitas vezes, a realocação de recursos significa “despir um santo para vestir outro”. E a concessão de pedidos judiciais deve levar em conta a responsabilidade da decisão judicial para com os direitos fundamentais de terceiros que poderão ser afetados por ela, uma vez que

a realocação de recursos é, em diversos casos, o meio de suprir o pedido jurisdicional. Isso significa que algumas metas de políticas públicas podem ser adiadas ou reduzidas para a adequação orçamentária, principalmente nos pequenos municípios.

O art. 1º da Lei nº 13.655/2018, que altera o art. 20 do Decreto-lei nº 4.657/1942 (BRASIL, [2018a]), a chamada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, determina que “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Isso é importante porque as políticas públicas são aprovadas em planos orçamentários que compõem um complexo planejamento, muitas vezes multinível. Conforme o art. 165 da CRFB, o Poder Executivo estabelece a organização de seus recursos por meio de três instrumentos: o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. Em muitos municípios, parte dessa organização financeira da Administração Pública é feita por meio de arenas participativas, o que significa que a judicialização, embora resolva sérios problemas de cumprimento das metas estatais de implementação do acesso a direitos, pode vir a interferir também na gestão orçamentária deliberada pelos cidadãos locais e pela prefeitura.

O desafio, portanto, é encontrar o ponto de equilíbrio, pois os debates que informam a agenda das políticas públicas representam um exercício democrático decorrente da resiliência estatal. Por sua vez, o suprimento judicial de direitos fundamentais serve para assegurar aos cidadãos acesso a serviços públicos, como ocorre nas decisões judiciais na área da saúde para a aquisição de medicamentos, tratamento de câncer, internação de menores em UTI neonatal etc. Em ambos os lados há interesses legítimos da sociedade civil: de um lado, o cidadão como usuário do sistema público e coautor

de programas públicos pela participação nas deliberações públicas; de outro, pessoas com urgências médicas ou outras demandas (caso do mandado de segurança para tomar posse de vaga em concurso público) e que têm direito subjetivo ao que pleiteiam judicialmente. É difícil a decisão sobre qual desses sujeitos deverá ser atendido primeiro caso o orçamento público não comporte todas as demandas. Que cidadão teria prioridade? O que demandou o gasto em saúde na área política ou o detentor de direito subjetivo?

A questão agrava-se em casos como o MI coletivo, porque a solução oferecida assemelha-se àquela que se buscou em políticas públicas. Tal situação ocorre porque há, nesse caso, um cruzamento entre funções do Poder Executivo, responsável por elaborá-las e executá-las, e do Poder Legislativo, responsável por normatizar o acesso aos direitos que essas políticas públicas pretendem atender, além de votar o orçamento público e a parte que se destina a cada setor – saúde, educação, lazer, moradia, trabalho etc. Quando esses Poderes falham em concretizar as garantias que a CRFB estabelece, a omissão deve ser suprida, e o caminho é o Poder Judiciário. Isso significa dizer que a judicialização é um indicador da má gestão pública e da ausência de conexão eleitoral entre mandatários políticos e aqueles a quem deveriam legitimamente representar.

Visando a orientar os magistrados, ao menos na área de saúde em que o número de judicializações é muito alto, o Conselho Nacional de Justiça publicou um conjunto de enunciados, os quais foram debatidos e decididos durante as Jornadas de Direito da Saúde que o órgão realizou nos últimos anos. A última revisão dos textos desses enunciados ocorreu em março de 2019 e elucidou alguns aspectos do dilema dos gestores públicos e dos magistrados e tribunais diante dos sacrifícios impostos ao orçamento

público já planejado. O objetivo dos enunciados não é impedir a judicialização, porque há casos em que é a última via disponível para o cidadão, hipossuficiente frente ao poder político e econômico do Estado, mas, sim, regulamentar a atuação judicial para evitar excessos. Vejam-se alguns enunciados que esclarecem essa perspectiva de compromisso e respeito com o que já havia sido deliberado pelo gestor público aos seus administrados:

ENUNCIADO Nº 13

Nas ações de saúde que pleiteiam o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde – SUS, com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente, alternativas terapêuticas e competência do ente federado, quando aplicável.

[...]

ENUNCIADO Nº 76

A decisão judicial sobre fornecimento de medicamentos e serviços de saúde deverá, à vista do contido nos autos, trazer fundamentação sobre as suas consequências práticas, considerando os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas (arts. 20 a 22 da LINDB), não podendo fundar-se apenas em valores jurídicos abstratos (art. 20 da LINDB).

[...]

ENUNCIADO Nº 88

A indicação do profissional ou prestador de serviço na área da saúde, em princípio, deve sempre observar a política pública e a determinação pelo gestor do Sistema Único de Saúde – SUS, inexistindo o direito subjetivo à escolha da instituição e do médico pelo paciente (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, [200-], p. 4-19).

Igualmente, servem à atuação do Poder Judiciário com o intuito de assegurar os direitos subjetivos dos cidadãos:

ENUNCIADO Nº 11

Nos casos em que o pedido em ação judicial seja de medicamento, produto ou procedimento já previsto nas listas oficiais do SUS ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), o Poder Judiciário determinará a inclusão do demandante em serviço ou programa já existentes no Sistema Único de Saúde – SUS, para o fim de acompanhamento e controle clínico.

[...]

ENUNCIADO Nº 81

Caso o magistrado vislumbre a existência de considerável número de demandas individuais acerca de uma mesma matéria relativa ao direito de acesso à saúde pública, capaz de demonstrar uma ineficiência específica de atendimento, comunicará o fato ao gestor e aos conselhos de saúde para adoção de providências, bem como a Defensoria Pública, o Ministério Público e os Comitês Executivos Estaduais/Distrital de Saúde.

[...]

ENUNCIADO Nº 94

Até que possa ser concluído o processo da compra de medicamentos ou produtos deferidos por decisão judicial para regular fornecimento, o magistrado poderá determinar à parte ré o depósito judicial de valores que permitam à parte autora a aquisição, sob pena do sequestro de verbas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, [200-], p. 3-20).

O equilíbrio entre judicialização e gestão pública é imprescindível, porque há cidadãos afetados nas duas perspectivas. É frustrante aprovar a construção de um posto de saúde em orçamento participativo municipal para depois essa política pública ser adiada devido ao grande número de judicializações. Ainda que se reconheça a existência dos direitos subjetivos dos demandantes – principalmente ante a omissão legislativa dos parlamentares eleitos, que são os responsáveis por aprovar as distribuições orçamentárias –, a decisão judicial causa inegável impacto na gestão pública. Um equívoco na ação do Poder Legislativo ao votar as questões orçamentárias pode gerar a demanda judicial, a qual afetará diretamente os Poderes Executivos locais, já que a maioria das ações são em áreas que a CRFB municipalizou: saúde e educação.

Além da perda de conexão eleitoral entre o que decidem os parlamentares – notadamente quanto ao orçamento público – e o que pretendiam os cidadãos que os elegeram, esse cenário evidencia outro problema: a inadequada distribuição tributária. Como o modelo de gestão pública é descentralizado, o mais adequado seria descentralizar parte da arrecadação tributária para que os municípios pudessem gerir as políticas públicas necessárias e, com isso, reduzir o número de pedidos judiciais. O controle do orçamento especialmente pelo Legislativo nacional e a

centralização da distribuição da arrecadação tributária por ente federal contribuem para a judicialização e, às vezes, para o não atendimento de direitos mesmo por essa via, uma vez que não adianta vencer o processo se o poder local não tiver orçamento para atender ao magistrado.

A estrutura da arrecadação tributária não funciona para o modelo municipalizado de saúde e educação que se tem hoje, assim como a falta de conexão do que decidem os parlamentares sobre como deverá ser gasto o orçamento público. Não há genuína legitimidade, haja vista a pauta de cortes e o congelamento de gastos sociais promovidos entre 2017 e 2018 que afetarão, durante vinte anos, as políticas públicas no setor em todo o Brasil, as quais foram votadas e aprovadas no Congresso Nacional a despeito do que queria a população brasileira. Então, visto que os membros do Poder Legislativo não têm mantido sua vinculação com os cidadãos que os elegeram e que a União insiste em concentrar a arrecadação tributária, gera-se um contexto de troca de favores para manter o *status quo*, não obstante ele seja pouco razoável para reduzir a judicialização, já que essa estrutura reverbera e aumenta os problemas sociais.

5 Considerações finais

Conclui-se que a inadequada conexão entre eleitos e eleitores no Congresso Nacional nos últimos anos resultou na prolongada omissão parlamentar em regulamentar o MI, do que resultou a maior dificuldade da população para responsabilizar os seus mandatários políticos quanto ao seu dever de zelar pelos direitos fundamentais dos cidadãos, como previsto na CRFB. Esse fenômeno de desrespeito contínuo do Poder Legislativo para com a sociedade é um traço histórico nacional, mas encontrou resistência, nos últimos anos, tanto na sociedade civil quanto na judicialização de questões políticas como instrumento de efetivação das prerrogativas democráticas. Como o MI permite que os representantes e os agentes políticos omissos sejam responsabilizados, tem-se agora maior segurança jurídica com a regulamentação de seu rito procedimental, o que é extremamente relevante para proteger a cidadania no Estado Democrático de Direito.

Ainda é preciso vigilância sobre a aplicação desse remédio constitucional, dada a tendência nas últimas décadas ao descaso parlamentar para com ele, indicando claramente uma forma de discurso de poder de elites legislativas, a qual funcionou por muito tempo a favor da exclusão da acessibilidade do cidadão à proteção oferecida por essa importante garantia constitucional. Não basta, portanto, que haja a previsão nor-

mativa do rito para se ter segurança jurídica e amparo democrático: é fulcral que se continue a vigiar e transformar a qualidade da representação política no Congresso Nacional, pois os legisladores são importantes atores na relação entre Estado e população.

Nesse cenário, a judicialização tem sido uma resposta ao problema da falta de acesso a direitos, mas também o Poder Judiciário pode servir de obstáculo ao acesso à Justiça quando atua politicamente, e não como órgão estruturante de direitos olvidados, papel a ele atribuído pela CRFB, uma vez que o excesso de decisões judiciais pode afetar o orçamento e o planejamento do gestor público. Com esse intuito, a Lei nº 13.655/2018 estabeleceu alguns importantes limites. Entretanto, a solução do problema é paliativa. As causas precisam ser combatidas e a estrutura vigente que decide sobre orçamento e arrecadação tributária precisa ser redefinida para que os recursos públicos possam alcançar os gestores que efetivamente precisam deles na consecução das políticas públicas. A centralização federal dificulta o cumprimento das metas sociais que foram municipalizadas em 1988 e também ofende o pacto federativo, que é uma cláusula pétrea constitucional, já que os municípios receberam excessivos encargos sem a fonte financeira necessária para geri-los. Isso causa insuficiência no atendimento local e, conseqüentemente, aumento da judicialização.

Logo, a discussão sobre o papel do Poder Judiciário quanto às decisões relativas às políticas públicas deve perpassar o questionamento da atual estrutura de federalismo, que sobrecarrega os municípios. Refletir sobre a judicialização apenas sob o enfoque do princípio da separação dos Poderes é simplificar muito a questão, além de não enfrentar os reais problemas e as causas do seu surgimento: a baixa conexão eleitoral, que prejudica a qualidade social das votações orçamentárias pelos parlamentares por ausência de compromisso efetivo com as demandas cidadãs e a centralização de recursos na União, visto que os mais demandados judicialmente são os municípios, por lhes ter sido atribuído maior encargo nos temas objetos de ações judiciais – educação e saúde, com mais frequência. A regulamentação tardia do MI é prova desse descaso e do distanciamento entre o Poder Legislativo e os cidadãos, o que é preciso mudar para que se tenha um País desenvolvido e igualitário.

Sobre a autora

Luciana Cristina de Souza é doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professora de Direito Constitucional da

Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil; professora da Faculdade de Políticas Públicas da Universidade do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; pesquisadora com fomento da Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (Fapemig) e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). E-mail: dralucianacsouza@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

SOUZA, Luciana Cristina de. Mandado de injunção como instrumento de acesso a direitos e a Lei nº 13.655/2018. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 224, p. 187-204, out./dez. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p187

(APA)

Souza, L. C. de (2019). Mandado de injunção como instrumento de acesso a direitos e a Lei nº 13.655/2018. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(224), 187-204. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p187

Referências

AVRITZER, Leonardo. *Democracy and the public space in Latin America*. Princeton, NJ: Princeton University Press, c2002.

_____. *Impasses da democracia no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

_____. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

_____. *Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016*. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

_____. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, 2018b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Injunção nº 107-3/DF*. Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não. Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º [...]. Requerente: José Emídio Teixeira Lima. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves, 23

de novembro de 1989. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>. Acesso em: 19 jul. 2019.

CHADDAD, Maria Cecília Cury. *A efetividade das normas constitucionais através do mandado de injunção: o controle da omissão parcial*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Enunciados da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça*. [Brasília, DF]: CNJ, [200-]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2019.

FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo. Por outros meios: as decisões judiciais como continuidade da política na jurisprudência do Supremo sobre o mandado de injunção. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v. 49, n. 2, p. 181-243, jul./out. 2018. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/revcienso/article/view/30939>. Acesso em: 19 jul. 2019.

INTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Estado, instituições e democracia: democracia*. Brasília, DF: Ipea, 2010. (Série Eixos Estratégicos do Desenvolvimento Brasileiro, v. 2). Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro09_estadoinstituicoes_vol2.pdf. Acesso em: 19 jul. 2019.

MANEIRO, Renata de Marins Jaber; CRUZ, Eugeniusz Costa Lopes da. Constitucionalismo democrático e litígio estratégico: o caso do Mandado de Injunção nº 4.733. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 289-311, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/1644/2126>. Acesso em: 19 jul. 2019.

PIOVESAN, Flávia; CHADDAD, Maria Cecília Cury. Efeitos da decisão em mandado de injunção. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (org.). *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 441-460. (Série IDP).

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Luciana Cristina de. Peso político das decisões judiciais estruturantes: o Poder Judiciário como agente para implementação de políticas públicas. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; SAMPAIO, José Adércio Leite; KOKKE, Marcelo; ENRÍQUEZ, Igor de Carvalho (org.). *Precedentes judiciais, judicialização da política e ativismo judicial: anais do II Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política*. Belo Horizonte: Initia Via, 2016. v. 3, p. 18-31.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. DOI: <https://doi.org/10.18593/ejll.v17i3.12206>. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206/pdf>. Acesso em: 19 jul. 2019.

A comparative analysis of the attempts to enforce the Ecuadorian decision in the Chevron case

Multinationals and impunity

GABRIELA CRISTINA BRAGA NAVARRO

Abstract: This article analyses comparatively the enforcement procedures of the Ecuadorian judgment in the famous Chevron case, related to environmental damages caused by oil drilling in Ecuador. Enforcement of the judgment was analysed in several American countries, such as the United States, Canada, Argentina and Brazil. The central problem of the article is how private international law can assure the enforcement of a foreign decision related to human rights against a multinational business conglomerate. Central arguments used on the enforcement decisions were legal separateness of subsidiaries and public order exception. Some procedures are still pending final decision. The methodology used includes a bibliographical and documental review, mainly upon legislations and court decisions. The article concludes that the Chevron case may indicate that the current doctrine in private international law does not offer adequate instruments to make multinational conglomerates accountable for human rights violations.

Keywords: Chevron case. Comparative analysis. Enforcement procedures. Environmental law. Extraterritorial validity of foreign decisions.

Uma análise comparada das tentativas de execução da sentença equatoriana no caso Chevron: multinacionais e impunidade

Resumo: Este artigo analisa comparativamente os procedimentos de execução do julgamento equatoriano do famoso caso Chevron, relacionado a danos ambientais causados por exploração de petróleo no Equador. A execução do julgamento foi analisada em diversos países americanos: Estados Unidos, Canadá, Argentina e Brasil. O problema central do artigo é como o direito internacional privado pode assegurar a execução

Recebido em 10/7/19
Aprovado em 12/8/19

de uma decisão estrangeira relacionada a direitos humanos contra um conglomerado multinacional. Os argumentos centrais usados nas decisões de execução foram a desconsideração da personalidade jurídica das subsidiárias e a exceção de ordem pública. Alguns procedimentos ainda estão pendentes de decisão final. A metodologia utilizada foi revisão bibliográfica e documental, principalmente referente a fontes primárias (legislações e decisões judiciais). O artigo conclui que o caso Chevron parece indicar que as teorias vigentes em direito internacional privado não oferecem instrumentos adequados para tornar conglomerados internacionais responsáveis por violações de direitos humanos.

Palavras-chave: Caso Chevron. Análise comparativa. Procedimento de execução. Direito ambiental. Validade extraterritorial de sentenças estrangeiras.

Introduction

The purpose of the present paper is to carry out a comparative analysis of the judicial procedures that aim to enforce the Ecuadorian judgment from the Chevron case in various countries. The Chevron case is probably the biggest example of challenges that private international law must face in order to make itself adequate enough to work within the new order of globalization, contributing to the implementation of human rights.

Due to deforestation and the dumping of crude oil in the environment, which was perpetuated in the Ecuadorian Amazon forest throughout several years, Chevron was sued in Ecuador by indigenous peoples and citizens who demanded compensation for health and environmental damages. The lawsuit culminated up to nine billion dollars in compensation, but since Chevron no longer had assets in Ecuador, the plaintiffs sought to enforce judgment in various countries throughout the Americas: USA, Canada, Argentina and Brazil.

The case presents a huge complexity, as it deals with several procedures that have been developed in multiples forums for over thirty years: at least five national courts, an international arbitration tribunal, the International Criminal Court and the Inter-American Commission on Human Rights. The numbers involved in the case are also significant: Chevron has US\$ 260.1 billion in total assets, exploiting 2.6 million barrels of oil on a daily basis, in contrast to an Ecuadorian Gross Domestic product of US\$ 97.8 billion. While the company itself has two thousand highly qualified

lawyers from over sixty law firms from all around the world, the plaintiffs are represented by *pro bono* lawyers, along with the support of non-governmental organizations.

The case also involves a thrilling script that includes accusations of corruption, bribery, ghostwriters of judgment, death threats and criminal organizations. In 2009, a spokesperson from Chevron affirmed that they would “fight this case until hell freezes over and then fight it on the ice”, demonstrating no intention to seek an amicable agreement.

In the field of private international law, the case asserts the challenge of how to effectively protect human rights in a transnational setting and how private international law can offer a fair solution for the violations of rights perpetrated by multinational companies. Until the present moment¹, all the attempts to enforce the Ecuadorian judgment by private international law have failed.

The methodological approach taken in this study is based mainly upon primary sources (such as legislations, judicial decisions and opinions) that were obtained at official government websites. For a complementary point of view, and in order to ensure the actuality of the research, secondary sources, such as scientific articles and news stories, were also used. The data was analysed qualitatively and descriptively.

As a theoretical framework, this paper follows the proposition offered by Horatia Muir Watt in the field of private international law. The author considers that the “schmis of private international law”, which is built upon the principle of party autonomy and sovereignty, needs to be overcome in order to join the wider debate on the future of law beyond the state.

The paper has been organized in three sections. First, it offers a brief overview of Watt’s position in the field. Next, the paper offers a summary of the Chevron case, analysing the Ecuadorian judgment and its developments. Afterwards, the paper examines each enforcement judgment in the following countries: the United States, Canada, Brazil and Argentina.

In conclusion, the paper aims to assert that the comparative analyses of the procedures and of the rules that have been applied demonstrate the insufficiency of contemporary private international law to deal with the protection of human rights in the analysed case, above all considering the huge gap between the resources of the parties involved. The study suggests, in accordance with the framework established by Watt, that the central doctrines of this field of the law, such as *forum non conveniens*, public order and conflicts of laws, may be re-evaluated in order to deal with fundamental rights.

1 Theoretical framework: rethinking private international law

Private international law, as sustained in the division of law and politics and in the schism between public and private, has developed a narrow vision over the years, which ignores the respect for human rights and generates immunity within the private sphere (WATT, 2011, p. 347-428). These developments are aggravated when accompanied by the rise of new sources of authority and normativity beyond nation states, leading to the emergence of post-national regimes of regulation (WATT, 2011, p. 352). In this scenario, “the private international law field appears to be directing its attention to much narrower, and indeed highly technical, issues, with little awareness of or interest in their governance implications” (WATT, 2011, p. 354).

¹ This article was closed in May 2019.

Private international law as it is known today arose in the nineteenth century in the shadow of public law laid out in the Westphalian model of the international legal order. In the periphery of the relationships between sovereign states, private law ensured that utilitarian regulation for the conflict of laws was to be considered neutral, apolitical and far from any social conflict (WATT, 2016).

In this model, the principle of party autonomy provides support for the fiction of an autonomous private legal order. The principle has led to a transformation of the national public regulation into a disposable good, reinforcing the autonomy of corporations with respect to human rights violations (WATT, 2017).

Watt (2011, p. 382) presents the implications of such tunnel vision in the field: (a) a lack of any adequate theory of conflict; (b) inadequate mapping of global political economy; (c) structural bias that creates obstacles for the enhancement of global good; (d) insufficient attention to private rule-making; and (e) the lack of a sense of systemic linkages.

In order to build a planetary function of private international law, Watt considers it essential to quarry the fundamental rights in cases of abuse by private actors. The methodological tools for resolving conflicts in human rights and private international law can be considered in all three channels which fundamental rights claim to regulate: vertically, horizontally and diagonally. As a possible solution, the author proposes redefining the field of private, identifying public elements in the private actor's activities. Another possibility presented is to recognize the responsibility of the state with regards to the violation perpetrated by private actors (WATT, 2011, p. 395-405).

The second step in that purpose is related to re-shaping pluralism. The emergence of authorities and regulations beyond the state, as

featured by non-democratic means and a lack of transparency, sheds light on issues related to legitimacy. As a possible solution, the author proposes "tak[ing] the 'private' seriously", which means ensuring that expressions of sovereignty beyond the state "gives rise to adequate reparation when it is harmful, and is conversely held to respect the reliance of third parties" (WATT, 2011, p. 405-409).

The third and last step listed by Watt is to re-embed the Global, promoting a progressive integration of human rights into the private international law methodology, using "jurisdictional and conflict of laws to give voice to affected communities, and simultaneously forces non-state actors to 'jurisdictional touchdown' by extending their social and environmental responsibility to match their sphere of influence" (WATT, 2011, p. 422).

These steps are fundamental in ensuring that interests beyond the state in the global scene comply with fundamental rights, working towards the overall planetary good. The change may seem ambitious; however, it can start by simply acknowledging the insufficiency of the contemporary private international rules and doctrines, pointing out their incongruities and deficiencies.

The Chevron case, which is partially presented in this paper, offers a unique opportunity for a comparative analysis of private international law in various countries, demonstrating the lack of governance present in the field that has led to the impunity of private actors with regards to significant violations of fundamental rights.

2 Brief presentation of the case

The Chevron case in Ecuador concerns a series of claims related to petroleum concession in Ecuador. It represents a complex case, as it

involves several impacts on the environment with multiples victims, claims in several Americans countries, arbitration claims and international treaties. As Whytock (2012, p. 428) states, “the case illustrates, in highly concentrated and dramatic form, a more general trend toward increasing complexity in transnational dispute resolution – inter-state, inter-systemic, and doctrinal”.

Texaco-Gulf operated in Ecuador between 1964 and 1992. During this period, Texaco deliberately spilt an estimated 19.3 billion gallons of crude oil into the environment, contaminating multiples rivers and streams that served as water sources and fisheries (KIMERLING, 2006, p. 450).

The pollution, containing high levels of benzene, PAH and heavy metals, caused serious impacts to human health (miscarriages, malnutrition, cancer, among others) and to the environment (water pollution and animal deaths). In addition, the actions of Texaco in the area led to severe conflicts with multiple indigenous peoples (such as the Kichwa, the Huaorani and the Taegeri) (KIMERLING, 2006, p. 460-466).

The international norm directly concerning this case is a Bilateral Investment Treaty (BIT), which was celebrated in 1993 between the USA and Ecuador in relation to the protection of Texaco’s investments in Ecuador (PIGRAU, 2014, p. 6-7).

Between 1991 and 1993, Texaco filed seven claims in Ecuador concerning non-compliance with the concession’s contract. In 2006, the Texaco Company went to arbitration against Ecuador for alleged denial-of-justice violations, since those seven claims had not been taken up. The arbitration tribunal declared in 2010 that a denial of justice had occurred and awarded Texaco-Chevron approximately 96 million dollars (PIGRAU, 2014, p. 8).

Meanwhile, a class action lawsuit was presented before the New York Federal Court in 1993 representing 30 thousand Ecuadorian citizens, which claimed for reparations derived from human rights violations. In 2002, after several rulings and several procedural occurrences, the doctrine of *forum non conveniens* was applied, and Texaco was forced to accept Ecuador’s jurisdiction and also that any judicial decision from Ecuadorian courts could be executed against Texaco in the U.S. (UNITED STATES, 2002).

At the same time that these claims were established, Texaco celebrated an agreement with the Ecuadorian government, agreeing to perform environmental recovery work in exchange for their release from Ecuador’s claims. In September 1998, according to Texaco, the work had been completed, releasing the corporation and its successors from any further responsibility or claims, in a document named “Final Release”². However,

²The mentioned “Final Release” affirms that “in accordance with that agreed in the [1995 Settlement Agreement] the Government and PetroEcuador proceed to release, absolve and discharge forever from any liability and claims by the Government of the Republic of Ecuador, PetroEcuador and its Affiliates, for items related to the obligations

the plaintiffs alleged that the remediation was inadequate, representing only “cosmetic changes” (PATEL, 2012, p. 81).

Afterwards, in 2003, some of the victims³ filed a class action against Texaco in Ecuador in the Lago Agrio Court of Justice, in Ecuador. At this point, Texaco had been acquired by Chevron. For more than eight years, the proceedings have been plagued by procedural incidents and denials of illegal activities, which even included corruption accusations.⁴ A central element in the corruption argument was related to a scientific report prepared by Richard Cabrera, which was presented to the court during the trial. Chevron alleged that Cabrera was not impartial, presenting evidence of a relation between the expert and the plaintiffs (PATEL, 2012, p. 90-92).

In 2011, the decision was announced in favour of the claimants, ordering Chevron to pay almost twenty billion dollars both for reparative damages and as punishment. The company was also ordered to provide a public apology to the plaintiffs (ECUADOR, 2011). The decision was entirely confirmed by the “Corte Provincial de Justicia de Sucumbios” in 2012 (ECUADOR, 2012), but partially modified by the “Corte Nacional de Justicia” in 2013, which withdrew the punishment compensation, decreasing the judgment to almost ten billion dollars (ECUADOR, 2013). The final decision was issued in June 2018, denying an extraordinary demand of protection (*acción extraordinaria de protección*) proposed by Chevron Corporation. The final decision approaches several critical issues for environmental law in a very forward looking manner, contributing for the evolution of the field. Some points mentioned are: recognition of a collective right to environment, retroactive application of the environmental law, application of the principle *in dubio pro natura*, among others (ECUADOR, 2018).

In 2009, Chevron filed a demand in the Permanent Court of Arbitration in The Hague (GIORGETTI, 2013; HART, 2016), aiming to stop the procedures and the enforcement of the Ecuadorian decision. The final decision was issued in 2016 and ordered Ecuador to suspend any execution proposed against Chevron. The decision was based on the Investment

assumed by TexPet in the aforementioned Contract, which has been fully performed by TexPet, within the framework of that agreed with the Government and PetroEcuador” (THE HAGUE, 2016, p. 4).

³The action was filed by forty-six of the Aguinda plaintiffs and two additional plaintiffs. Many indigenous communities were not a party in the action and complained about the appropriation of their name without consent and about the exclusion from decision-making in matters that could affect their legal rights (KIMERLING, 2006, p. 629).

⁴In 2008, between the proposition of the action and its judgment, it was ratified in Ecuador a new Constitution that enshrined the rights of nature – the first of its kind in the world. The innovation clearly reflects a commitment to environmental protection, even by judicial means. This breakthrough probably played an important role in the final judgment (CELY, 2014, p. 353-358).

Treaty celebrated in 1993 and the agreement related to environmental damages celebrated in 1998. The Arbitration Court declared that Ecuador violated the Agreements when the enforcement procedures in Brazil, Argentina and Canada were commenced. Even though the Final Release was celebrated between Ecuador State and Texaco, the arbitration decision recognized its effects for third parties, the Lago Agrio plaintiffs, which were not even heard in the arbitration procedure. The decision was also criticized by Linares Rodríguez (2012), meanly considering that the arbitration and the Ecuadorian procedures have distinct parties, claims and *causa petendi*, which lack any hierarchical position between them. According to the author, “the arbitral decision presents an unfeasible juridical justification” (LINARES RODRÍGUEZ, 2012, p. 592). The arbitral decision was contested before the Supreme Court of Netherlands, which in April 2019 ruled in favour of Chevron, denying the request to annul the arbitration.

The plaintiffs of the Case Lago Agrio commenced actions related to the Ecuadorian judgment in two international Courts. In the International Criminal Court, the complaint was proposed against Chevron’s CEO and other high-ranking officials for committing a crime against humanity (CRASSON, 2017; LAMBERT, 2017). Even though the Court has demonstrated a tendency to accept environmental damage as a crime, the complaint was not accepted as the facts happened prior to the temporal limitation of the Court in July 2002.

The lawyers of the plaintiffs also filed a petition in the Inter-American Commission on Human Rights, with which they demanded protection for themselves, considering threats that they received and a burglary that took place in one of their law offices.

As Chevron Corporation no longer had any assets in Ecuador, the Lago Agrio plaintiffs were forced to seek out the implementation of the judgment in other countries where the transnational company had assets. Chevron Corporation only has assets in United States, but its subsidiaries have assets in multiples countries. Until the present moment, enforcement actions were commenced in United States, Canada, Argentina and Brazil.

3 Judgment enforcement in the United States of America

Chevron U.S.A. Inc., a subsidiary of Chevron Corporation, is the second largest energy company in the United States, headquartered in California and producing mainly crude oil and natural gas. The total production in this country is equivalent of twenty seven per cent of the corporation’s worldwide production, what demonstrate the extensive importance of operations in such country (CHEVRON, c2019, p. 3).

In the United States, most states adopt the Uniform Foreign Money-Judgment Recognition Act (UFMJRA) of 1962 and its revised version of 2005, regulating the recognition and enforcement of foreign decisions in the U.S.A. (UNITED STATES, 2011a). The acts maintain most of requirements settled in the seminal U.S. Supreme Court case *Hilton vs. Guyot* (KHATAM, 2017, p. 249). Although such regulations foresee the validation of foreign decisions just like it would a decision from another state, it stipulates some exceptions: offense to public policy, disobeying due process of law, partial tribunal or judgments, etc. (PATEL, 2012, p. 85).

In the present case, the decisions related to enforcement in the U.S. are a result of a civil lawsuit proposed by Chevron Corporation, in contrast to the attempts of enforcement in other countries, which were commenced by the plaintiffs in the *Lago Agrio* judgment.

Upon the decision in the Ecuadorian courts, Chevron commenced a suit in the U.S. District Court of New York under the RICO (Racketeer Influence and Corruption Organizations) Law against the lawyer of the plaintiffs, Steven R. Donziger. The thesis was that the Ecuadorian lawyers acted as part of a criminal organization, extorting the company by means of bribery, corruption and fraud. On February 2011, the judge decided to apply a temporary restraining order, blocking the Ecuadorian claimants and their attorneys from requesting execution of the Ecuadorian judgment (UNITED STATES, 2011b). The decision was reformed in September 2011 by the Second Circuit Court of Appeals by alleging that the U.S. could not deny applicability of the Ecuadorian judgment, as the company itself had at first alleged a lack of authority on behalf of the U.S. Courts for the judgment (UNITED STATES, 2011b).

After several procedural decisions, the trial took place between October and November 2013. The decision was put forth in March 2014 in favour of Chevron's demand, prohibiting the defendants from seeking to enforce the Ecuadorian judgment in the United States. The Second District Court of Appeals confirmed the decision in August 2016 (UNITED STATES, 2014).

The decision points out multiples criminal elements in the Ecuadorian judgment, such as the bribery of judges and judicial officials, coercion, ghostwriting of the judgment (which was supposedly written by the plaintiffs), extortion, money laundering, obstruction of justice, witness tampering and racketeering. The decision applies the RICO Law regardless of whether or not the defendant is associated with organized crime, accompanying the precedence of the Supreme Court.

In conclusion, the decision affirms: "the saga of the *Lago Agrio* case is sad. It is distressing that the course of justice was perverted. The LAPs received the zealous representation they wanted, but it is sad that it was not always characterized by honour and honesty as well" (UNITED

STATES, 2014, p. 484). For the judge, it is not a matter of whether the pollution occurred or not, or who is responsible, but instead whether the decision was a fruit of crime.

On June 2017, in a very swift decision, the Supreme Court denied the Certiorari demanded by the plaintiffs.

The decisions are completely innovative, applying a law that was intended to prevent criminal organizations from avoiding the enforcement of foreign decisions. As stated,

the Second Circuit refashioned a statute designed to combat organized crime into a tool for preemptively challenging corrupt foreign judgments in federal court. Although the court's application of RICO may prove narrow in practice, its resourceful approach presents a potential model for paving federal inroads into state judgment recognition law (CHEVRON..., 2016, p. 746).

In similar stance, according to Khatam (2017, p. 273), both the Chevron strategy and the final decision were considered extraordinary, as it was an innovative mechanism to block enforcement of a foreign decision in the U.S. in cases of intrinsic fraud. In addition, it represents an inventive precedent to account U.S. lawyers for attorney misconduct and ethics violation for acts committed abroad.

4 Judgment enforcement in Argentina

Chevron's operation in Argentina has been underway since the eighties through its subsidiary, Chevron Argentina S.R.L. and is related to the extraction of crude oil and natural gas (ARGENTINA, c2001-2019).

The most important regulations in the field of foreign judgments in Argentina is the Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards and the Inter-American Convention on Execution of Preventive Measures (CIDIP II, Montevideo, 1979), both ratified by the country in 1983 (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, c2014a, c2014b).

In the domestic Argentinian law, the procedure is established in the Code of Civil and Commercial Procedures (CPCCN) in articles 515 to 517 (ARGENTINA, [2019]). The domestic law fixes its application only when there are no international agreements recognized. In addition, according to the Argentinian Constitution, international conventions have a superior hierarchical position in the legal framework (ARGENTINA, [1995]) even though the requirements in the domestic law are very similar to those in the Inter-American Convention.

It is essential to distinguish two similar procedures related to international judgments in Argentina: precautionary measures and *exequatur*, both of which were moved by the Lago Agrio plaintiffs in Argentina. Whereas the first has a decision of the Superior with force of *res judicata*, the second is in First Instance pending final judgment.

The precautionary measure intends to protect the property until the final execution and its acceptance or dismissal does not affect the analysis of the *exequatur*. The national judge that receives the precautionary measure (J2) has jurisdiction to apply the measure or adapt it to major effectivity, while the foreign judge who proclaims the measure (J1) is the only one with jurisdiction to analyse the suitability of the case. In other words, the applying judge (J1) is the only one jurisdiction to declare the accomplishment of the measure (art. 3-4) (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, c2014a). It is possible to apply the exception of public order when the judgment offends central principles of the country where the homologation is required (art. 12) (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, c2014b).

The precautionary procedure had the first decision in November 2012, when the First Instance judge ordered the embargo of 40% of the company's assets, both current and future. The judge applied the CIDIP II – preventive measures and, by analogy, the Argentinian Procedure Code. Analysing the arguments related to the extent of the pronounced judgment, the judge denied its jurisdiction to reconsider, affirming the exclusive jurisdiction of the Ecuadorian judge (ARGENTINA, 2012).

The judge also stated that the Argentinian subsidiary is not a different juridical person from Chevron Corporation, as there was evidence that 100% of the subsidiary's stock packet belonged to Chevron Corporation (ARGENTINA, 2012).

This decision is partially reaffirmed by the Cámara Civil de FERIA in December 2012, which reaffirms the unity between the Argentinian subsidiary and Chevron Corporation. The decision was only modified in terms of embargo on the incoming payments from third party (ARGENTINA, 2013a).

Chevron offered an appeal to the Supreme Court and the General Prosecutor (PGN) presented a nonbinding opinion in which she defends the urge for the judgment's reformation, as the concession of the precautionary measure could affect the energy policy and the country's economic development, causing irreparable damages within the Argentinian society and economy. In addition, it is argued that, as the Argentinian subsidiaries were not a party in the Ecuadorian process, having not been summoned and having not been offered a defence, the concession of the precautionary measure would violate the public order. Another argument mentioned is that most of the international conventions in the field of enforcement of international judgments establishes the right to a defence, mentioning various examples. The incongruence here is that the convention applied during this occasion is not one of them, which means that the requirement was not established.

The decision of the Supreme Court in June 2013 follows the argumentation of the PGN (ARGENTINA, 2013b). The Argentinian companies are considered third parties, which should have been summoned by the Ecuadorian judge. Because it did not happen, it is considered a violation of the public order and shall not be accepted. In the Ecuadorian decision, the judge applies the disregard doctrine to apply the effects of the decision against the Chevron Corporation to the Argentinian subsidiaries. The Supreme Court judgment reviews this decision according to the Argentinian law, in a clear offense to the CIDIP II – precautionary measures (art. 3 and 4)

(ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, c2014a; ARGENTINA, 2013b).

The decision was not unanimous, as Judge Fayt presented a separated opinion. Fayt affirmed that the concession of a precautionary measure *inaudita altera pars* is not an offense to the Argentinian public order, as the Procedure Code has a similar provision. In addition, he reaffirms the jurisdiction of the Ecuadorian judge to the analysis of the adequacy of the measure (ARGENTINA, 2013b).

The decision of the Supreme Court was criticized as a lack of cooperation in the Inter-American System and as having been politically influenced by the economic agreements between Argentina and Chevron, both occurring throughout the vague concept of “public order”.

Although in the Argentinian Law there is not a definition of the term, the clarification is essential as a way to prevent the use of its vagueness for political purposes. Martín Paiva (2014, p. 1) defines public order by affirming that no alien element violates the internal public order when there is a similar rule in the domestic legislation. The Argentinian law previews the admissibility of concession of the precautionary measure *inaudita altera pars*, leading to the conclusion that in the case under review there was not a violation of public order (LINARES RODRÍGUEZ, 2012, p. 600-601).

The influence of political and economic factors may have been important for the final decision. Linares Rodríguez (2012, p. 600-601) affirms that there was influence from multiples political elements, as Chevron was in the moment the only private oil company interested in exploiting oil in Argentina. In addition, Chevron directors have made public declarations that the investments in Argentina would only be sustained if the precautionary measures were suspended. Naturally, this tension generated pressure from the government to suspend the

precautionary measures. Similar analysis is presented by Corti Varela (2012, p. 204).

In December 2013, the plaintiffs filed an *exequatur* (enforcement procedure) in the National Court. The regulation that was applied to the procedure was the Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards (art. 2-3) (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, c2014b), since the procedure code and the constitution stipulate the application of the conventions, as mentioned above. The requirements established in the convention can be separated into two blocks: procedural elements, subdivided into requirements before the judgment is rendered and requirements to be fulfilled in the country where the judgment is to take effect, and merit elements.

In the first block, the following requirements, all according to the law where the judgment was rendered, are established: a) fulfilment of all the formal requirements in the judicial process; b) opportunity to present a defence; and c) the judgment must be final or, where appropriate, apply *res judicata*.

The second block is composed of the following requirements, all according to the law where the judgment is to take effect: a) translation and notarization of all documents into the official language of the state in which they are to take effect; b) jurisdiction of the judge or tribunal rendering the judgment; and c) summoning of the parties.

The merit requirement is composed of a single requirement: the judgment cannot be manifestly contrary to the principles and laws of the public policy (order public) of the state in which recognition or execution is sought.

Both parties presented replicas and the public prosecutor presented a non-binding opinion on April 2016 recommending the rejection of the suit.

The first instance decision was issued in October 2017 denying the homologation in ground of lack of jurisdiction. According to the judge, María Viano, article 5º of the Argentinian Procedural Code establishes that the jurisdiction is set by the domicile of the defendant, mentioning precedents in *exequatur* procedures. Subsequently, the Judge mentioned the Argentinian Supreme Court decision regarding procedural measures in the same case, which established that the Argentinian subsidiaries are distinct personalities from Chevron Corporation, with distinct assets. Therefore, the Judge concluded that “there is no direct connection of the case with the local court and thus it does not justify the formal opening of this jurisdiction, since the jurisdiction for the *exequatur* should be to the judges of the country in whose territory there are enforceable assets” (ARGENTINA, 2017, p. 16, our translation).

The judge also declared that when the procedure was issued, the Ecuadorian decision did not had force of *res judicata*, failing to comply with CIDIP – II, article 2º, G and CDPCC, article 517, 1º. The *exequatur* was proposed with the decision of first instance from Ecuador, which was modified later by the *Corte Nacional de Justicia* in Ecuador (ARGENTINA, 2017).

The plaintiffs’ lawyers lodged an appeal against the judgement alleging that Chevron Corporation had assets in Argentina by means of its subsidiaries, justifying, therefore, the jurisdiction of the Argentinian Court. The appeal was judged by the *Camara Civil de Apelaciones* in July 2018, accompanying a nonbinding opinion presented by the prosecutor’s office in June 2018 (ARGENTINA, 2018). The three-judge panel unanimously dismissed the appeal. They affirmed that it is within the jurisdiction of the domestic judge to analyse its own jurisdiction for validation of a decision from an international judge and, in order to do so, they should analyse if the subject and the object of the demand are under its circumscription, according to the domestic law. Consequently, it was considered that the decision issued by first instance judge had no error and should be maintained, as there was no connection point between the case and the domestic jurisdiction. The judges concluded, “[t]here are no attachable assets in this country that serve as a point of connection that would allow the local forum to exercise jurisdiction” (ARGENTINA, 2018, p. 7).

There is no mention in the judgment to the decisions from Brazil, Canada and United States. In addition, the decision did not approach the intricate arguments related to public order, fraud and corruption. Instead, the central argument is a formal requirement based upon the previous decision from the Supreme Court of Argentina, which reinforce the authority of the decision within the country (ARGENTINA, 2018).

The decision in the *exequatur* procedure demonstrates a trend in the use of formal or procedural arguments to deny recognition of foreign sentences, as well as the avoidance of polemic topics. The absence of mention to other foreign courts related to the case may demonstrate a lack of cooperation within courts. The decision presents very similar arguments from the ones used in the Canadian and Brazilian decisions and could, therefore, reinforce itself by dialoguing with other judges.

The plaintiffs appealed to the Supreme Court (*Corte Suprema de Justicia de la Nación*) and it is still pending a final decision.

5 Judgment enforcement in Canada

Chevron has operated in Canada for over eighty years through its subsidiaries Chevron Canada Limited and Chevron Canada Resources.

According to the Canadian Constitution (CANADA, [2019a]), the jurisdiction to enforce foreign judgments belongs to the provincial jurisdiction, specifically the province in which the debtor has assets, as well as to the superior court. Canada is under the common law system in which each province has its own procedure, although they are very similar (KOEHNEN; KLEIN, 2010, p. 1). According to the jurisprudence of the Supreme Court (cases Van Breda, Monguard, Beals and Pro-Swing), there are some requirements that can be demanded: 1) the foreign court had a real and substantial connection with the litigants or with the matter of dispute; 2) the judgment was obtained by due process; 3) the judgment is conclusive; 4) the judgment is for an ascertainable sum of money, or, otherwise, fulfils multiples factors of exception (Pro-Swing case).

In matters of arguments of defence, the Supreme Court accepted the following arguments:

foreign public law exceptions, fraud, offence to public policy and natural justice. Specifically in matters of fraud related to the merits (as is alleged in the Chevron case), the Canadian court only analyses when the fraud allegations are new and were not analysed by the prior court. The offence to public policy must be narrowly applied only when the decision is an affront to morality (KOEHNEN; KLEIN, 2010, p. 2).

In May 2012, an action against Chevron was filed by the Lago Agrio plaintiffs in the Ontario Superior Court of Justice. Neither of the defendants filed a defence, but instead brought motions alleging the absence of jurisdiction of the court for the case, as Chevron had no assets in Ontario, and since Chevron Canada was not a party in the Ecuadorian process. One year later, the court recognized its jurisdiction to rule the action. However, it stayed the action, after considering the absence of evidence showing that Chevron Corporation had assets in Ontario and the separation and independence between Chevron Canada and Chevron Corporation. Even though the Ecuadorian Court pierced the corporate veil to apply the responsibility to all Chevron subsidiaries, for the Canadian Court, this decision does not render *res judicata*, as Chevron Canada was not a party (CANADA, 2013b).

The decision was reviewed in December 2013 by the Court of Appeals of Ontario (CANADA, 2013a). This decision reaffirmed the jurisdiction of the Ontario court for the case, reinforcing the “real and substantial connection”. However, the Court of Appeals considers that the motion judge erred by granting the stay, as this issue was not argued before the trial, thus not allowing the plaintiffs to offer legal arguments.

The Supreme Court confirmed the decision in 2015, reaffirming the jurisdiction by means of recognizing the real and substantial connection (CANADA, 2015).

The procedure was sent back to the Ontario Superior Court of Justice for trial, which, in January 2017, pronounced summary judgment, concluding that the subsidiaries are separate legal entities, in effect dismissing the enforcement against them. The judgment also displaced the possibility of piercing the corporate veil, as the requirement “complete control” was not fulfilled (CANADA, 2017). The decision states:

Chevron Canada is not an asset of Chevron. It is a separate legal person. It is not an asset of any other person including its own parent, CCCC [...] [It] is not the judgment-debtor under the Ecuadorian judgment and, therefore, the *Execution Act* does not apply to it with respect to that judgment (CANADA, 2017).

The Court of Appeal for Ontario upheld the impossibility to pierce the corporate veil in May 2018. The majority of the Court reaffirmed the principle of corporate separateness and clarified that a company’s assets do not belong to related corporations, such as subsidiaries, mainly in a complex corporation chain such as Chevron. The Court also stated concern with policy implications of piercing the corporate veil regarding stakeholders.

However, judge Nordheimer presented a concurring opinion that may open a very small breach for future litigations. He stated that there might be some rare and exceptional circumstances where an exception to the corporate separateness would be suitable as a measure of equity. In his words, “the law should not allow even legitimate corporate structures to work an ‘injustice’” (CANADA, 2018). The plaintiffs appealed to the Supreme Court, but the appeal was dismissed in April 2019 (CANADA, 2019b).

Nevertheless, the action remains against Chevron Corporation. The first instance

judgment affirmed that if all the allegations of fraud, corruption and bribery are considered true, they could raise all the permissible defences accepted by the Canadian Supreme Court and impede the recognition of the judgment (CANADA, 2017). In this way, it is widely accepted that the accusations of fraud will be the core argument from now on.

6 Judgment enforcement in Brazil

Chevron has operated in Brazil since 1997 through its subsidiaries Chevron Brasil Upstream Frade Ltda. and Chevron Brasil Lubrificantes Ltda. The main interest of the company in the country is related to oil drilling (mainly in deep water), as well as natural gas, lubricant and grease plants (BRAZIL, c2001-2019). The company’s operation resulted in a massive oil spill in 2011 in Bacia de Campos. The company was negligent in applying its emergency plan. Two civil claims were postulated demanding a total of US\$ 17.5 billion for compensation. However, an agreement was settled in the amount of R\$ 300 million in compensation. All civil claims were dropped (BRANCO, 2016).

In Brazil, according to the Federal Constitution, the Superior Court of Justice (*Superior Tribunal de Justiça*) must first homologate the foreign judgments and only then can it produce valid effects in national territory (BRASIL, [2019a]). The regulation of the procedures are predicted in the Civil Procedure Code (BRASIL, [2019b]) and in the Regiment of the Superior Court of Justice (BRASIL, 2019c)⁵.

⁵ Brazil ratified the Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards in 1995. Nevertheless, in Brazil, constitutional dispositions are superior to International Conventions, which have the same hierarchy as infra-constitutional laws.

Brazilian Law considers indispensable requirements for the homologation of the judgment: the judgment must be declared by the capable authority; the judgment must be preceded by regular summons; the judgment must be effective in the country where it was declared; the judgment must respect the Brazilian *res judicata*; the judgment must be translated into Portuguese; and, finally, the judgment must not offend the public order, human dignity and national sovereignty (*Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça*, art. 216-D and 216-F). The requirements are mainly formal ones, and the homologation analysis should not be supported by any merit argument (ROLAND, [2018], p. 4-8).

After the homologation was required, the interested party receives a summons to offer a contestation against the requirement, which can only be based on the requirements of the judgment listed above. Subsequently, terms for replica are offered. The public prosecutor can offer a nonbinding impugnation to the requirement. A reporting judge is designated to the procedure, submitting their final decision to the president of the court.

Following the homologation, the judgment can be enforced in the Federal Court, following the general procedures for enforcement of any civil decisions in Brazil. During this stage, it is essential that the demanded company have assets in the national territory.

The Chevron case came into the Brazilian court in June 2012, becoming the biggest enforcement case in the country's entire history. The public prosecutor issued a nonbinding opinion in May 2015, recommending that the court reject the recognition of the judgment due to alleged fraud and corruption in the

Ecuadorian judicial process. In the prosecutor's opinion, he refers directly to the US-American decision and to the recognition of fraud in order to affirm that the Ecuadorian decision offends the Brazilian public order and, therefore, should not be homologated. The only evidence analysed by the prosecutor are the ones affirmed in the US-American court, which were not validated in the Brazilian. The opinion also mentions the Inter-American Convention against Corruption.

In September 2017, the plaintiffs' attorneys presented a petition to relinquish the demand. At a press conference carried out on Ecuador, the Union of People Affected by Chevron-Texaco (UDAPDT) justified the withdrawal by "various evidence related to the loss of a guarantee of a fair trial in this jurisdiction". They also asserted: "we are not going to fall for Chevron's game and await a preconceived judgment, a product of transnational imperialism, which we know has used its economic influence to push justice aside" (THE PEOPLE..., 2017). Chevron attorneys contested the petition, demanding final judgment.

The final decision of the Court was issued in November 2017, denning the homologation, by use of an innovative argumentation. First, the Court recognized the presence on the demand of all procedural requirements: regular summons on the original case, *res judicata* of the sentence, regularity of the power of attorney and translation. It was not identified any irregularity in the petition that could avoid the judgment. However, the Court applied the "effectiveness principle", which would demand the existence of a connection point between the foreign case and the Brazilian jurisdiction. As the Brazilian subsidiary was not a part in the original case and Chevron Corporation had no assets in Brazil, the Court considered that there was no jurisdiction of the Brazilian Court (BRASIL, 2017).

The requirements provided in Brazilian law are similar to the ones provided in the Convention.

According to the Ministers, the homologation procedure is only an instrument for the enforcement procedure, what impels the analysis about the possibility of actuation of the Brazilian jurisdiction. As Chevron Corporation has neither assets nor domicile in Brazil, there would be a lack of jurisdiction for the future enforcement, after the sentence homologation.

The actions on the United States and Canada are mentioned to reinforce the decision, but the decision from Argentina is neglected, even though both the Brazilian legislation and the argumentation of the case are far more similar to the Argentinian decision than to the North American ones (BRASIL, 2017). Additionally, the arguments related to the existence of a connection point and lack of jurisdiction were central for both the Argentinian and the Brazilian decision.

Even though the final decision was unanimous, in the separated opinions of the case, it was observed a controversy regarding the petition to relinquish the procedure. For the majority of the Court, it was not possible to relinquish the homologation procedure or it would only be possible if the other party (Chevron Corporation) had consented. In contrary sense, leading the minority, Minister Andrichi expounded that the renounce would be possible if there were explicit powers of the attorneys for this purpose. She proposed to stay the procedure (BRASIL, 2017).

One very important argument was brought by separate opinion of Minister Noronha, regarding the General Prosecutor's opinion. He stated that "we [the Court] don't have any relation with the American Justice or the Justice of any other country" (BRASIL, 2017, p. 58, our translation). By mention of a precedent from the Superior Court, the Minister asserted that the lack of jurisdiction is enough to set aside the sentence homologation and did not consider any other argument.

The plaintiffs' attorneys lodged an appeal (*Embargos de Declaração*) that aims to clarify a decision in case of doubt, omission or contradiction. In May 2018 it was accepted only to amend a material error on the publication of the decision. Since June 2018, the decision has force of *res judicata* (BRASIL, 2018).

The innovation of the Brazilian Court is very interesting. The violation of public order would be a challenging task, considering the vagueness of the concept and the need to analyse several evidences produced in foreign courts. Avoiding such difficulties, the public order is barely mentioned. The Court attested that all rules regarding procedural requirement were fulfilled, but denied the homologation considering violation of a principle that is not written in any Brazilian law, creating a new precedent for the Court. In previous cases (for example, cases: Brasil, Superior Tribunal de Justiça, SEC nº 3.035/FR, judg. Aug. 31, 2009; SEC nº 1.185/EX, judg. Jun. 10, 2011; and SEC nº 5.270/EX, judg. Jun. 14, 2011) (BRASIL, 2009, 2011a, 2011b), the Court analysed only procedural and formal requirements and the analysis of legitimacy and interest of the parties were analysed only in the subsequent enforcement procedure.

Just as in the Argentinian case, the subsidiary is considered a different legal entity from Chevron Corporation, what would prevent the homologation of the Ecuadorian decision. However, the decision distinguish itself from the Canadian judgment as it does not approach the disregard doctrine and the possibility of piercing the veil of the companies.

Conclusion

After the analysis of the procedures, it was noticed that, on the American continent, there is no uniformity in the requirements for the

enforcement of foreign judgments, even though the Organization of American States has multiples treaties for that purpose. Neither is there a conventional rule to regulate simultaneous enforcement commenced in a plurality of countries, as Linares Rodríguez (2012, p. 598) states.

Nevertheless, in the four countries analysed, there are two central arguments observed regarding the judgment enforcement: separateness between the subsidiary and the central corporation and the possibility of piercing the corporate veil; and obedience in the foreign judgment of the rule of law and, in the hypothesis of its infringement, offense to public order.

The first argument was decisive for the preliminary decisions in Canada, for both of the Argentinian procedures and for the Brazilian Court. The second argument is probably going to play a central role in the final decisions of Canada, as it can be observed in table 1.

Table 1

Judicial decisions regarding the Chevron case within domestic Courts

	COUNTRY	DATE OF PROPOSAL	DATE OF LAST DECISION	CENTRAL ARGUMENT ON FINAL DECISION	CURRENT SITUATION
MERIT PROCEDURES	United States	November 1993	August 2002	Dismissed – Forum non conveniens	<i>Res judicata</i>
	Ecuador	May 2003	June 2018	Chevron is condemned for environmental damage	<i>Res judicata</i>
ENFORCEMENT PROCEDURES	United States	February 2011	June 2017	Fraud and corruption in the Ecuadorian judgment	<i>Res judicata</i>
	Canada	May 2012	April 2019	Dismissed against Chevron Canada – Disregard doctrine	Pending final decision in relation to Chevron Corp.
	Argentina – Precautionary order	November 2012	June 2013	Dismissed – Disregard doctrine and public order	<i>Res judicata</i>
	Argentina – <i>exequatur</i>	November 2012	July 2018	Dismissed – Lack of jurisdiction and lack of <i>res judicata</i>	Pending appeal
	Brazil	March 2013	May 2018	Dismissed – Principle of effectiveness and lack of jurisdiction	<i>Res judicata</i>

Source: elaborated by the author with data contained in the judgments.

Specifically in relation to the doctrine of corporate separateness, the cases demonstrate the requirement for private international law to offer an improved perspective in relation to domestic law, considering the emergence of private actors on the global stage and the peculiarities of huge multinational business conglomerates. The current doctrine of the corporate veil leads to almost the impossibility to make complex multinational conglomerates accountable for any violation (CORTI VARELA, 2013, p. 209). In this way, a new doctrine regarding the piercing of the veil could offer a jurisdictional reaction towards the affront to human rights and avoid the impunity of multinational corporations.

As Pigrau (2014, p. 39-40) states,

[f]undamentally, the [Chevron] case shows how getting a sentence in the Host State can be cancelled in the implementation phase when the company has ceased its activity in that country. Similarly when the courts of third states refuse to lift the veil between parent and subsidiary companies or when international courts prevail to maintain the *status quo* over any consideration on human rights or environmental protection.

In the decisions issued from the Brazilian and Argentinian Courts, the national subsidiaries were considered different legal entities from Chevron Corporation, avoiding the possibility of enforcement in anywhere except in the United States. In both cases, unfortunately, the possibility of piercing the corporate veil and the possible patrimonial linkage between the subsidiary and the conglomerate was not approached.

The argument presented by Judge Nordheimer in the most recent decision in Canada follows the path of opening exceptions to the corporate separateness in cases of gross human rights violations in order to fulfil equity and justice. It could represent a very advanced position to assure the accountability of multinational conglomerates, even though it was a minority position for very exceptional cases.

In relation to the public policy argument, it is mandatory that this central doctrine for the private international law have a wider application, particularly in regard to the global harmonization of human rights protection. The proportionality principle should be applied to incentivize the pursuit of global human rights standards (OSTER, 2015).

The analyses of the procedures raises several questions for private international law, all of which should be developed in future research. The first relates to the points of connection between enforcement procedures in different countries relating to the same foreign judgment. The connection can occur in the usefulness of adduced evidence (such as the use of the North-American evidence in the Brazilian procedures) and also covers the possibility of several enforcement decisions at the same time.

Another question is the relation that is to be established between arbitration decisions in bilateral agreements and judgment enforcements in third party countries. As mentioned above, The Hague Tribunal of Arbitration had decided that Ecuador should avoid the enforcement of the legal judgment in its own territory and in other countries. The question remaining is the applicability of this decision in third party countries (such as Canada, Argentina and Brazil), mainly when proposed by private actors, and not by countries.

Finally, special attention should be placed on the possibility of reviewing the foreign judgment in the enforcement procedures in aspects related to public order or public policy. In general, it is not allowed in the enforcement procedure to review the merits of the judgment, but instead only to analyse the regularity of the procedure. However, in some situations, the public order element could become an instrument to review the judgment arguments. This is what happened in the precautionary procedure in Argentina.

The case offers an example of how the narrow vision in private international law can lead to the impunity of private actors. It has become mandatory that the field undertake the responsibility for their governance implications, overcoming the schism between technique and politics. As Watt states, it is essential to quarry the human rights in cases of abuse by private actors, promoting a progressive integration of human rights into the methodology of private international law.

Sobre a autora

Gabriela Cristina Braga Navarro é mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil; bacharel em Direito pela Universidade Estadual de São Paulo, Franca, SP, Brasil; doutoranda no Departamento de Direito da Universidade Johann Wolfgang Goethe, Frankfurt, Hessen, Alemanha; professora de Direito Administrativo e de Direito Ambiental na Universidade Federal de Lavras, Lavras, MG, Brasil.
E-mail: gabriela.navarro@ufla.br

Como citar este artigo

(ABNT)

NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. A comparative analysis of the attempts to enforce the Ecuadorian decision in the Chevron case: multinationals and impunity. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 224, p. 205-228, out./dez. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p205

(APA)

Navarro, G. C. B. (2019). A comparative analysis of the attempts to enforce the Ecuadorian decision in the Chevron case: multinationals and impunity. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(224), 205-228. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p205

References

ARGENTINA. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil – Sala I. *Aguinda Salazar, María c/ Chevron Corporation s/ medidas precautorias*. Buenos Aires: Lejister, 2013a. Available at: http://www.ijeditores.com.ar/pop.php?option=articulo&Hash=9f3cb6c7bebf65122fb4b1030bffb49&from_section=relacionados. Access: Aug. 15, 2019.

_____. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil – Sala I. *Aguinda Salazar, María y otros c/ Chevron Corporation s/ exequatur y reconocimiento de sentencia extr.* Buenos Aires: Poder Judicial de la Nación, 2018. Available at: <http://www.juiciocrudo.com/documentos/c3bedd97b9.PDF>. Access: Aug. 15, 2019.

_____. [Constitución (1853)]. *Constitución de la Nación Argentina: Lei nº 24.430*. [Buenos Aires]: InfoLEG: Información Legislativa, [1995]. Available at: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Access: Aug. 15, 2019.

_____. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Aguinda Salazar, María c/ Chevron Corporation s/ medidas precautorias*. Buenos Aires: Lejister, 2013b. Available at: http://www.ijeditores.com.ar/pop.php?option=articulo&Hash=45711c8e382cac3d53fe19ad00bb6f3d&from_section=relacionados. Access: Aug. 15, 2019.

_____. Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil nº 61. *Aguinda Salazar, María c/ Chevron Corporation s/ medidas precautorias*. Buenos Aires: Lejister, 2012. Available at: <http://www.ijeditores.com.ar/pop.php?option=articulo&Hash=98866ba536cb97b34becf375c1fc7011>. Access: Aug. 15, 2019.

_____. Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil nº 61. *Aguinda Salazar, María y otros c/ Chevron Corporation s/ exequatur y reconocimiento de sentencia extr.* Buenos Aires: Poder Judicial de la Nación, 2017. Available at: <http://theamazonpost.com/wp-content/uploads/2017/11/SE-RESUELVE.pdf>. Access: Aug. 15, 2019.

_____. *Ley nº 17.454, de 1981*. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. [Buenos Aires]: InfoLEG: Información Legislativa, [2019]. Available at: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>. Access: Aug. 15, 2019.

ARGENTINA. *Chevron*, Buenos Aires, c2001-2019. Available at: <https://www.chevron.com/worldwide/argentina>. Access: Aug. 15, 2019.

BRANCO, Marina. Gigante americana Chevron provoca vazamento de óleo na Bacia de Campos. *O Globo*, [Rio de Janeiro], Nov. 9, 2016. Available at: <http://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/gigante-americana-chevron-provoca-vazamento-de-oleo-na-bacia-de-campos-20427385#ixzz4oV4mpfyL>. Access: Aug. 15, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Access: Aug. 15, 2019.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Access: Aug. 15, 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *Embargos de Declaração na Sentença Estrangeira Contestada nº 8.542/EX*. Processual civil. Embargos de declaração. Homologação de sentença estrangeira. Obscuridade. Não ocorrência. Retificação da ementa.

Necessidade. Embargante: María Aguinda Salazar *et al.* Embargado: Chevron Corporation. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 16 de maio de 2018. Available at: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1712740&num_registro=201300810951&data=20180523&formato=PDF. Access: Aug. 15, 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *Sentença Estrangeira Contestada nº 1.185/EX*. Homologação de sentença estrangeira. Estados Unidos da América. Condenação a pagamento de valores. Requisitos preenchidos. Requerente: S. M. Requerido: L. F. P. Relatora: Min. Laurita Vaz, 12 de maio de 2011a. Available at: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1060429&num_registro=200900614772&data=20110610&formato=PDF. Access: Aug. 15, 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *Sentença Estrangeira Contestada nº 3.035/EX*. Sentença arbitral estrangeira. Legitimidade ativa. Interesse. Contrato de compra e venda. Mérito da decisão arbitral. Análise no STJ. Impossibilidade. Ausência de violação à ordem pública. Requerente: Atecs Mannesmann GMBH. Requerido: Rodrimar S/A Transportes Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais. Relator: Min. Fernando Gonçalves, 19 de agosto de 2009. Available at: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=884184&num_registro=200800444350&data=20090831&formato=PDF. Access: Aug. 15, 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *Sentença Estrangeira Contestada nº 5.270/EX*. Sentença estrangeira contestada. Homologação requerida pelo réu no processo original. Citação válida. Comprovação dispensada. Carimbo de arquivamento. Prova do trânsito em julgado. Autenticação consular. Requisito atendido [...]. Requerente: J. C. M. R. Requerido: E. N. S. Relator: Min. Felix Fischer, 12 de maio de 2011b. Available at: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1060421&num_registro=201002180061&data=20110614&formato=PDF. Access: Aug. 15, 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *Sentença Estrangeira Contestada nº 8.542/EC*. Sentença estrangeira contestada. Condenação em montante superior a dezoito bilhões de dólares, sob a alegação de danos ambientais. Ausência de jurisdição brasileira e de interesse de agir. Extinção do processo sem resolução do mérito. Requerente: María Aguinda Salazar *et al.* Requerido: Chevron Corporation. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 29 de novembro de 2017. Available at: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1636612&num_registro=201300810951&data=20180315&formato=PDF. Access: Aug. 15, 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno*. Brasília, DF: STJ, 2019c. Available at: <http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>. Access: Aug. 15, 2019.

BRAZIL. *Chevron*, [s. l.], c2001-2019. Available at: <https://brazil.chevron.com/en>. Access: Aug. 15, 2019.

CANADA. [Constitution (1867)]. *Canada's Constitution of 1867 with Amendments through 2011*. [S. l.]: Constitute, [2019a]. Available at: www.constituteproject.org/constitution/Canada_2011.pdf?lang=en. Access: Aug. 20, 2019.

_____. Court of Appeal for Ontario. *Yaiguaje v. Chevron Corporation, 2017 ONCA 741 (CanLII)*. Appellants: Daniel Carlos Lusitande Yaiguaje *et al.* Respondents: Chevron Corporation, Chevron Canada Limited and Chevron Canada Finance Limited. Sept. 21, 2017. Available at: <https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2017/2017onca741/2017onca741.html>. Access: Aug. 15, 2019.

_____. Court of Appeal for Ontario. *Yaiguaje v. Chevron Corporation, 2018 ONCA 472 (CanLII)*. Appellants: Daniel Carlos Lusitande Yaiguaje *et al.* Respondents: Chevron Corporation, Chevron Canada Limited and Chevron Canada Finance Limited. May 23, 2018. Available at: <https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2018/2018onca472/2018onca472.html>. Access: Aug. 15, 2019.

_____. Superior Court of Justice (Ontario). *Yaiguaje v. Chevron Corporation, 2013 ONSC 2527*. Ontario: Superior Court of Justice, 2013a. Available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1401.pdf>. Access: Aug. 15, 2019.

_____. Superior Court of Justice (Ontario). *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, 2013 ONSC 3325. Ontario: Superior Court of Justice, 2013b.

_____. Supreme Court. *Chevron Corp. v. Yaiguaje*, [2015] 3 SCR 69, 2015 SCC 42 (*CanLII*). Private international law – Foreign judgments – Recognition – Enforcement – Foreign judgment creditor sought recognition and enforcement of foreign judgment in Ontario against U.S. foreign judgment debtor's and Canadian seventh-level indirect subsidiary – Foreign judgment debtor served ex juris at U.S. head office [...]. Appellants: Chevron Corporation and Chevron Canada Limited. Respondents: Daniel Carlos Lusitande Yaiguaje [...]. Sept. 4, 2015. Available at: <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2015/2015scc42/2015scc42.html>. Access: Aug. 15, 2019.

_____. Supreme Court. *Daniel Carlos Lusitande Yaiguaje, et al. v. Chevron Corporation, et al.*, 2019 *CanLII 25908* (SCC). Applicants: Daniel Carlos Lusitande Yaiguaje *et al.* Respondents: Chevron Corporation, Chevron Canada Limited and Chevron Canada Capital Company. Apr. 4, 2019b. Available at: <http://canlii.ca/t/hzjpr>. Access: Aug. 15, 2019.

CELY, Nathalie. Balancing profit and environmental sustainability in Ecuador: lessons learned from the Chevron case. *Duke Environmental Law & Policy Forum*, [s. l.], v. 24, p. 353-373, 2014. Available at: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1301&context=delpf>. Access: Aug. 15, 2019.

CHEVRON Corp. v. Donziger: second circuit upholds equitable relief from a foreign judgment under RICO. *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 130, n. 2, p. 745-752, Dec. 2016. Available at: <http://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2016/11/745-752-Online.pdf>. Access: Aug. 15, 2019.

CHEVRON. 2018 annual report: human energy. San Ramon, CA: Chevron, c2019. Available at: <https://www.chevron.com/-/media/chevron/annual-report/2018/documents/2018-Annual-Report.pdf>. Access: Aug. 15, 2019.

CORTI VARELA, Justo. Les instruments d'exécution des décisions de justice dans les affaires environnementales internationales son-ils efficaces?: réflexions à partir de l'affaire Texaco-Chevron. *L'Observateur des Nations Unies*, [s. l.], v. 34, p. 191-212, 2013.

CRASSON, Audrey Anne. The case of Chevron in Ecuador: the need for an international crime against the environment? *Amsterdam Law Forum*, Amsterdam, v. 9, n. 3, p. 29-48, 2017. Available at: <http://amsterdamlawforum.org/article/view/412>. Access: Aug. 15, 2019.

ECUADOR. Constitutional Court. *Sentencia N.Q 230-1S-SEP-CC*. [S. l.: s. n.], 2018.

_____. Provincial Court of Justice of Sucumbios. *Case no. 2003-0002. Salazar and others v. Chevron Corporation*. Presiding Judge: AB. Nicholas Zambrano Lozada, Feb. 14, 2011. Available at: <https://chevroninecuador.org/assets/docs/2011-02-14-Aguinda-v-ChevronTexaco-judgement-English.pdf>. Access: Aug. 15, 2019.

_____. Provincial Court of Justice of Sucumbios. *Salazar and others v. Chevron Corporation*. [S. l.: s. n.], 2012.

_____. Provincial Court of Justice of Sucumbios. *Salazar and others v. Chevron Corporation*. [S. l.: s. n.], 2013.

GIORGETTI, Chiara. Mass tort claims in international investment proceedings: what are the lessons from the Ecuador-Chevron dispute? *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Pennsylvania, v. 34, n. 4, p. 787-797, 2013. Available at: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1777&context=jil>. Access: Aug. 15, 2019.

HART, Camille. The hegemonic arbitrator replaces foreign sovereignty: a comment on Chevron v. Republic of Ecuador. *Arbitration Law Review*, [s. l.], v. 8, p. 110-121, 2016. Available at: <https://elibrary.law.psu.edu/arbitrationlawreview/vol8/iss1/10/>. Access: Aug. 15, 2019.

KHATAM, Damira. Chevron and Ecuador proceedings: a primer on transnational litigation strategies. *Stanford Journal of International Law*, Stanford, CA, v. 53, n. 2, p. 249-275, 2017. Available at: https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/stanit53&div=13&g_sent=1&casa_token=&collection=journals. Access: Aug. 15, 2019.

KIMERLING, Judith. Indigenous peoples and the oil frontier in Amazonia: the case of Ecuador, Chevron Texaco, and Aguinda v. Texaco. *New York University Journal of International Law and Politics*, New York, v. 38, p. 413-664, 2006. Available at: https://academicworks.cuny.edu/cl_pubs/159/. Access: Aug. 15, 2019.

KOEHNEN, Markus; KLEIN, Amanda. The recognition and enforcement of foreign judgments in Canada. In: INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION ANNUAL CONFERENCE, 2010, Vancouver. [*Proceedings*]. Vancouver: IBA, 2010. p. 1-39.

LAMBERT, Caitlin. Environmental destruction in Ecuador: crimes against humanity under the Rome Statute? *Leiden Journal of International Law*, Cambridge, UK, v. 30, n. 3, p. 707-729, Sept. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0922156517000267>.

LINARES RODRÍGUEZ, Enrique. Homologación en terceros estados de la sentencia dictada en Ecuador vs. Chevron. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, [s. l.], t. 12, p. 581-606, 2012. Available at: <https://iprolex.files.wordpress.com/2015/02/homologacion-en-terceros-estados-de-la-sentencia-dictada-en-ecuador-vs-chevron.pdf>. Access: Aug. 15, 2019.

MARTÍN PAIVA, Roberto. Chevron: un fallo político de la Corte Suprema que retrasa 35 años la cooperación internacional interamericana (con una loable disidencia). *Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios*, Buenos Aires, n. 10, 2014. Available at: <http://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=47dcb9e2437b0436cd7974f4de8f5641>. Access: Aug. 15, 2019.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Inter-American Convention on Execution of Preventive Measures*. [S. l.]: OAS, c2014a. Available at: <http://www.oas.org/dil/CIDIP-II-execution.htm>. Access: Aug. 15, 2019.

_____. *Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards*. [S. l.]: OAS, c2014b. Available at: <http://www.oas.org/dil/CIDIP-II-extraterritorial.htm>. Access: Aug. 15, 2019.

OSTER, Jan. Public policy and human rights. *Journal of Private International Law*, [s. l.], v. 11, n. 3, p. 542-567, Nov. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1080/17441048.2015.1096144>.

PATEL, Suraj. Delayed justice: a case study of Texaco and the Republic of Ecuador's operations, harms, and possible redress in the Ecuadorian Amazon. *Tulane Environmental Law Journal*, New Orleans, v. 26, n. 1, p. 71-110, 2012.

PIGRAU, Antoni. The Texaco-Chevron case in Ecuador: law and justice in the age of globalization. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Tarragona, v. 5, n. 1, p. 1-43, 2014. DOI: <https://doi.org/10.17345/rcda1437>. Available at: <https://revistes.urv.cat/index.php/rcda/article/view/1437/1403>. Access: Aug. 15, 2019.

ROLAND, Manuela Carneiro (coord.). *O processo de homologação da sentença do caso Chevron no Brasil: uma análise da ação SEC nº 8.542 e a importância de um tratado internacional sobre empresas e direitos humanos*. [S. l.]: Ford Foundation, [2018].

THE HAGUE. District Court of the Hague. *Case no. C/09/477457 / HA ZA 14-1291. The Republic of Ecuador v. Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company*. [S. l.: s. n.], 2016. Available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7104.pdf>. Access: Aug. 15, 2019.

THE PEOPLE affected by Chevron distrust the Brazilian justice system and announce the withdrawal of their enforcement action in the country. *UDAPDT*, Quito, Sept. 20, 2017. Available at: <http://texacotoxico.net/en/the-people-affected-by-chevron-distrust-the-brazilian-justice-system-and-announce-the-withdrawal-of-their-enforcement-action-in-the-country/>. Access: Aug. 15, 2019.

UNITED STATES. Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act. *Suggested State Legislation*, Lexington, KY, v. 70, p. 167-171, 2011a. Available at: [knowledgecenter.csg.org/kc/system/files/2011completevolumewithhyperlinks.pdf](https://www.knowledgecenter.csg.org/kc/system/files/2011completevolumewithhyperlinks.pdf). Access: Aug. 20, 2019.

_____. United States Court of Appeals (Second Circuit). *Aguinda v. Texaco Inc.* [New York: s. n.], 2002.

_____. United States Court of Appeals (Second Circuit). *Chevron Corp. v. Naranjo et al.* [New York: s. n.], 2012.

_____. United States District Court. Southern District of New York. No. 1:2011cv00691 – Document 1901. *Chevron Corporation v. Donziger et al.* [New York: s. n.], 2014. Available at: <https://cases.justia.com/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2011cv00691/374606/1874/0.pdf?ts=1411563307>. Access: Aug. 15, 2019.

_____. United States District Court. Southern District of New York. No. 11 Civ. 0691 (LAK). *Chevron Corporation v. Dozinger et al.* Order on plaintiff's motion for a temporary restraining order. [New York: s. n.], 2011b.

UNITED STATES. *Chevron*, San Ramon, CA, c2001-2019. Available at: <https://www.chevron.com/worldwide/united-states>. Access: Aug. 15, 2019.

WATT, Horatia Muir. Party autonomy in global context: the political economy of a self-constituting regime. In: GLACHANT, Jean-Michel; BROUSSEAU, Eric; SGARD, Jérôme (ed.). *Oxford Handbook of International Economic Governance and Market Regulation*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2017.

_____. Private international law beyond the schism. *Transnational Legal Theory*, [s. l.], v. 2, n. 3, p. 347-428, 2011.

_____. Theorizing private international law. In: ORFORD, Anne; HOFFMANN, Florian; CLARK, Martin (ed.). *The Oxford handbook of the theory of international law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2016. p. 862-880.

WHYTOCK, Christopher A. The Chevron-Ecuador case: three dimensions of complexity in transnational dispute resolution. In: ANNUAL MEETING (AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW), 106., 2012, Washington, DC. [*Proceedings*]. Washington, DC: Asil, 2012. p. 425-428.

SENADO FEDERAL



ISSN 0034-835X

