

nº 219

Brasília | julho – setembro/2018

Ano 55



EDIÇÃO DE 2018



30 anos  
CONSTITUIÇÃO  
da CIDADANIA







# **SENADO FEDERAL**

Mesa

Biênio 2017 – 2018

Senador Eunício Oliveira

**PRESIDENTE**

Senador Cássio Cunha Lima

**PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE**

Senador João Alberto Souza

**SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE**

Senador José Pimentel

**PRIMEIRO-SECRETÁRIO**

Senador Gladson Cameli

**SEGUNDO-SECRETÁRIO**

Senador Antonio Carlos Valadares

**TERCEIRO-SECRETÁRIO**

Senador Zeze Perrella

**QUARTO-SECRETÁRIO**

## **SUPLENTE DE SECRETÁRIO**

Senador Eduardo Amorim

Senador Sérgio Petecão

Senador Davi Alcolumbre

Senador Cidinho Santos



Brasília | ano 55 | nº 219  
julho/setembro – 2018



#### MISSÃO

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

#### FUNDADORES

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

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

Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

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

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Fabrício Ferrão Araújo

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADOR: Aloysio de Brito Vieira

EDITOR RESPONSÁVEL: Aloysio de Brito Vieira. CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Raphael Melleiro. GESTÃO DE ARTIGOS: Gláucia Cruz. REVISÃO DE ORIGINAIS: Thiago Adjuto, Vilma de Sousa e Walfrido Vianna. EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Gláucia Cruz, Marcus Aurélio Oliveira e Rejane Campos. CAPA: Serviço de Multimídia. FOTO DA CAPA: Renato Costa/Agência BG Press/88/Protesto/Congresso.

---

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

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

ISSN 0034-835x

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

CDD 340.05  
CDU 34(05)

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

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

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

## CONSELHO

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

## PARECERISTAS

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

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



Campinas, SP, Brasil / Me. Luciano Carlos Ferreira, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luis Alexandre Carta Winter, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Luís Fernando Sgarbossa, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Luiz Caetano de Salles, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Luiz Fernando Afonso, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marcelo Antonio Theodoro, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcelo Maciel Ramos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. 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 Aurélio Nogueira, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Marco Félix Jobim, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marcos Jorge Catalan, Centro Universitário La Salle Canoas, Canoas, RS, Brasil / Dr. Marcos Prado de Albuquerque, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcos Roberto de Lima Aguirre, Verbo Jurídico, Porto Alegre, RS, 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. Marilisa Miranda de Souza, Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, RO, Brasil / Mario Spangenberg Bolívar, Pontifícia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Mauricio Martins Reis, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / 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 / Me. Maximiliano Vieira Franco de Godoy, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dra. Melina de Souza Rocha Lukic, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Melina Girardi Fachin, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Michael César Silva, Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, MG, Brasil / Me. Michael Freitas Mohallem, University College London, Londres, Reino Unido / Dra. Micheli Pereira de Melo, Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Marabá, PA, Brasil / Ma. Mônica Alves Costa Ribeiro, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Mônica Duarte, Faculdade de Direito AVANTIS, Itapema, SC, Brasil / Dra. Monica Paraguassu Correia da Silva, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Morton Luiz Faria de Medeiros, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Natalia Gaspar Pérez, Benèmerita Universidad Autónoma de Puebla, Puebla, México / Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Neuro José Zambam, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Osvaldo Ferreira de Carvalho, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Me. Pablo Georges Cicero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Patrícia Borba Vilar Guimarães, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Patrícia Tuma Martins Bertolin, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Patryck de Araujo Ayala, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Paul Hugo Weberbauer, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Paulo César Busato, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Paulo César Pinto de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Paulo Henrique da Silveira Chaves, Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Me. Paulo Henrique Soares, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Paulo Lopo Saraiva, Faculdade Maurício de Nassau, Natal, RN, Brasil / Dr. Paulo Roberto Nalin, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Pedro Augustin Adamy, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg, Alemanha / Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Me. Pérsio Henrique Barroso, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Ma. Priscilla Cardoso Rodrigues, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rabah Belaidi, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dr. Rafael Fonseca Ferreira, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Me. Rafael Reis Ferreira, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschoswky, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Rejane Alves de Arruda, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Renata Christiana Vieira Maia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Renata Queiroz Dutra, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Renata Rodrigues de Castro Rocha, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Ricardo Maurício Freire Soares, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Me. Ricardo Rocha Viola, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Ricardo Sontag, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Roberta Correa de Araujo, Faculdade de Olinda,

Olinda, PE, Brasil / Dr. Roberto da Silva Fragale Filho, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, RJ, Brasil / Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rodrigo Luís 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 / Me. Rodrigo Vitorino Souza Alves, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rogerio Mayer, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Rosangela Marina Luft, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens 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, Instituição Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Sandro Marcelo Kozikoski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Saulo Nunes de Carvalho Almeida, Unicatólica de Quixadá, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Sérgio Augustin, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, RS, Brasil / Dr. Sérgio Cruz Arenhart, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Sergio Torres Teixeira, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Shirlei Silmara de Freitas Mello, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Silvana Lucia Henkes, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Sônia Letícia de Mélo Cardoso, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Tarsis Barreto Oliveira, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Ma. Tatiana Emília Dias Gomes, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Taysa Schiocchet, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Thiago Bottino do Amaral, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Me. Thiago Chaves Gaspar Bretas Lage, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Me. Thiago Cortez Costa, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Tiago Cappi Janini, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Tunjica Petrasevic, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Osijek, Croácia / Dr. Valter Moura do Carmo, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aieta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Venceslau Tavares Costa Filho, Fundação Universidade de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Wagner Silveira Feloniuk, Instituto de Desenvolvimento Cultural, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Wálber Araujo Carneiro, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil / Dr. Walter Guandalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Welton Roberto, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. William Soares Pugliese, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Wlademir Paes de Lira, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

## AUTORES

Diego Werneck Arguelhes é doutor em Direito pela Yale Law School, Connecticut, Estados Unidos da América; mestre em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor pesquisador da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; Hauser Global Law Research Fellow na Universidade de Nova York, Nova York, Estados Unidos da América, em 2017. / Eriberto Francisco Bevilacqua Marin é doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (UFG), Goiânia, GO, Brasil; foi diretor da Faculdade de Direito da UFG (2006-2009) e vice-reitor dessa mesma instituição (2010-2013). / Eugênio Facchini Neto é doutor em Direito Comparado pela Università Degli Studi di Firenze, Itália; mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, RS, Brasil; licenciado em Estudos Sociais pela Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, RS, Brasil; professor titular dos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; professor e ex-diretor da Escola Superior da Magistratura (AJURIS), Porto Alegre, RS, Brasil; desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, RS, Brasil. / Fernando Gama de Miranda Netto é doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor adjunto do curso de graduação em Direito na Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil; líder do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais e membro dos Programas de Pós-graduação *stricto sensu* em Sociologia e Direito na Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil. / Filomeno Moraes é doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; livre-docente em Ciência Política pela Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; professor titular do programa de pós-graduação em Direito Constitucional, mestrado e doutorado, da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, CE, Brasil; líder do Grupo de Pesquisa “Estado, Política e Constituição” (CNPq/UNIFOR), Fortaleza, CE, Brasil. / Ivar Alberto Glasherster Martins Lange Hartmann é doutor em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; professor e pesquisador da faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; coordenador do projeto Supremo em Números. / Karine Silva Demoliner é doutora e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; pós-doutoranda na mesma instituição; bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, Brasil;

especialista em Direito Internacional Público, Privado e Direito da Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; assessora jurídica do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, RS, Brasil. / Leandro Molhano Ribeiro é doutor e mestre em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor pesquisador da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Lilian Barros de Oliveira Almeida é mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil; doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; pesquisadora, pelo programa Erasmus, junto ao Dottorato in Diritto Pubblico, Internazionale ed Europeo da Università degli Studi di Milano, Milão, Itália; foi professora substituta, na área do Direito Público, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; membro da Advocacia-Geral da União; foi adjunta do Advogado-Geral da União. / Livia Pitelli Zamarian Houaiss é mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil; doutoranda em Direito e Sociologia na Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil; professora assistente do curso de graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Nova Iguaçu, RJ, Brasil; pesquisadora na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Nova Iguaçu, RJ, Brasil. / Lucas Fucci Amato é doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; estágio doutoral como pesquisador visitante na Harvard Law School, Cambridge, Massachusetts, Estados Unidos; professor do Instituto de Direito Público (IDP), São Paulo, SP, Brasil; professor colaborador no programa de pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil. / Maria Pia Guerra é doutora em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; professora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil. / Marina Soares Marinho é bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; mestranda em Direito e Justiça (Direito Tributário) na Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; assistente do Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil. / Onofre Alves Batista Júnior é doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; pós-doutor em Direito (Democracia e Direitos Humanos) pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; professor de Direito Público na graduação e na pós-graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil. / Pedro Henrique Araújo de Alvarenga Bezerra é bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil. / Rafael Borges de Souza Bias é bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; mestrando em Direito pela mesma instituição; advogado em Lima e Falcão Advogados, Recife, PE, Brasil. / Raquel Machado é doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professora do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; líder do Grupo de Pesquisa "Educação para a cidadania: denúncia e esperança", Fortaleza, CE, Brasil. / Roberto Dalledone Machado Filho é doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; professor da Escola de Direito do Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil.



# Sumário

- 13 **Regulação da Internet e novos desafios da proteção de direitos constitucionais**  
**O caso do *revenge porn***  
Ivar A. Hartmann
- 27 **A DRU e a deformação do sistema tributário nacional nestes 30 anos de Constituição**  
Onofre Alves Batista Júnior  
Marina Soares Marinho
- 53 **Mandado de injunção e sentimento constitucional**  
Eriberto Francisco Bevilaqua Marin  
Pedro Henrique Araújo de Alvarenga Bezerra
- 75 **Reclamação e juizados especiais cíveis**  
**Da consolidação normativa à alteração de competência**  
**pela Resolução nº 3/2016 do STJ**  
Lívia Pitelli Zamarian Houaiss  
Fernando Gama de Miranda Netto
- 103 **Nem evolução, nem renascimento?**  
**Contingência e captura corporativa em três décadas de mandado de injunção**  
Leandro Molhano Ribeiro  
Diego Werneck Arguelhes
- 133 **Sistema eleitoral e sistema de governo sob a Constituição de 1988**  
**Dilema da continuidade e da mudança**  
Filomeno Moraes  
Raquel Machado
- 155 **O regime constitucional da segurança pública**  
**Dos silêncios da Constituinte às deliberações do Supremo Tribunal Federal**  
Maria Pia Guerra  
Roberto Dalledone Machado Filho
- 183 **A Constituição de 1988 e o debate sobre parlamentarismo e presidencialismo**  
**Modelos, trajetórias e alternativas institucionais**  
Lucas Fucci Amato

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

- 209** **Como os Tribunais Superiores vêm honrando a Constituição Cidadã**  
**O caso do direito à imagem**  
Eugênio Facchini Neto  
Karine Silva Demoliner
- 237** **Globalização, constitucionalismo e os Poderes do Estado brasileiro**  
Lilian Barros de Oliveira Almeida
- 263** **Direito fundamental à greve e a Constituição de 1988**  
**Da sua amplitude no texto constitucional à restrição pelos tribunais**  
Rafael Borges de Souza Bias

# Regulação da Internet e novos desafios da proteção de direitos constitucionais

O caso do *revenge porn*

IVAR A. HARTMANN

**Resumo:** O conceito de *revenge porn* ou pornografia de vingança é ainda carente de delineamento adequado pela doutrina e jurisprudência, a despeito do amplo reconhecimento do alto potencial lesivo da prática para a privacidade e autodeterminação informativa. Um conceito de *revenge porn* que seja ao mesmo tempo abrangente, preciso e, acima de tudo, focado no respeito à identidade e autonomia da vítima deve considerar a caracterização de quatro elementos: uma mídia efetivamente mostrando uma pessoa ou grupo de pessoas; o sentimento pessoal das pessoas retratadas de que aquele é um momento íntimo; a falta de autorização por parte dessas pessoas para a disseminação; a disseminação intencional dessa mídia *on-line*.

**Palavras-chave:** *Revenge porn*. Internet. Regulação. Redes Sociais. Direitos Fundamentais.

## 1. Introdução

O aniversário da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988) coincide com um momento delicado para a concretização e proteção de direitos fundamentais informacionais, especialmente quando direitos da personalidade. A velocidade do desenvolvimento e adoção de novas tecnologias da informação, especialmente no âmbito da Internet, apresenta desafios à regulação estatal. Parte da reflexão necessária sobre a experiência de três décadas de aplicação da Constituição envolve avaliar se os mecanismos de tutela de direitos fundamentais resistiram ao tempo.

Recebido em 10/4/18  
Aprovado em 3/5/18

No caso da privacidade, esse desafio é especialmente claro, diante da popularização de redes sociais e do surgimento de plataformas privadas *on-line* gigantes em um vácuo de regulação e de entidades estatais capacitadas e aparelhadas para lidar com novos fenômenos – muitas vezes condutas lesivas da autodeterminação informativa.

É nesse contexto que a prática do *revenge porn*, infelizmente já bastante disseminada no Brasil, constitui um elemento de peculiar relevância para análises da performance da CRFB diante do teste do tempo. Trata-se de prática totalmente inexistente e imprevisível na época da Assembleia Constituinte, como aliás diversas outras condutas *on-line*. Uma resposta adequada por parte do Direito e do Estado passa necessariamente por uma conceituação adequada do *revenge porn*, de modo a evitar que a repressão dessa atividade nociva transborde para a restrição desproporcional de direitos fundamentais como a liberdade de expressão, mas, ao mesmo tempo, não seja tão tímida a ponto de violar o direito fundamental à privacidade (SARLET, 2005). No cenário atual, o segundo risco parece maior: é preciso cuidado para não subestimar as hipóteses de configuração de dano<sup>1</sup>.

Ademais, existem aspectos socialmente relevantes do *revenge porn*. Está diretamente relacionado a questões de identidade sexual de gênero e é especialmente afetado pela capilaridade e nocividade do machismo que, no caso da intolerância, norteia concepções estereotipadas de gênero na sociedade. Além do mais, é difícil imaginar uma prática relacionada ao fluxo de informação em sociedade que gere maior dano às suas vítimas. Diferentemente de outras atividades já criminalizadas pelo legislador, o *revenge porn* traz um desafio adicional. Ao reportar o ocorrido buscando viabilizar a persecução penal do responsável ou a obtenção de indenização por danos morais na seara cível, a pessoa retratada em imagens e vídeos pode acabar chamando mais atenção para o fato e ampliando ainda mais a disseminação da mídia. Assim, ela amplia a lesividade da conduta de que foi vítima. É o fenômeno resultante da velocidade e horizontalidade da disseminação da informação na Internet que foi chamado de “efeito Streisand”<sup>2</sup>.

Não há vácuo legislativo no Brasil sobre a questão. A lei nº 2.737, de 2012, (BRASIL, 2012) criou tipos penais relacionados à obtenção e

---

<sup>1</sup>“Revenge porn victims are susceptible to a number of harms. They have reportedly ‘lost jobs, been forced to change schools, change their names, and have been subjected to real-life stalking and harassment because of the actions of those who posted and distributed their images. Some victims have committed suicide’. Victims may also suffer loss of personal dignity, a lost sense of security, lowered respect from family and friends, and greater difficulty in maintaining or securing future romantic relationships” (FRANKLIN, 2014, p. 1.309-1.310).

<sup>2</sup>Sobre o efeito Streisand, ver Jansen e Martin (2015).



disseminação não autorizada de imagens por meios eletrônicos, e o Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014) tratou o *revenge porn* como exceção à regra da responsabilidade após notificação judicial, definindo-o no art. 21 como “divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado”. Porém, diante da relativa novidade do fenômeno e a necessária generalidade do conceito adotado pelo Marco Civil, o papel da jurisprudência fica claro. Como definir “autorização”? Que outros materiais, além de fotos e vídeos, poderiam ser considerados? Quem define o caráter sexual dos atos retratados?

Essas são questões em aberto que este artigo pretende responder. O objetivo é definir, portanto, o que deve ser configurado como *revenge porn* em uma leitura constitucionalmente adequada da proteção da privacidade, de modo a mostrar que é possível enfrentar os desafios que a velocidade da tecnologia e da Internet apresentam para a CRFB quando ela completa três décadas. Para isso, é empregado método indutivo e revisão de literatura especializada. Trata-se de pesquisa, portanto, teórica.

## 2. Quatro elementos de um conceito

O fenômeno inicialmente associado à expressão *revenge porn* sempre foi e continua sendo muito amplo e complexo para ser apropriadamente definido apenas por essas duas palavras. Mas o termo ganhou popularidade e seu uso agora tornou-se comum, de forma que as pessoas – leigas ou juristas – entenderiam ao que ele se refere mesmo se elas acreditam que em certos contextos não há o exercício de vingança e o uso da palavra “pornô” ape-

nas deprecia a vítima ainda mais. É importante notar, portanto, que seria bem-vinda uma expressão diferente, capaz de apontar para os mesmos tipos de comportamento e levar em conta a literatura e a legislação já produzidas nesse campo.

Existem ao menos quatro elementos comuns em instâncias daquilo que normalmente é chamado de *revenge porn*: uma mídia efetivamente mostrando uma pessoa ou grupo de pessoas; o sentimento pessoal das pessoas retratadas de que aquele é um momento íntimo; a falta de autorização por parte dessas pessoas para a disseminação; a disseminação intencional dessa mídia *on-line*.

### 2.1. A mídia

Até agora, a vasta maioria dos casos denominados *revenge porn* envolveram fotos ou vídeos como a mídia que foi tornada pública. Um áudio, no entanto, também pode ter efeito danoso e não deveria ser excluído dessa categoria. Ainda assim, o impacto negativo sobre a vítima como resultado da disseminação da mídia está ligado a fatores que são possivelmente mais proeminentes em fotos ou vídeos, como a possibilidade de identificar as vítimas retratadas. Mas é possível imaginar que um vídeo de relações sexuais no qual os rostos das pessoas envolvidas nunca aparecem poderia ser tão prejudicial quanto um áudio da mesma relação no qual são trocados nomes, e as vozes são claramente identificáveis.

Qualquer que seja o caso, o que diferencia o *revenge porn* de outros tipos de informação disseminada *on-line* que eventualmente são objeto de notificação, remoção e litígio é que ele constitui uma efetiva gravação das pessoas durante os eventos, em oposição a uma mera descrição – verdadeira ou falsa. Naturalmente, muitos objetariam a que mesmo uma expo-

sição verbal ou escrita sobre seus momentos privados fosse publicada na Internet, independentemente da possibilidade de verificar a veracidade dela. Mas uma foto, vídeo ou áudio de uma pessoa em um momento privado a expõem de uma forma que a descrição normalmente não consegue fazer, e isso é uma diferença objetiva – uma das pouquíssimas preciosas diferenças objetivas no campo da regulação da manifestação. Há que reconhecer, claro, que buscar compreender e modelar teoricamente a relação das pessoas com novas tecnologias da informação e seus sucessivos e rápidos impactos é quase a arte de documentar o obsoleto. Nesse caso, por exemplo, mesmo a linha entre retratar e descrever começa a ser borrada pelo uso de inteligência artificial para inserir o rosto de pessoas no corpo de outras em vídeos pornográficos<sup>3</sup>.

## 2.2. O caráter privado

O segundo traço do *revenge porn* é que ao menos uma das pessoas envolvidas no momento retratado sente que ele era privado. A definição de “momento privado” não é simples e ocupa uma parcela significativa da doutrina e jurisprudência sobre direito e tecnologia – mesmo muito antes da Internet. Na era pré-HTTP, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu, em 1983, sobre a lei do censo populacional do ano anterior<sup>4</sup>. Muito antes da massificação do uso de dados pessoais por empresas privadas em um ambiente mundialmente interconectado, o Tribunal criou o conceito de autodeterminação informativa (MOREIRA, 1999, p. 160; LIMBERGER, 2000, p. 328). Trata-se do reconhecimento da autonomia individual nas escolhas sobre a ampli-

tude e contexto da disseminação, compartilhamento e uso de informações pessoais. Mas o marco jurisprudencial mais importante para o estudo contemporâneo da privacidade é a decisão do Tribunal Constitucional espanhol que reconheceu a existência de um “direito fundamental à proteção de dados de cunho pessoal” (PIÑAR MAÑAS, 2005, p. 26).

Evidentemente não tenho por objetivo aqui realizar revisão exaustiva da produção acadêmica nessa área, mas é importante destacar dois trabalhos especialmente relevantes para a definição dos contornos da privacidade em face do *revenge porn*. Primeiro, a meticulosa classificação produzida por Solove (2006) das diferentes instâncias e relações nas quais a privacidade opera. Sua descrição da *exposure* é especialmente pertinente para caracterizar o dano causado pela publicização de momentos íntimos. Segundo, o alerta realista feito por Galison e Minow (2005) de que o conceito comumente utilizado de “expectativa de privacidade” ancora o nível de proteção a uma realidade de gradual perda de privacidade e, portanto, coloca o conceito em uma espiral decrescente. A expectativa legalmente protegida de privacidade de potenciais vítimas de *revenge porn*, seria, nessa linha perigosa, cada vez menor. Existe, pois, uma vasta gama de critérios e parâmetros construídos para caracterizar interesses individuais legítimos em privacidade *on-line* e *off-line*, e sua utilização aqui é certamente proveitosa.

A natureza do momento privado para o *revenge porn* é relevante porque “ pornô ” sugere a retratação de relações sexuais. A percepção individual das pessoas envolvidas em relação ao que está realmente acontecendo não é pertinente para um conceito jurídico útil de *revenge porn*, entretanto. Um homem pode tirar uma foto em frente ao espelho parcialmente nu para mostrar a um amigo uma forte quei-

<sup>3</sup> Ver Vincent (2017).

<sup>4</sup> Ver Hornung e Schnabel (2009).

madura solar. Uma mulher poderia tirar uma *selfie* de si e de algumas amigas sem a parte de cima do biquíni em uma piscina privativa, com a intenção de mais tarde borrar os seios expostos e então postar a foto em uma rede social. Em nenhum dos dois casos o momento privado teve qualquer conotação sexual, mas, se qualquer uma das duas fotos fosse tornada pública (especialmente se a versão da segunda fosse a original), existiria interesse sexual de uma parte da audiência na Internet. É precisamente esse interesse que aparentemente causou o agrupamento de tais situações na categoria *revenge porn*.

Naturalmente, manter momentos não sexuais (segundo a interpretação das pessoas envolvidas) fora do escopo do instituto limitaria desproporcionalmente o uso de qualquer proteção legal desenvolvida até agora para as vítimas. Por essa razão, é melhor levar em conta o potencial interesse libidinoso daqueles que visualizam a mídia como um critério, mesmo que isso signifique que os visualizadores, e não as próprias pessoas na mídia sejam responsáveis por construir o contexto e a conotação dela. Esse critério potencialmente mais protetivo vem então mediante um custo que não deve ser negligenciado.

O fato de que a audiência – tradicionalmente, masculina – historicamente monopolizou a construção do sentido da sexualidade feminina é uma das razões pela qual o *revenge porn* atualmente tem um impacto especialmente perverso na vida de – quase sempre – vítimas mulheres. Os homens sempre definiram quais atitudes femininas e vestimentas, entre outros elementos, teriam características sexuais e quais não. Como resultado, os contornos da imoralidade feminina, bem como da imoralidade masculina em relação às mulheres, são altamente dependentes de conceitos de elaboração masculina, como a “depravação” feminina. Mulheres foram tradicionalmente marginalizadas e excluídas do desenvolvimento do discurso que define o que conta como “sexual” para elas mesmas. A aplicação de *standards* machistas na Internet atualmente fez com que empresas de redes sociais caracterizassem amamentação pública como comportamento inapropriado em razão de sua natureza sexual. Mulheres que escolhem expor seus seios em protestos feministas de rua ou em fotos têm sofrido com a mesma política. É evidente que um conceito de sexualidade definido pelo consumidor da mídia é um estigma que é imposto às mulheres há muito tempo.

Por essa razão, é absolutamente essencial que o segundo elemento do conceito de *revenge porn* seja sempre sopesado e aplicado em relação ao terceiro – a ausência de autorização das pessoas retratadas. Se há consentimento explícito das pessoas que aparecem na mídia, então o aspecto de momento íntimo ou o critério de natureza sexual sequer entram em jogo. Isso pode parecer trivial, mas os casos supracitados de expo-

sição pessoal instrumentalizada por mulheres atestam que, mesmo quando há a adesão delas, o tratamento jurídico dado à disseminação de certas fotos ou vídeos é inadequado.

Os outros dois cenários envolvem a falta de consentimento explícito dado pelas pessoas envolvidas. É apenas aqui, e mesmo assim com cautela, que o potencial interesse sexual da audiência pode ser útil para separar gravações que precisam ser removidas daquelas que exigem maior investigação. Ainda assim, a aplicação do teste pode ser ligeiramente menos machista se o foco da interpretação é a vontade e percepção da pessoa – frequentemente, uma mulher<sup>5</sup> – que é retratada sem consentimento. O consentimento é sobremaneira central porque o dano não decorre da exposição em si, mas da exposição que é feita em desacordo com a vontade da vítima<sup>6</sup>.

Primeiro, se a mulher reconhece a falta de autorização e decide usar mecanismos legais para remover a mídia, mas entende que ela não tem cunho íntimo ou sexual, então uma eventual escolha dela de buscar caminhos diferentes de tutela do que aqueles da remoção do *revenge porn* deve ser respeitada. Se essa situação específica é comum, na prática é irrelevante para o propósito de reconhecer o quão central é que seja respeitada, acima de tudo, a interpretação dos fatos realizada pela própria

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, o *revenge porn* pode ser descrito como apenas mais uma forma de violência contra a mulher: “A ‘pornografia de vingança’ tem se definido como uma relevante categoria em disputa nos últimos anos. Em meus esforços de pesquisa mais amplos, tento acompanhar de que maneira a categoria vem sendo definida e combatida nos diferentes contextos em que é mobilizada, esmiuçando as disputas simbólicas em jogo em sua construção e nas tentativas de defini-la como violência pensada a partir de uma perspectiva de gênero e em tipificação criminal” (LINS, 2016, p. 247-248).

<sup>6</sup> “Revenge porn victims are harmed precisely because they lose their anonymity - they are raised out of the anonymous masses and connected to specific nude pictures that will forever surface in Internet searches involving their name” (STROUD, 2014, p. 174).

vítima. Se as condições do caso particular permitirem, então a plataforma, agente policial ou magistrado, por exemplo, devem preocupar-se em indagar a vítima sobre isso.

Segundo, com grande frequência, a pessoa que aparece na mídia não pode ser identificada ou contatada, ou então não há tempo suficiente para fazê-lo antes de tomar as providências necessárias. Nesse cenário, a empresa ou a autoridade governamental responsável por tomar uma decisão rapidamente deveria realizar uma tentativa razoável de descobrir o que a mídia pode ensinar sobre a realidade da vítima e sua percepção individual, e então usar essa informação para buscar respeitar sua vontade. Por exemplo: a publicação em um *blog* brasileiro de um vídeo mostrando uma mulher inteiramente vestida penteando seu longo cabelo em seu quarto pode ser considerada mundana e não merecedora das medidas urgentes desenvolvidas para o *revenge porn*. Mas se for uma mulher muçulmana que escolhe invariavelmente cobrir seu rosto e cabelo com um *hijab* sempre que em público, então os representantes brasileiros da empresa que hospeda o *blog* deveriam tratar o vídeo da mesma forma que a filmagem de uma relação sexual não autorizada. A questão não é se o leitor regular do *blog* brasileiro teria interesse sexual na mulher vestida penteando seu cabelo. É se essa mulher teria aversão à ideia de que qualquer um poderia consumir o vídeo com um interesse devasso.

A resposta à primeira pergunta poderia ser a mesma se a vítima fosse a mulher mediana brasileira ou saudita. A resposta à segunda pergunta, entretanto, provavelmente diferiria. O funcionário do *blog*, ao analisar um pedido de remoção, ou a autoridade pública, ao decidir se tal pedido deve ser atendido, devem fazer um esforço para colocar-se no lugar da vítima em vez de aplicar *standards* comunitários

de decência sem sequer pensar duas vezes em quem a mulher retratada é ou quais seus sentimentos, percepções e interesses. Nesse exemplo, a pessoa deveria procurar por objetos no quarto, prestar atenção à música ou vozes no fundo, checar a nacionalidade dos usuários que acessaram o conteúdo ou que o curtiram, apoiaram ou compartilharam. Esse é o tipo de lógica não centralmente masculina, que poderia evitar que uma aparição pública proposital em *topless*, na qual a mulher está expressando um argumento político ou social, fosse censurada como pornográfica ou imoral.

Essa é uma avaliação subjetiva que deveria pecar pelo excesso, e não pela prudência. Na dúvida, pela remoção. Existem boas razões, entretanto, para manter um tratamento jurídico diferente entre publicações de gravações íntimas caracterizadas como *revenge porn*, de um lado, e a publicação de outras mídias potencialmente lesivas da privacidade, como fotos de um casamento privativo ou um vídeo de karaokê, de outro. Em ambas as situações, a proteção efetiva da privacidade requer uma restrição proporcional da liberdade de expressão e acesso à informação. As medidas legais estabelecidas para combater o *revenge porn* e proteger suas vítimas são apropriadamente urgentes e duras e normalmente constituem limitações razoáveis das liberdades informacionais que visam. O equilíbrio não seria adequado, no entanto, se as mesmas medidas fossem acionadas diante de alegações de direito ao esquecimento ou quando uma pessoa alega que sua vida pessoal está sendo indevidamente exposta pela narrativa – sem fotos – de uma biografia. O argumento de proteção mais ampla e robusta com o alargamento do conceito de *revenge porn* sempre aumenta o custo da livre manifestação. Uma definição que muito abrange poderia tornar mais fácil decidir o que é e não é *revenge porn*, mas cer-

tamente também enfraqueceria o argumento em prol de mecanismos legais rigorosos nos casos excepcionais. Isso seria um desserviço às vítimas, tanto quanto um desrespeito à sua dor: aplicar medidas previstas para o caso extremo do *revenge porn* diante de qualquer caso de invasão da privacidade ou intimidade faria o trauma brutal das vítimas do *revenge porn* parecer banal.

### 2.3. Consentimento

O terceiro elemento é o consentimento. É vital distinguir e registrar o momento do consentimento para disseminar a mídia. Além disso, o consentimento é específico em relação à audiência e ao meio.

Muitos dos casos que primeiro chamaram a atenção de acadêmicos e legisladores para o *revenge porn* envolviam o consentimento para gravar, mas não para compartilhar. Isso é normalmente determinado com base na cronologia dos casos. A vítima e a pessoa mais tarde responsável pela disseminação eram um casal em uma atmosfera de confiança e intimidade, o que levou a vítima a sentir-se confortável o suficiente para autorizar a gravação ou para registrar ela mesma a foto e compartilhá-la com o companheiro. Nesse primeiro momento, a autorização existe para a produção e acesso à mídia, ao passo que, em um segundo momento, o casal separou-se e nenhuma permissão foi dada, implícita ou explicitamente, para a disseminação.

A legalidade formal da ação da pessoa que gravou e depois postou a mídia na Internet sem a aquiescência da ex-companheira fez com que o *revenge porn* se tornasse um fenômeno muito preocupante a exigir solução urgente. Em muitos países, essa prática não constituía um crime e, da perspectiva do direito civil, a pessoa que havia feito a gravação tinha direito

de propriedade intelectual sobre o material<sup>7</sup>. Essa tendência foi, desde então, revertida, e dispositivos legais barrando a publicação sem consentimento foram criados, inclusive no Brasil, conforme já apontado anteriormente, em paralelo ao desenvolvimento de nova jurisprudência, que ajudou a construir o conceito de *revenge porn*. Naturalmente, gravações realizadas sem consentimento já eram, por princípio, de disseminação ilegal e geravam menos controvérsia.

Um ponto mais complexo é o tipo de autorização para publicação e compartilhamento fornecido pelas pessoas envolvidas. O consentimento, como a privacidade, tem diversos níveis<sup>8</sup>. Uma pessoa pode permitir que seu cônjuge tire uma foto sua com roupas íntimas fazendo uma pose engraçada, por exemplo, e além disso consentir que a foto seja compartilhada em um grupo familiar fechado no *WhatsApp*, *Facebook* ou em uma lista de *e-mails*. Segundo uma interpretação mais tradicional da separação entre as esferas pública e privada, essa segunda autorização poderia ser caracterizada como um ato de disponibilidade total do interesse de privacidade por parte da pessoa fotografada, já que ela permitiu que a foto fosse “tornada pública”.

Um entendimento mais matizado das dinâmicas de relações sociais *on-line* mostra que raramente existem escolhas sobre privacidade feitas pelos indivíduos em termos binários de sim ou não. Na prática, as pessoas tomam decisões cuidadosamente calibradas e contextualizadas sobre como e quando gostariam de

ser retratadas<sup>9</sup>. Aqui o conceito da autodeterminação informativa mostra-se especialmente útil, pois garante o protagonismo individual no delineamento (ainda que não na execução) dos interesses de privacidade. Isso significa, por exemplo, que a própria pessoa pode ter um interesse legítimo em não ficar sabendo de informações delicadas sobre si mesma<sup>10</sup>.

A regulação do *revenge porn* e sua aplicação judicial devem refletir essa complexidade e nunca presumir que o consentimento para o compartilhamento com uma determinada audiência em um determinado momento significa a autorização para disseminação indiscriminada.

## 2.4. Disseminação

Um último elemento do conceito de *revenge porn* é a disseminação da mídia. A experiência mostra que existe uma vasta gama de causas que poderiam resultar na publicação de uma mídia retratando um momento íntimo. Sob o ponto de vista do nível de reprovabilidade daquele que efetuou a disseminação, o espectro vai da ausência de intenção até a intenção com premeditação motivada pelo desejo real de vingança ou com a finalidade de lucro. A posição da conduta do disseminador nesse espectro de reprovabilidade, entretanto, tem pouca ou nenhuma relevância para o nível de dano para a vítima.

---

<sup>9</sup> É pioneiro e valioso, em razão dos mitos que derruba, o estudo empírico das práticas de privacidade de adolescentes feito por Marwick e Boyd (2014).

<sup>10</sup> “O dano se caracteriza pela violação de intimidade do paciente pela divulgação de informação não requerida. Não se está a discutir se o conhecimento da contaminação com vírus HIV gera dor ou sofrimento. Está a se afirmar que a divulgação de informação não requisitada gera a violação da intimidade da pessoa. A relação agora não é mais negativa, no sentido de impedir que outros acessem minhas informações, mas positiva, no sentido de não ter a pessoa a obrigação de ter o pleno conhecimento de sua situação de saúde” (MULHOLLAND, 2012, p. 6).

Infelizmente, o vazamento de senhas ou conteúdo privado são um aspecto comum na Internet atualmente, algo pelo qual a maioria das pessoas já passou. A mídia contendo um momento íntimo pode ser acessada e depois tornada pública em razão do vazamento da senha que protegia a conta na qual essa mídia estava hospedada. Ela também pode ser obtida por grupos que exploram falhas de segurança em sistemas *on-line* e nunca tiveram acesso a qualquer senha. Em ambos os casos, os responsáveis não apenas não têm qualquer intenção especial de vingança como nunca sequer conheceram pessoalmente as pessoas retratadas. Se as vítimas não são pessoas públicas, os responsáveis pelo vazamento da mídia não sabem nada sobre elas, com exceção possivelmente de dados pessoais padronizados ligados à conta que foi invadida, como o endereço de *e-mail*. Isso na verdade amplia a dor da vítima de duas formas. Primeiro, porque menospreza seu sofrimento e dignidade: quem praticou a disseminação da mídia não a conhece e não se importa. Segundo, a vítima tampouco sabe qualquer coisa sobre essa pessoa. Ela não tem rosto ou identidade. Isso aumenta a sensação de insegurança, e o medo de que tudo poderá acontecer novamente a qualquer momento<sup>11</sup>.

Nesses tipos de caso, a vítima nunca autorizou terceiros a gravá-la, muito menos a manter mídias íntimas sob sua posse. Frequentemente a conta comprometida pertencia à própria vítima. Normalmente, quando a conta pertencia a um atual ou antigo companheiro que havia obtido permissão para manter a mídia, também não há contribuição intencional dele para o ocorrido. Poderia haver, entretanto, contribuição por meio de negligência, que tenha facilitado o sequestro da conta. A pessoa de posse da mídia poderia, por exemplo, ter falhado em trocar sua senha após alertada pela empresa de hospedagem, *e-mail* ou rede social de que ela não era forte o suficiente ou havia sido comprometida em um vazamento maciço. Essa pessoa poderia ter sido alertada (e deixado de agir) pela vítima retratada na mídia de que o servidor contendo os arquivos não era seguro ou até de que eles deveriam ser movidos para outro lugar. A pessoa poderia ter recebido um pedido para que os arquivos fossem apagados, não ter atendido e tido sua conta invadida. Nesse cenário, haveria ao menos uma responsabilidade parcial.

Mais perto do extremo mais gravoso do espectro de reprovabilidade estão aqueles que obtiveram a mídia de terceiros ou encontraram-na em algum repositório *on-line* obscuro e, a partir daí, passaram a lucrar

---

<sup>11</sup> É importante o abrangente trabalho feito por Citron (2014, p. 54) de documentação de casos de abuso *on-line*, especialmente *revenge porn*. Ela nota, por exemplo, que muitas vezes os responsáveis agem como abutres, visando vítimas já previamente atingidas.

com ela. Isso, claro, sem nunca terem tomado medidas para averiguar se a vítima havia autorizado o compartilhamento. Finalmente, os casos emblemáticos de *revenge porn* são aqueles nos quais o ex-companheiro divulga fotos ou vídeos da vítima sem qualquer expectativa de ganho financeiro, mas com a intenção de infligir-lhe dor.

Essas situações diversas mostram que a vingança não é nem de perto um elemento decisivo do fenômeno e que “pornô” certamente não é uma descrição precisa, na maioria das vezes, do propósito para o qual a vítima permitiu ou realizou ela mesma a gravação. As pessoas responsáveis variam de um antigo interesse romântico a um desconhecido do outro lado do mundo<sup>12</sup>. O caráter altamente visível e notório do sofrimento da vítima é de certa forma afetado pela identidade do responsável ou seus motivos. Mais do que qualquer outra coisa, no entanto, o que efetivamente permite medir o dano são as características da mídia em si, bem como a duração e capilaridade de sua distribuição. O suicídio é a única solução encontrada por algumas pessoas porque a Internet nunca esquece<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup>Por essa razão, discordo de um conceito mais restritivo que abarque a prática apenas por ex-namorados ou cônjuges, como, por exemplo, aquele veiculado por Calvert (2015, p. 677): “Revenge porn typically consists of sexually explicit photos or videos that are uploaded on the Internet by former paramours – spurned ones, in particular, as the word ‘revenge’ connotes – without permission of the individuals depicted in them and sometimes accompanied by identifying information, such as names, addresses and Facebook accounts”.

<sup>13</sup>“A impossibilidade de apagar se interpõe como barreira ao esquecimento, impedindo ou dificultando a passagem do fluxo de parceiros. Nesse caso, a memória não só retorna como faz reféns os ex-amantes, num jogo de exposição exacerbada e (auto)impingida de uma intimidade que fora compartilhada a dois. Assim, o romance é marcado num momento em que se quer apagar todas as marcas; desaparece a significar os limites corporais como produtos de ciclos de vida e morte, passando a enxergá-los como falhas de uma *performance* ou provas de um mau desempenho e gestão de si como imagem” (FARIA; ARAÚJO; JORGE, 2015, p. 674).

### 3. Conclusão

É o traço comum desse tipo particular de dano moral que justifica a autonomia do *revenge porn* como classe ou grupo e dá a ele uniformidade. Isso não decorre de um conjunto de motivos comuns, de um tipo determinado de relação entre a vítima e a pessoa responsável pela disseminação, de um gênero ou orientação sexual pré-definida de algum dos envolvidos, ou, por fim, de uma característica sexual padronizada pretendida ou objetivamente verificável da mídia. De fato, o *revenge porn* é caracterizado pela multiplicidade de combinações das variáveis listadas, em paralelo com o tipo especial de sofrimento cruel das vítimas e o uso de ferramentas, canais e veículos *on-line* para disseminar e, por vezes, obter a mídia.

O que o *revenge porn*, o discurso de ódio e a difamação *on-line* têm em comum é que geram pedidos, notificações e litígio visando a supressão de informação que está disponível por causa da Internet. Apesar de solicitações de remoção e indenização chegarem ao Judiciário nos três tipos de casos, a resposta dos diferentes sistemas jurídicos não é a mesma para os três. A necessidade de combater o *revenge porn*, assim como a pornografia infantil, é um consenso mundial: é danoso e a censura é necessária. Um direito de resposta ou a mera compensação financeira, apenas, jamais seriam apropriados. As restrições ao discurso de ódio e à crítica ácida dirigida a pessoas privadas ou públicas, por outro lado, estão longe da unanimidade.

Existem principalmente três elementos que diferenciam o *revenge porn* de outros elementos informacionais cuja supressão é muitas vezes buscada: o interesse sexual no conteúdo; o fato de que não é uma descrição verbal ou escrita de uma pessoa, mas sim a exposição de



registros de mídia; e a novidade do fenômeno. Diferentemente do discurso de ódio ou da opinião que afeta a honra ou a imagem, o *revenge porn* resulta de condições técnicas especiais viabilizadas apenas pela Internet.

A resposta legal para o *revenge porn* tem dois problemas principais. O primeiro é a definição de critérios que não sejam tão amplos a ponto de gerar o risco de restringir a liberdade de expressão desproporcionalmente<sup>14</sup>. Aqui a definição de critérios é menos decisiva do que sua posterior interpretação isolada por magistrados. São necessários dois elementos de interpretação focados na autonomia e percepção da vítima que ajudariam não apenas a interpretação judicial, mas também decisões proativas de filtragem por parte de intermediários privados na Internet<sup>15</sup>.

Com base nos quatro elementos centrais da identificação do *revenge porn* desenvolvidos neste artigo, entendo que há maior indicação de tratar-se de mídia a ser removida quando i) as pessoas retratadas não têm a capacidade de normalmente alcançar o tamanho da audiência para a qual está sendo disponibilizada a mídia e ii) quando as pessoas envolvidas não possuem os meios para informar os intermediários sobre as condições ilegais da gravação ou disseminação da mídia. A capacidade comunicativa da vítima opera aqui como uma diretriz para aquele encarregado de tomar a decisão sobre remoção.

Fica claro que não toquei em um problema tão relevante quanto a adequada caracterização do *revenge porn*: a eficácia dos mecanismos de repressão<sup>16</sup>. Mas não há dúvida de que o aprimoramento do conceito com a definição criteriosa dos contornos do fenômeno e de sua antijuridicidade reflete de forma positiva no combate da prática.

## Sobre o autor

Ivar A. Hartmann é doutor em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; professor e pesquisador da

---

<sup>14</sup>“Careful and precise drafting can avoid these concerns. These drafting techniques are essential to any effort to criminalize revenge porn. Criminal laws are vulnerable to constitutional challenges if they are vague or overbroad” (CITRON; FRANKS, 2014, p. 386).

<sup>15</sup>Sobre a filtragem realizada pelos próprios usuários como maneira de restringir a disseminação de conteúdo ilegal na Internet, ver Hartmann (2017).

<sup>16</sup>Sobre isso, ver a proposta de aplicação da Lei Maria da Pena aos casos de *revenge porn* feita por Silva e Pinheiro (2017).

faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; coordenador do projeto Supremo em Números.  
E-mail: ivarhartmann@gmail.com

### **Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>17</sup>**

INTERNET REGULATION AND NEW CHALLENGES FOR THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: THE CASE OF REGENGE PORN

ABSTRACT: The concept of revenge porn remains insufficiently outlined by both scholarship and jurisprudence, in spite of the wide acknowledgement of its significant damaging effect on privacy and informational self-determination. A concept of revenge porn that is at the same time comprehensive, precise and, above all, focused on the victim's identity and autonomy, must consider four elements. A media actually displaying a person or a group of people, personal feeling by the people portrayed that this is an intimate moment, lack of authorization of the people portrayed for such dissemination, intentional dissemination of this media online.

KEYWORDS: REVENGE PORN. INTERNET. REGULATION. SOCIAL NETWORKS. FUNDAMENTAL RIGHTS.

### **Como citar este artigo**

(ABNT)

HARTMANN, Ivar A. Regulação da internet e novos desafios da proteção de direitos constitucionais: o caso do *revenge porn*. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 219, p. 13-26, jul./set. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p13](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p13)>.

(APA)

Hartmann, I. A. (2018). Regulação da internet e novos desafios da proteção de direitos constitucionais: o caso do *revenge porn*. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(219), 13-26. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p13](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p13)

### **Referências**

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

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 3 dez. 2012.

---

<sup>17</sup> Sem revisão do editor.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, 24 abr. 2014.

CALVERT, Clay. Revenge porn and freedom of expression: Legislative pushback to an online weapon of emotional and reputational destruction. *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, [S.l.], v. 24, n. 3, p. 673-702, 2015. Disponível em: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1570&context=iplj>>. Acesso em: 7 maio 2018.

CITRON, Danielle Keats; FRANKS, Mary Anne. Criminalizing revenge porn. *Wake Forest Law Review*, [S.l.], v. 49, p. 345-391, 2014. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2424&context=fac\\_pubs](http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2424&context=fac_pubs)>. Acesso em: 7 maio 2018.

CITRON, Danielle Keats. *Hate crimes in cyberspace*. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

FARIA, Fernanda Miana de; ARAÚJO, Júlia Silveira de; JORGE, Marianna Ferreira. Caiu na rede é *porn*: pornografia de vingança, violência de gênero e exposição da “intimidade”. *Contemporanea – Revista de Comunicação e Cultura*, [S.l.], v.13, n. 3, p. 659-677, set./dez. 2015. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/contemporaneapubscom/article/view/13999/10888>>. Acesso em: 7 maio 2018.

FRANKLIN, Zak. Justice for revenge porn victims: legal theories to overcome claims of civil immunity by operators of revenge porn websites. *California Law Review*, [S.l.], v. 102, n. 5, p. 1.303-1.335, 2014. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=4263&context=californialawreview>>. Acesso em: 7 maio 2018.

FRANKS, Mary Anne. Drafting an effective ‘revenge porn’ law: a guide for legislators. *Social Science Research Network*, Aug. 2015. Não paginado. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2468823](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2468823)>. Acesso em: 7 maio 2018.

GALISON, Peter; MINOW, Martha. Our privacy, ourselves in the age of technological intrusions. In: WILSON, Richard Ashby (Ed.). *Human rights in the ‘war on terror’*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 258-294.

HARTMANN, Ivar A. Let the users be the filter?: crowdsourced filtering to avoid online intermediary liability. *Journal of the Oxford Centre for Socio-Legal Studies*, [S.l.], n. 1, p. 21-47, 2017. Disponível em: <<https://joxcls.com/2017/11/22/let-the-users-be-the-filter-crowdsourced-filtering-to-avoid-online-intermediary-liability1/>>. Acesso em: 7 maio 2018.

HORNUNG, Gerrit; SCHNABEL, Christoph. Data protection in Germany I: the population census decision and the right to informational self-determination. *Computer Law & Security Review*, [S.l.], v. 25, n. 1, p. 84-88, Dec. 2009.

JANSEN, Sue Curry; MARTIN, Brian. The Streisand effect and censorship backfire. *International Journal of Communication*, [S.l.], v. 9, p. 656-671, 2015. Disponível em: <<http://ijoc.org/index.php/ijoc/article/view/2498/1321>>. Acesso em: 7 maio 2018.

LIMBERGER, Têmis. A informática e a proteção à intimidade. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 26, n. 80, p. 319-333, dez. 2000.

LINS, Beatriz Accioly. “Ih, vazou!”: pensando gênero, sexualidade, violência e internet nos debates sobre “pornografia de vingança”. *Cadernos de Campo*, São Paulo, v. 25, n. 25, p. 246-266, 2016. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/114851/134104>>. Acesso em: 7 maio 2018.

MARWICK, Alice E.; BOYD, Danah. Networked privacy: how teenagers negotiate context in social media. *New Media & Society*, [S.l.], v. 16, n. 7, p. 1.051-1.067, July 2014.

MOREIRA, Renato de Castro. O direito à liberdade informática. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 26, n. 76, p. 139-167, dez. 1999.

MULHOLLAND, Caitlin. O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade. *Civilistica.com*, [S.l.], ano 1, n. 1, p. 1-11, 2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp>>

content/uploads/2012/09/Direito-de-nao-saber-civilistica.com-1.-2012.pdf>. Acesso em: 7 maio 2018.

PINAR MAÑAS, José Luis. El derecho fundamental a la protección de datos personales (LOPD). In: \_\_\_\_\_ (Dir.). *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 19-36.

SARLET, Ingo W. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. 81, p. 325-386, 2005.

SILVA, Artenira da Silva e; PINHEIRO, Rossana Barros. Exposição que fere, percepção que mata: a urgência de uma abordagem psicossociojurídica da pornografia de vingança à luz da Lei Maria da Penha. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 62, n. 3, p. 243-265, set./dez. 2017. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/53834/34346>>. Acesso em: 7 maio 2018.

SOLOVE, Daniel J. A taxonomy of privacy. *University of Pennsylvania Law Review*, [S.l.], v. 154, n. 3, p. 477-560, Jan. 2006. Disponível em: <[https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev.477\(2006\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue3/Solove154U.Pa.L.Rev.477(2006).pdf)>. Acesso em: 7 maio 2018.

STROUD, Scott R. The dark side of the online self: a pragmatist critique of the growing plague of revenge porn. *Journal of Mass Media Ethics*, [S.l.], v. 29, n. 3, p. 168-183, 2014.

VINCENT, James. AI tools will make it easy to create fake porn of just about anybody. *The Verge*, [S.l.], Dec. 12, 2017. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2017/12/12/16766596/ai-fake-porn-celebrities-machine-learning>>. Acesso em: 4 maio 2018.

# A DRU e a deformação do sistema tributário nacional nestes 30 anos de Constituição

ONOFRE ALVES BATISTA JÚNIOR  
MARINA SOARES MARINHO

**Resumo:** O presente artigo parte do arranjo federativo delineado na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) para demonstrar que a União criou um sistema de arrecadação paralelo ao desvincular parcela das suas receitas. As contribuições sociais estão sujeitas a regulação menos rigorosa que os impostos. Além disso, o produto de sua arrecadação não é partilhado com Estados ou Municípios. A razão pela qual a CRFB ressaltou esses recursos, ainda que o princípio federativo demande a subsidiariedade dos entes, é a sua destinação específica. Não obstante, a União desvincula 30% do produto da arrecadação das contribuições para utilizar em seu orçamento fiscal sem partilhar os recursos com os Estados e Distrito Federal, em fraude à Constituição. Neste trabalho, analisaremos os efeitos da fraude e a solução jurídica para saná-la.

**Palavras-chave:** Federalismo. Contribuições. Desvinculação. DRU. Fraude à Constituição.

## 1. Introdução

O federalismo aparece como princípio em todas as Constituições brasileiras desde 1891. Durante o regime militar, Estados e Municípios perderam poder político: o AI-2 (BRASIL, 1965a) estabeleceu eleições indiretas para governadores e o Decreto-lei nº 200/1967 (BRASIL, 1967b) obrigou os governos estaduais e municipais a se submeterem às normas de organização administrativas federais. No campo fiscal, os entes subnacionais tiveram sua autonomia bastante diminuída em razão

Recebido em 22/5/18  
Aprovado em 1/7/18

da redução das transferências intergovernamentais de recursos e da imposição de limites rígidos ao poder de tributar.<sup>1</sup>

A situação começou a se reverter nos anos 1980, durante o governo de João Figueiredo (1979-1985), quando foram realizadas eleições diretas para governadores. Affonso (2000, p. 134) explica que o hiato de sete anos entre as eleições diretas para governadores (em 1982) e a eleição presidencial (em 1989) fez com que a luta pela democratização se identificasse com um verdadeiro combate pela descentralização. O longo período de centralismo autoritário deu ensejo a uma força motriz centrífuga ampla, que reunia não apenas as lideranças locais, mas forças políticas relevantes do cenário nacional.

Nesse contexto, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 promoveu o processo mais democrático de participação que o Brasil já experimentou: era formada principalmente por atores políticos eleitos pela população e valeu-se de emendas populares, por meio das quais os cidadãos indicavam diretamente sua sugestão. O resultado de quase dois anos de debates foi uma carta constitucional que refletiu, fundamentalmente, a oposição ao centralismo autoritário vivido nos anos anteriores.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988), instituída à luz da redemocratização do País, firmou o federalismo como princípio constitucional garantidor da descentralização do poder político e fiscal. Buscou romper com a tradição centralizadora que acompanhou Constituições anteriores em menor ou maior medida, formatando uma verdadeira federação. Assim, o princípio federativo aparece como cláusula pétrea, devendo ser mantido o equilíbrio federativo, não se admitindo sua ruptura sequer por emendas constitucionais.

A descentralização idealizada pelo constituinte está umbilicalmente relacionada à autonomia de cada ente, como decorrência direta dos subprincípios do federalismo: subsidiariedade e maior participação

---

<sup>1</sup> Como afirma o economista Varsano (1997, p. 9): “Para assegurar a não interferência das unidades subnacionais na definição e controle do processo de crescimento, o seu grau de autonomia fiscal precisava ser severamente restringido. Assim, o poder concedido aos estados para legislar em matéria relativa ao ICM foi limitado, de modo que o imposto gerasse arrecadação sem que pudesse ser usado como instrumento de política; e os recursos transferidos foram, em parte, vinculados a gastos compatíveis com os objetivos fixados pelo governo central. Após completada a reforma [tributária, que deu origem ao sistema implantado entre 1964 e 1966], os estados sofreram limitações adicionais ao seu poder de tributar e, já em 1968, no auge do autoritarismo, também as transferências foram restringidas. O Ato Complementar nº 40/68 reduziu, de 10% para 5%, os percentuais do produto da arrecadação do IR e do IPI destinados aos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios (FPE e FPM). Em contrapartida, criou o Fundo Especial (FE), cuja distribuição e utilização dos recursos era inteiramente decidida pelo poder central, destinando a ele 2% do produto da arrecadação daqueles tributos. O ato complementar também condicionou a entrega das cotas dos fundos a diversos fatores, inclusive à forma de utilização dos recursos. A autonomia fiscal dos estados e municípios foi reduzida ao seu nível mínimo, aí permanecendo até 1975”.

possível. O primeiro exige que se maximize “o contributo de cada indivíduo para a formação da vontade comunitária”, de forma que apenas haja influência dos demais entes nas hipóteses estritamente necessárias (subsidiariamente) (ZIPPELIUS, 1997 apud DERZI; BUSTAMANTE, 2015, p. 472);<sup>2</sup> o outro estabelece a necessidade de aumentar a aproximação entre governantes e governados.

Não há como falar em autonomia, requisito do princípio da subsidiariedade, e fundamental para permitir a participação em igualdade de consideração, sem “independência financeira”. Em outras palavras, não é possível exercer autonomamente os poderes políticos atribuídos sem suporte financeiro; da mesma forma, é impossível realizar qualquer projeto de governo sem os recursos necessários para tanto. Apenas é possível falar em autogoverno, auto-organização e autoadministração se houver recursos disponíveis para exercê-los. A dependência financeira destrói a autonomia de governo porque subordina a atuação de um ente ao auxílio do outro e tudo isso só ocorre na prática com o alinhamento das demais pessoas políticas às propostas do ente central.<sup>3</sup>

Atentos a essa questão, os Constituintes responsáveis pela redação das normas relativas ao sistema tributário ampliaram a autonomia fiscal dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal (DF), valendo-se dos tributos e das transferências intergovernamentais.

---

<sup>2</sup> Para Baracho (1995, p. 52), “a definição da subsidiariedade tem apresentado diversos alcances e conteúdos. Conceitua-se subsidiariedade como princípio, pelo qual as decisões, legislativas ou administrativas devem ser tomadas no nível político mais baixo possível, isto é, por aquelas que estão o mais próximo possível das decisões que são definidas, efetuadas e executadas. Está assim o princípio de subsidiariedade relacionado com a situação constitucional definida nas competências dos entes que compõem o tipo de Estado consagrado (Unitário, Autônomo, Regional ou Federal) e o processo de descentralização política e administrativa”.

<sup>3</sup> Ver Arabi (2016, p. 13-14).

Os Estados passaram a ter competência para fixar autonomamente as alíquotas do ICMS, que teve sua hipótese de incidência alargada abrangendo também os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, bem como combustíveis e energia elétrica; eliminou-se a faculdade atribuída à União de instituir isenções de impostos estaduais e municipais e vedou-se a imposição de condições ou restrições à entrega e ao emprego de recursos distribuídos àquelas unidades. Antes mesmo da promulgação da CRFB, os fundos de participação dos Estados (FPE) e dos Municípios (FPM) foram reforçados com um aumento significativo no volume de transferências da receita dos dois principais impostos arrecadados pela União (IR e IPI), antes mesmo da promulgação da nova Carta constitucional (Emenda Constitucional (EC) nº 23/1983) (BRASIL, 1983).

No âmbito da autonomia financeira, a cada ente federado foi assegurada competência tributária, desde logo atribuída pela CRFB, nos artigos 153 (União), 155 (Estados e DF) e 156 (Municípios e DF). Da mesma forma, nos artigos 157 a 159, além dos tributos da competência de cada um dos entes, a CRFB firmou transferências que deveriam complementar os recursos necessários, com os quais cada uma das pessoas políticas poderia contar para cumprir seu papel. Nesse sentido, o texto constitucional estabeleceu, exaustivamente, as competências de cada um dos entes, bem como as suas fontes de receitas (tributos e transferências). Em outras palavras, estabelecidas as atribuições e firmadas as fontes de recursos necessários (autonomia financeira), o Brasil poderia finalmente se aproximar do ideal de uma federação.

Todavia, apesar de o arranjo constitucional preconizar a descentralização e o federalismo cooperativo, o modelo constitucional foi sen-

do tendencialmente erodido ao longo dos anos. É possível identificar, já no início anos 1990, propostas de emendas constitucionais que conduzem à “recentralização” e ferem a autonomia dos entes estaduais e municipais,<sup>4</sup> além do prejuízo causado pelo arrastamento do conflito envolvendo os altíssimos juros cobrados pela União aos Estados e ao DF.

No contexto do movimento centralizador protagonizado pelo governo de Fernando Henrique Cardoso, foi criado em 1994 o Fundo Social de Emergência (FSE), que permitiu a desvinculação de receitas da União (DRU) para comporem um fundo temporário e justificado por seu caráter emergencial. A técnica da desvinculação está vigente até os dias de hoje e é uma das grandes responsáveis pela existência de dois sistemas paralelos de arrecadação tributária no Brasil: o das contribuições e o dos impostos. A sua utilização configura fraude à Constituição, por evitar que os efeitos jurídicos derivados dos mandamentos de cláusula pétrea se efetivem. O instituto ainda é pouco explorado na doutrina constitucionalista, mas o seu estudo é fundamental para fazer valer o que a CRFB, em sua integridade, demanda do federalismo.

## 2. As transferências intergovernamentais

A CRFB, em respeito ao princípio federativo, configurou o Sistema Tributário Nacional (STN) de forma minuciosa e complexa. Ela garantiu a autonomia dos entes federados traçando um sistema articulado e rigoroso de tributos e transferências constitucionais intergovernamentais para que, assim, Estados, Municípios e DF pudessem cumprir sua missão constitucional.<sup>5</sup>

Com relação aos tributos próprios, a CRFB especifica detalhadamente nos artigos 153 a 156 os impostos que cabem a cada um dos entes federados. Não obstante, no art. 154 traz a possibilidade de a União instituir “impostos residuais” e, em situações excepcionais, “im-

---

<sup>4</sup>Em 1990, o então presidente Fernando Collor de Mello tenta aliar-se aos governadores eleitos para aprovar o chamado “Emendão” (reformas fiscal e tributária), utilizando a dívidas dos Estados como moeda de troca para promover alterações que acabariam por prejudicar as regiões do Norte, Nordeste e Centro-Oeste. Justamente porque os governos estaduais saem fortalecidos do processo democratizador, a articulação dos governadores no Congresso Nacional conseguiu impedir a aprovação da proposta. Para mais informações a respeito do federalismo na redemocratização brasileira, ver Abrucio (1998). Ver também Bercovici, Andrade e Massonetto (2006, p. 176).

<sup>5</sup>As transferências constitucionais não foram criadas com a CRFB. A Constituição de 1934 (BRASIL, 1934) inovou ao prever a repartição entre diferentes esferas de governo. O Fundo de Participação dos Estados (FPE), por exemplo, foi incluído na Constituição de 1946 (BRASIL, 1946) por meio da EC nº 18/1965 (BRASIL, 1985b). O que a CRFB promoveu foi a significativa ampliação dos repasses e a sua verticalização (entes maiores a entes menores).



postos extraordinários” (em caso de guerra externa) (BRASIL, 1988). Nos artigos 157 e 158 está prescrito que parcela do valor arrecadado pelos entes maiores “pertence” aos entes menores, desde o momento da arrecadação. Por sua vez, no art. 159 a CRFB determina a entrega de recursos arrecadados pela União aos entes estaduais e municipais, seguindo a mesma lógica vertical. Especificamente quanto aos tributos federais, a CRFB prevê a partilha do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (IR), do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio, Seguro, ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF) e do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR) (BRASIL, 1988). Apenas não são repartidos os impostos com finalidade claramente extrafiscal. Também em homenagem ao princípio federativo, o art. 157, II, da CRFB estabelece que pertencem aos Estados e ao DF 20% do produto da arrecadação do “imposto residual” que a União instituir no exercício da competência atribuída pelo art. 154, I.<sup>6</sup>

O STN admite o aumento da carga tributária no Brasil para fazer frente a eventuais necessidades de caixa de seus entes. Entretanto, esse incremento deve ocorrer, sobretudo, por meio do aumento das alíquotas (ou da base de cálculo) dos impostos exaustivamente previstos na CRFB. Da mesma forma, ela previu a possibilidade de incremento da arrecadação tributária da União por meio dos impostos residuais. Entretanto, o modelo tributário, em sintonia com o princípio federativo, prevê o compartilhamento das receitas dos impostos. Essa é a arquitetura fundamental do Sistema Tributário Nacional firmada no pacto federativo de 1988. Com relação aos impostos residuais, os artigos 154, I, e 157, II, da CRFB são dispositivos constitucionais originários, claramente concebidos para impedir que a União amplie sua “dominação” sobre os demais entes por meio da concentração de recursos financeiros. O Constituinte originário buscou, no traçado do STN, impedir que a União priorizasse a arrecadação de impostos que não fossem afetados pelas transferências intergovernamentais – em outras palavras, ele foi estruturado para impedir o desequilíbrio federativo.

A CRFB previu a possibilidade de instituição de imposto novo caso houvesse a necessidade de aumento da receita tributária, mas, para manter a integridade de seu sistema normativo em absoluta sintonia com o princípio federativo, estabeleceu mecanismo para evitar que a União ampliasse sua arrecadação com base em impostos não compartilhados

---

<sup>6</sup>“Art. 154. A União poderá instituir: I – mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição” (BRASIL, 1988).

e provocasse desigualdade nas relações intergovernamentais, pois a concentração de recursos financeiros no ente central ofende ao ideal democrático-descentralizador da CRFB e ataca o princípio federativo, na medida em que afeta a autonomia (financeira e política) dos demais entes, que precisam se valer da “política dos pires nas mãos” para cumprir suas obrigações. Portanto, o STN também foi desenhado para garantir o equilíbrio federativo, em especial para impedir que os governadores (ou mesmo que os prefeitos) sejam subjugados e precisem submeter-se aos desmandos do Executivo federal para cumprirem suas missões constitucionalmente estabelecidas.

O art. 145 da CRFB (BRASIL, 1988) também prevê a possibilidade da instituição de taxas e de contribuições de melhorias. Entretanto, esses são tributos vinculados e de cunho contraprestacional, que se destinam a fazer face às despesas específicas (e divisíveis) que lhes deram origem. Da mesma forma, no art. 148 da CRFB admite-se o estabelecimento, pela União, de empréstimos compulsórios (que, por serem “empréstimos”, devem ser devolvidos) e, no art. 149, o estabelecimento de contribuições. No que diz respeito a estas, sua característica essencial (e que as diferencia dos impostos, nos termos do art. 167, IV) é o fato de terem destinação constitucionalmente especificada. Não são compartilhadas, por óbvio, porque se destinam a fazer face a despesas específicas do ente tributante – essa é sua nota característica.

Ocorre que desde 1994 a União tem lançado mão das contribuições sociais para abastecer seu orçamento fiscal, em manobra ofensiva a todo o STN. Normas infraconstitucionais foram editadas em evidente contrariedade ao ideal democrático-descentralizador da CRFB e em ofensa ao princípio federativo, com o intuito

de evitar os efeitos decorrentes do aumento ou da instituição de impostos (compartilhamento de receitas). Em outras palavras: sob a batuta da União, normas tributárias foram promulgadas para aumentar a carga tributária sem promover a repartição dos recursos arrecadados com os entes federados menores, no claro intuito de “contornar” as exigências do princípio federativo.

### 3. A Desvinculação das Receitas da União (DRU)

Ao analisar o STN, muitos economistas vislumbram funções distintas para duas das espécies tributárias previstas no texto constitucional: os impostos e as contribuições. Para Rezende, Oliveira e Araujo (2007), as contribuições sociais têm características próprias (submetem-se apenas ao princípio da anterioridade nonagesimal e podem ser reguladas por leis ordinárias) e o produto de sua arrecadação tem destinação específica, razão pela qual não deve ser repartido com os demais entes da federação. Entretanto, como observam os economistas, a competência para a instituição de contribuições sociais tem sido usada de forma a “contornar” a arquitetura fundamental do sistema tributário brasileiro:

O sistema tributário e o regime de financiamento da seguridade social, embora concebidos para serem independentes, acabaram nascendo unidos pelo abdômen. Desde então, o crescimento da seguridade provocou a atrofia da federação. Com o crescimento das contribuições para a seguridade, a qualidade da tributação foi se deteriorando, ao mesmo tempo que o objetivo de reforçar a federação, conforme a intenção dos constituintes, foi sendo progressivamente abandonado (REZENDE; OLIVEIRA; ARAUJO, 2007, p. 12).

No mesmo sentido, Dornelles explica que a União ampliou sua arrecadação com contribuições, não por técnica tributária, mas para burlar o princípio federativo:

Essa não foi apenas uma questão tributária, no sentido mais restrito. A questão federativa foi decisiva. Como reação à descentralização da reforma de 1988, a União passou a cobrar cada vez mais contribuições – e mesmo taxas –, e, em consequência, reduziu a importância relativa dos impostos, cuja receita era compartilhada com estados e municípios. Foi no bojo dessas mudanças que foram criadas a COFINS, a CSLL, a CPMF e as CIDEs. Além de afetar o equilíbrio federativo, a justiça social e a eficiência econômica também foram prejudicadas, porque muitas dessas contribuições têm natureza regressiva e cumulativa. São cobradas de forma invisível, embutidas nos preços dos bens e serviços, e, hoje, já propiciam uma arrecadação maior que aquela derivada dos impostos clássicos (DORNELLES, 2008, p. 11).

Esse verdadeiro “sistema paralelo de arrecadação tributária” foi decisivamente impulsionado pela Desvinculação das Receitas da União (DRU), nome atual do Fundo Social de Emergência (FSE), que também já foi chamado de Fundo de Estabilização Fiscal (FEF). Atualmente, por meio da DRU, não são afetados (portanto, são desvinculados) 30% da arrecadação com contribuições sociais ao orçamento da Seguridade Social, e das contribuições de intervenção no domínio econômico e taxas federais às suas rubricas específicas. Assim, esses recursos podem ser utilizados no orçamento fiscal da União.

Formatado para “contornar” o STN e o princípio federativo, o mecanismo da desvinculação foi originalmente forjado pela Emenda Constitucional de Revisão (ERC) nº 1/1994 (BRASIL, 1994), que incluiu os artigos 71, 72 e 73 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da CRFB. Nos anos 1990, houve nítido movimento no sentido de “recentralização” política no Brasil por meio de medidas que provocaram a redução da autonomia financeira dos Estados e Municípios e, assim, aumentaram o poderio fiscal da União (ARRETCHE, 2012, p. 34). Ainda no governo de Itamar Franco (1992-1995), o então ministro da Fazenda Fernando Henrique Cardoso idealizou a proposta de ECR que visava a desvincular parcela dos tributos federais para tentar amenizar os efeitos negativos da implantação do Plano Real.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Consta da Exposição de Motivos nº 395/1993 (CARDOSO, 1993, p. 120) que “o principal motivo do FSE seria equacionar o financiamento dos principais programas sociais que, na proposta orçamentária original, mesmo após os cortes feitos, teriam de ser financiados por fontes inflacionárias”. O FSE foi aprovado prevendo também o financiamento de outros programas especiais de relevante interesse econômico e social, não especificados – o que permitiu que a União utilizasse os valores desvinculados até para pagar o décimo-terceiro salário do Presidente da República (KRIEGER, 1995).

A proposta expressamente consignava que a duração do FSE seria de apenas dois anos, para abranger o último ano do governo Itamar e o primeiro ano do governo que o sucedesse. Valendo-se do mesmo discurso de barganha utilizado com os governadores quando da aprovação da Lei Kandir, o governo federal firmou a promessa de que não haveria ônus reais para Estados e Municípios, porque as eventuais perdas seriam compensadas.<sup>8</sup>

A ECR nº 1/1994 estabeleceu que o FSE duraria apenas entre 1994 e 1995. Porém, sobreveio a EC nº 10/1996 (BRASIL, 1996), que prorrogou o FSE até 1997 e alterou sua denominação para Fundo de Estabilização Fiscal (FEF). Ato contínuo, a EC nº 17/1997 (BRASIL, 1997) prorrogou o FEF até 31/12/1999.<sup>9</sup> Finalmente, a EC nº 27/2000 (BRASIL, 2000) criou a DRU, que foi prorrogada sucessivamente pelas ECs nºs 42/2003, 56/2007, 68/2011 e 93/2016 (BRASIL, 2003, 2007b, 2011b, 2016b). Esta última emenda prorrogou a DRU até 31/12/2023 (versão legislativa atualmente vigente).

A reedição sucessiva de ECs prorrogando a DRU evidencia sua natureza permanente. A Exposição de Motivos nº 395/1993 (BRASIL, 1993) justificava a medida pelo seu caráter emergencial (em razão da inflação); entretanto, sua prorrogação no tempo prova que não se trata de medida de cunho provisório. Na

---

<sup>8</sup> Nas palavras de Cardoso (1993, p. 121): “As perdas nas transferências obrigatórias para Estados e Municípios decorrentes da criação do Fundo Social de Emergência serão compensadas pela receita adicional dos Fundos de Participação que resultará do aumento de mais de 15 por cento na arrecadação dos impostos federais previsto para 1994, por consequência do enorme esforço no combate à sonegação que a Receita vem promovendo com significativo sucesso, bem como da arrecadação do IPM e do COFINS”. Como houve redução dos repasses relativos à CIDE, está em trâmite atualmente no STF a ADI 5.628 (BRASIL, 2017a), na qual o Estado de Minas Gerais atua como *amicus curiae*.

<sup>9</sup> O art. 3º da EC nº 17/1997 trouxe também a previsão de compensação de perdas aos Municípios porque foram desvinculadas as receitas do ITR.

verdade, a DRU passou a funcionar como mecanismo perene de equalização orçamentária. Nesse sentido são as afirmações do chefe da Assessoria Especial da Receita Federal ao comentar a reforma da Previdência Social:

Dado que a DRU não funciona mais como mecanismo para transferir recursos do Orçamento da Seguridade para o Orçamento Fiscal, por que mantê-la? Qual o interesse do Governo Federal em renová-la, toda vez que o prazo de validade expira?

A resposta é simples: ao longo do ano, algumas despesas ocorrem antes das outras. Há meses em que não há recursos suficientes no Orçamento Fiscal para pagar todas as despesas daquele orçamento, enquanto há sobras temporárias no Orçamento da Seguridade, e vice-versa. O que a DRU faz é permitir que, temporariamente, recursos de um orçamento cubram despesas do outro orçamento. A DRU simplesmente dá flexibilidade para se gerenciar as fontes de recursos que cobrem a despesa de cada mês (MENDES, 2017).

Marcos Mendes é muito claro ao declarar que a DRU fornece “flexibilidade” para operar o orçamento fiscal e cobrir as despesas, mês a mês. No entanto, o art. 165 da CRFB estipula que o orçamento fiscal da União deve ser mantido separadamente do orçamento da Seguridade Social. Melhor dizendo: a CRFB propositadamente segregou os orçamentos e diferenciou sua fonte de custeio. As contribuições sociais são tributos especificamente criados para financiar o orçamento da Seguridade Social. Houve indiscutível esforço para proteger a Seguridade, dado o caráter social da CRFB.

A relação entre a destinação do produto da arrecadação e a definição da espécie tributária já suscitou muito debate entre os juristas especializados na matéria, porque, apesar de as contribuições já existirem antes da CRFB – na

Constituição de 1967<sup>10</sup> – foi somente com a nova ordem constitucional que seu regime jurídico foi rigidamente determinado.<sup>11</sup> A doutrina unanimemente reconhece a destinação do produto da arrecadação como critério definidor da espécie tributária “contribuição” (LOBATO, 2016).

O que diferencia as contribuições dos impostos, nos exatos termos da CRFB, é a destinação preestabelecida do produto de sua arrecadação. E justamente por isso (coerência), o STN constitucionalmente desenhado estabeleceu que, havendo necessidade de aumentar a arrecadação por demanda do orçamento fiscal (sem vinculação do produto da arrecadação), a União deveria aumentar ou instituir imposto e não contribuições. Ressalte-se que a CRFB não previu a partilha dos recursos arrecadados com as contribuições, em especial, em razão de sua vinculação.<sup>12</sup>

Assim, a União, ao aumentar a arrecadação com contribuições sociais e desvincular parcela da receita com o tributo, tão somente amplia sua arrecadação fiscal. Desequilibrando o pacto federativo, o governo central desvincula parcela das receitas das contribuições sociais para utilizá-las livremente. É certo que a União focou seus esforços arrecadatórios nessa espécie tributária, criando verdadeiro “sistema tributário paralelo”. Entre 1994 e 2002, a carga tributária brasileira subiu de 24% para 34% do PIB. Nesse mesmo período, a parcela das contribuições na receita total cresceu de 11% para 48%. Melo (2005, p. 854) afirma que, até o final da década de 1990, dois terços de todo valor arrecadado pela Receita Federal do Brasil (RFB) vieram das contribuições. Em 2016, a arrecadação com PIS e COFINS representou nada menos que 4,06% do PIB brasileiro; as contribuições para a Seguridade Social, como um todo, representaram 11,16% do PIB, superando as fontes de financiamento do orçamento fiscal da União (7,93%) (BRASIL, 2017b).

---

<sup>10</sup> “Art. 158. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: [...] § 1º – Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total. § 2º – A parte da União no custeio dos encargos a que se refere o nº XVI deste artigo será atendida mediante dotação orçamentária, ou com o produto de contribuições de previdência arrecadadas, com caráter geral, na forma da lei” (BRASIL, 1967a).

<sup>11</sup> A propósito, o Código Tributário Brasileiro (CTN) foi promulgado em 1966 e o seu art. 5º classificou como tributos apenas (i) os impostos, (ii) as taxas e (iii) as contribuições de melhoria, uma vez que adotou o fato gerador como único identificador do tributo (art. 4º). “Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei; II – a destinação legal do produto da sua arrecadação” (BRASIL, 1966, grifos nossos).

<sup>12</sup> Reiteramos que, no caso da Seguridade Social, seu orçamento é separado do orçamento fiscal da União (art. 165, § 5º, III, da CRFB). No mesmo sentido, as receitas dos Estados destinadas à Seguridade Social constam de orçamentos específicos que não integram o orçamento fiscal do Estado. É bom ressaltar que existem outras fontes de custeio da Seguridade Social, como multas, doações e legados, entre outras.

Apesar de todas as controvérsias, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou constitucional a criação e a prorrogação da DRU. No RE nº 537.610/RS (BRASIL, 2009), o relator (ministro Cezar Peluso) entendeu que a vinculação da destinação do produto da arrecadação das contribuições sociais não ofende a CRFB. Em outra oportunidade, vale ressaltar, o Plenário do STF decidiu que eventual inconstitucionalidade na desvinculação parcial da receita das contribuições não teria como consequência a devolução ao contribuinte do montante correspondente ao percentual desvinculado. Como firmado pelo STF, apenas há direito à repetição do indébito quando a tributação é inconstitucional ou ilegal.<sup>13</sup>

Partindo, pois, da premissa de que a desvinculação e o tributo são constitucionais, o que se questiona é não dividir com os Estados parte da receita desvinculada. O entendimento da União, que não promove a entrega dos recursos, configura flagrante fraude à CRFB, pois o STN, em sintonia com o princípio fede-

rativo, determina a partilha das receitas tributárias com os Estados.<sup>14</sup>

#### 4. A fraude à Constituição

A fraude à lei, consagrada pelo direito e pela doutrina, ocorre quando o agente, para escapar dos resultados previstos por uma norma específica (que deveria ser aplicada), se vale de outra dada para finalidades distintas. Assim, uma norma serve de verdadeiro “anteparo” para evitar as consequências jurídicas de outra. Segundo a melhor doutrina, a fraude à lei ocorre quando se intenta amparar um resultado dissonante com uma lei em outra disposição, prevista, em verdade, para uma finalidade diferente (DE CASTRO apud ROSEMBUJ, 1994, p. 13). Um negócio em fraude à lei, por exemplo, ocorre quando se utiliza um tipo de negócio, ou um procedimento negocial, com o intuito de evitar as normas ditadas para regular outro tipo de relação jurídica qualificada (aquela cuja regulação é a que corresponde à finalidade verdadeiramente pretendida com a atividade posta em prática).

Assim, a fraude à lei pressupõe a presença de duas normas: uma “norma instrumento de cobertura” e uma “norma fraudada”. Supõe-se que determinado resultado, que seria espe-

<sup>13</sup> Ementa: “DIREITOS CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS DA UNIÃO – DRU. ART. 76 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DA DRU E O DIREITO À DESONERAÇÃO TRIBUTÁRIA PROPORCIONAL À DESVINCULAÇÃO. ILEGITIMIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A questão nuclear deste recurso extraordinário não é se o art. 76 do ADCT ofenderia norma permanente da Constituição da República, mas se, eventual inconstitucionalidade, conduziria a ter a Recorrente direito à desoneração proporcional à desvinculação das contribuições sociais recolhidas. 2. Não é possível concluir que, eventual inconstitucionalidade da desvinculação parcial da receita das contribuições sociais, teria como consequência a devolução ao contribuinte do montante correspondente ao percentual desvinculado, pois a tributação não seria inconstitucional ou ilegal, única hipótese autorizadora da repetição do indébito tributário ou o reconhecimento de inexistência de relação jurídico-tributária. 3. Não tem legitimidade para a causa o contribuinte que pleiteia judicialmente a restituição ou o não recolhimento proporcional à desvinculação das receitas de contribuições sociais instituída pelo art. 76” (BRASIL, 2015a, p. [1]).

<sup>14</sup> Cumpre fazer o *distinguishing* entre o caso em tela e aquele oferecido à análise do STF pelos Municípios que se sentiram lesados pela falta de compartilhamento (FPM) da receita desvinculada das contribuições em decorrência da DRU (por exemplo o RE 793.578 AgR/CE) (BRASIL, 2015b). Sustentaram os entes menores que a DRU promoveu a transformação da espécie tributária das contribuições sociais em imposto (Imposto de Renda, na maioria das petições apresentadas). Não se pretende, aqui, questionar a constitucionalidade da DRU. Da mesma forma, o que aqui se discute é a *necessidade de aplicação da norma fraudada* (art. 157, II), que determina que pertence aos Estados e DF 20% (vinte por cento) do produto da arrecadação do imposto residual. O art. 157, II não inclui os Municípios na partilha do produto da arrecadação do imposto residual. Ver ainda o RE 793.564 AgR/PE (BRASIL, 2014a).

rado por meios jurídicos normais, pode ser conseguido com meios jurídicos que, natural e primariamente, têm fins diversos (MARTÍN QUERALT et. al., 1997, p. 229).

A diferença entre a fraude à lei e a atividade *contra legem* está no fato de que neste se verifica *infração frontal e aberta* a uma norma, ao passo que na fraude à lei não se ataca especificamente a norma fraudada, mas se realizam *negócios jurídicos tendentes a substituir tal norma*, para que em seu lugar se aplique outra, que favoreça os resultados desejados (ROSEMBUJ, 1994, p. 15). Trata-se, portanto, de vulneração oblíqua a uma norma proibitiva ou imperativa, indierrogável pela vontade das partes.

Para alguns, é essencial ao conceito de fraude à lei que a norma objeto da fraude seja uma norma proibitiva (que determina a ilicitude do fim perseguido) ou uma norma preceptiva (que consente a realização do fim só com a adoção de uma determinada forma).<sup>15</sup> Entretanto, a doutrina mais moderna entende que, embora a figura histórica da fraude à lei se tenha limitado a normas proibitivas, o conceito hoje<sup>16</sup> pode ser tomado como cláusula geral do direito aplicável a todos os casos de elisão normativa e não apenas aos de elisão a normas proibitivas ou preceptivas que determinem forma específica.<sup>17</sup>

Foi nesse sentido que o ordenamento jurídico espanhol reconheceu a evolução das

elaborações doutrinárias e jurisprudenciais, na reforma de 1974, e introduziu a figura da “fraude à lei” no Código Civil espanhol, cujo artigo 6.4 dispõe que “os atos realizados ao amparo do texto de uma norma que estabeleça um resultado proibido pelo ordenamento jurídico ou contrário a ele, serão considerados atos em fraude à lei, que não podem impedir a aplicação da norma que se pretende elidir”.<sup>18</sup>

A forma mais adequada de se entender a cláusula geral, portanto, é a de que a fraude à lei pressupõe uma “circunvolución de la ley”, ou como enfatiza a mais abalizada doutrina, se utiliza “un medio indirecto para eludir la aplicación de la norma, tratando de ampararse en otra ley que sólo de manera aparente protege o ato realizado” (ROSEMBUJ, 1994, p. 19-29).

O Código Civil espanhol alerta para três importantes características dos atos em fraude à lei: (1) ato realizado ao amparo de um texto legal de uma norma; (2) esses atos devem perseguir um fim proibido pelo ordenamento jurídico ou contrário a ele; (3) os atos não impedem a aplicação da norma fraudada.

Quanto ao primeiro ponto, pode-se verificar que a fraude à lei é passível de materializar-se com a realização de um ato ou de uma cadeia de atos combinados, sendo que, nesse último caso é possível observar a mais perfeita licitude dos atos tomados isoladamente. Quanto ao segundo, ele traz à baila a questão de se saber se a fraude à lei exige a intenção fraudulenta do agente, ou se, ao contrário, basta que se verifique o resultado antijurídico (proibido ou contrário ao ordenamento jurídico). Como

<sup>15</sup> Por todos, ver Xavier (1971, p. 22-23).

<sup>16</sup> Para bem se verificar a evolução do conceito, ver Morello (1969).

<sup>17</sup> Conforme Rosembuj (1994, p. 69): “el fraude de ley puede cometerse no sólo con respecto a la norma prohibitiva, sino, también a la imperativa, en cualquiera de sus formulaciones.” Na mesma direção, Gallo (1990, p. 7-18): “o instituto da fraude à lei não deve ser considerado somente em função das normas proibitivas – estou convencido de que as normas imperativas materiais também podem ser objeto de fraude, quer se trate de normas institutivas de deveres, proibições, ônus, ou ainda, imperativos condicionados – v.g. ocorrido certo pressuposto tributário nasce o dever constitucional de pagar o tributo”.

<sup>18</sup> Nos termos do Código Civil espanhol: “Artículo 6.4: Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir” (ESPAÑA, 1889, p. 13).

assinala Rosembuj (1994),<sup>19</sup> a melhor doutrina entende que não é necessário que a pessoa que realiza o ato tenha a intenção de burlar a lei, porque o objetivo essencial da concepção de fraude à lei é defender o cumprimento das normas e não a repressão de qualquer intenção maliciosa. Quanto ao terceiro requisito, na fraude à lei aplica-se a norma fraudada. Se a norma fraudada é proibitiva, o ato será nulo;<sup>20</sup> por outro lado, nos demais casos, o ato será válido, mas os seus efeitos serão dados pelo previsto na norma elidida. Portanto, num ato em fraude à lei, por exemplo, a reação que o direito consagra é a aplicação da norma destinada a regulá-lo (norma fraudada), em lugar da norma que o agente intenta amparar-se (norma de cobertura). Não há aplicação analógica, mas a imposição da norma que realmente está destinada a regular o negócio efetivamente praticado (ROSEMBUJ, 1994, p. 305).

A conduta em fraude à lei não constitui um ilícito em sentido técnico, ainda que produza um resultado com “certo matiz antijurídico”.<sup>21</sup> No Brasil, de acordo com Nobre Júnior (2014), embora o art. 166, *caput*, do Código Civil<sup>22</sup> consigne que é nulo o negócio jurídico praticado em fraude à lei, essa não é a consequência principal do reconhecimento

do comportamento fraudador.<sup>23</sup> Conforme o autor, retomando os ensinamentos de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, em primeiro lugar está a aplicação da lei defraudada porque “toda vez que a ordem jurídica, para a hipótese de sanar violação de norma imperativa, refere-se a um resultado específico, este deverá preponderar sobre a nulidade” (NOBRE JÚNIOR, 2014, p. 139).<sup>24</sup> Enfim, na fraude à lei, em regra, deve-se aplicar a norma fraudada; apenas quando a norma fraudada é proibitiva o ato será nulo.

Torna-se necessário, assim, demarcar o campo de antijuridicidade que se verifica. Pode-se facilmente perceber que a fraude à lei configura um “ataque” a uma norma singular ou ao ordenamento jurídico considerado como um todo. Nesse último sentido, a fraude à lei significa ofensa contra o espírito e a finalidade de todo o ordenamento jurídico (contra o sistema jurídico), ou seja, abrange atos que perseguem um resultado proibido ou contrário ao sistema tomado globalmente (ROSEMBUJ, 1994, p. 25-27). Por certo, o ordenamento jurídico deve ser compreendido como um sistema coerente. Por isso, para determinar se houve fraude à lei, o sentido da norma deve ser apurado com base no conjunto dos dispositivos legais sistematicamente vislumbrados, não se devendo acolher tão somente a letra fria de uma lei isolada.

<sup>19</sup> Em suas palavras: “lo que se sanciona en el fraude a la ley no es la mala fe o la intención maliciosa del agente, sino el acto de incumplimiento de las leyes. Do mesmo modo, afirma Sols Lucía que no será tanto el hecho de engañar o defraudar, sino el perseguir con éxito un resultado prohibido, para cuya obtención fue necesario trazar un camino tortuoso” (ROSEMBUJ, 1994, p. 23-27).

<sup>20</sup> Cumpre verificar que, nesse sentido, a fraude à lei imperativa está prevista no art. 166, VI, do atual Código Civil (BRASIL, 2002).

<sup>21</sup> Como salientam Bayona e Soler (apud ROSEMBUJ, 1994), a fraude à lei não está contemplada no Direito sancionador e, nesse sentido, a conduta não constitui um ilícito em sentido técnico, ainda que, como afirmam Cortés e Martín Delgado (apud ROSEMBUJ, 1994, p. 305), “su validez produzca un resultado de cierto matiz antijurídico”.

<sup>22</sup> “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...] VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa” (BRASIL, 2002).

<sup>23</sup> A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) também contemplou a hipótese de fraude à lei: “Art. 9º – Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação” (BRASIL, 1943).

<sup>24</sup> Inclusive, uma vez que a fraude à lei não exige a presença do dolo para se materializar, sem maiores polêmicas é possível valer-se do art. 170 do Código Civil para promover a conversão dos efeitos do negócio de cobertura naqueles do negócio fraudado. “Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade” (BRASIL, 2002).



É consabido que a CRFB também pode ser fraudada quando o intérprete se vale de omissões legislativas,<sup>25</sup> de leis ou mesmo de emendas constitucionais para feri-la obliquamente. Nesses casos, a “fraude à Constituição” ocorre quando o operador do direito “contorna” os mandamentos constitucionais valendo-se de lacunas, de leis de suporte ou mesmo de emendas constitucionais. A fraude à Constituição, assim, não traduz uma infração frontal e aberta à norma constitucional, mas sim uma espécie de “vulneração oblíqua” aos mandamentos constitucionais. Ocorre, na verdade, uma “circunvolución de la Constitución”, razão pela qual não se pode falar em inconstitucionalidade.

Tal como na fraude à lei, o aplicador vale-se de um dispositivo constitucional previsto para certa finalidade (norma de cobertura) a fim de elidir a aplicação de outro (norma fraudada) que, na verdade, não produz as mesmas consequências jurídicas. O aplicador apoia-se num dispositivo constitucional de cobertura para elidir os efeitos de outro dispositivo constitucional, que é, assim, fraudado. Por vezes, a fraude à Constituição decorre de uma ofensa oblíqua ao sistema constitucional como um todo; da mesma forma, em outras situações, o aplicador busca contornar a força vinculante de um princípio constitucional fulcral – uma cláusula pétrea. É patente que mesmo emendas constitucionais devem respeito a princípios constitucionais fulcrais; por conseguinte, o aplicador do direito não pode apoiar-se em normas constitucionais de cobertura (dadas para finalidade distinta) com o propósito de elidir a força vinculante de normas principiológicas fulcrais.

Na realidade, existem duas normas constitucionais igualmente válidas, e o aplicador do direito busca amparar-se numa delas para evitar os resultados jurídicos da outra. O aplicador, ao buscar amparo num dispositivo constitucional de cobertura, obscurece (ou busca obscurecer) os efeitos que decorrem da norma fraudada. Os dispositivos – os de cobertura e os fraudados – são igualmente constitucionais e juridicamente válidos e perfeitos, não se podendo falar em inconstitucionalidade de um ou de outro. No entanto, na fraude à Constituição, o sistema constitucional como um todo é atacado e um princípio fulcral da Constituição pode ser vulnerado se os efeitos da norma de cobertura

---

<sup>25</sup> Conforme aduziu o ministro Celso de Mello em seus votos nos seguintes mandados de injunção nºs 670, 708 e 712 (BRASIL, 2008a, 2008b, 2008c): “Em suma, senhores Ministros, as considerações que venho de fazer somente podem levar-me ao reconhecimento de que não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia da União Federal, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis – a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional –, traduz um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República” (BRASIL, 2008a, p. 124).

forem elididos. Não se trata, nesse caso, de declarar inconstitucional nenhum dispositivo de uma EC, mas de não permitir a vulneração oblíqua da Constituição como um todo, nem que um princípio constitucional fulcral seja contornado. Desse modo, a fraude à Constituição só pode ser afastada impondo-se os efeitos jurídicos da norma constitucional fraudada. Afastar a fraude à Constituição é medida que se impõe ao intérprete que pretende fazer valer a vontade de Constituição (para concretizar a ordem constitucional).<sup>26</sup>

Na interpretação conforme a Constituição, o intérprete deve afastar situações concretas que acarretem inconstitucionalidade (no caso concreto), mantendo-se íntegro e válido o dispositivo legal. Para que não ocorra uma inconstitucionalidade, o intérprete não pode aplicar a lei a determinadas situações concretas, embora não ocorra a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal. Da mesma forma, na fraude à Constituição não ocorre uma declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal (ou de EC), mas o intérprete deve aplicar os efeitos da norma constitucional fraudada para que não ocorra uma inconstitucionalidade. Apenas assim o sistema constitucional como um todo não é atacado, nem um princípio constitucional fulcral é vulnerado.

Como explicam Barroso e Barcelos (2003, p. 165), a ordem jurídica constitucional é um sistema, o que pressupõe unidade, equilíbrio e harmonia. Se normas constitucionais colidem, o intérprete busca harmonizar os comandos ou interesses que se contraponham. No caso em questão, o intérprete, ao aplicar os efeitos da norma constitucional fraudada, promove a *pacificação do ordenamento, harmonizando normas constitucionais*, evitando, assim, a ofensa à arquitetura fundamental do sistema constitucional, bem como que se abra ferida em princípio constitucional fulcral.

A questão não é novidade para o STF. A propósito, no julgamento do RE 637.485/RJ (BRASIL, 2013), o STF analisou o caso de um prefeito que, tendo cumprido dois mandatos seguidos em determinado município, concorreu, em seguida, a outro mandato em outro município. Com efeito, o § 5º do art. 14 da CRFB dispõe que o “Presidente da República,

---

<sup>26</sup>“Vontade de Constituição” é termo cunhado por Hesse (2009) para explicar como a Constituição se converte em força ativa para realizar as tarefas que ela impõe. Nas suas palavras: “A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas [que ela impõe] forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Enfim, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se estiverem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*)” (HESSE, 2009, grifos nossos).

os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente” (BRASIL, 1988). O ministro relator Gilmar Mendes reconheceu o argumento do Ministério Público Eleitoral, que já havia sido aceito no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), de que a reeleição, nessas condições, configuraria “fraude à Constituição”. Cabe conferir trechos do julgado:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Senhor Presidente, inicio louvando o voto do Ministro Gilmar Mendes – completo, como de hábito –, e dizer que comungo da tese central defendida por Sua Excelência, que, de fato, há *fraude à Constituição* quando, embora aparentemente haja uma licitude formal no ato de mudança de domicílio, na verdade, o que está havendo é uma fraude à Constituição. Porque *se pretende, mediante expedientes pretensamente lícitos, ferir de morte a norma da Carta Magna, que é uma norma fundamental, que faz parte inclusive do núcleo central do princípio republicano – que é a proibição de reeleições sucessivas. [...]*

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Exatamente. Eu disse isso. *A prática constitucional mostrou que, de fato, o princípio republicano estava sendo violado. Numa interpretação literal – de novo volto a dizer –, um texto, uma modificação dessa dimensão, ela acabou por produzir uma modificação em todo o texto constitucional e, por isso, fomos apreendendo aos poucos a sua repercussão. Inicialmente, se fosse aqui ou acolá um caso tópico, mas se viu que se poderia engendrar fórmulas até mesmo para usar a influência, não é?* (BRASIL, 2013, p. [89-90], grifos nossos).

O STF também recorreu à concepção de fraude à Constituição no julgamento do MS 34.070 MC/DF (BRASIL, 2016a), que analisou a nomeação do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva como ministro-chefe da Casa Civil. A decisão do ministro relator Gilmar Mendes foi fundamentada na teoria dos ilícitos atípicos, mais especificamente do desvio de finalidade e da fraude à lei (que menciona em diversos trechos do julgado). *In casu*, a única medida apontada como possível para a correção dos efeitos provocados seria a declaração de nulidade do ato de nomeação. Uma exposição da questão merece destaque:

Apesar de ser atribuição privativa do Presidente da República a nomeação de Ministro de Estado (art. 84, inciso I, da CF), o ato que visa o preenchimento de tal cargo deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais, mais notadamente os da moralidade e da impessoalidade (interpretação sistemática do art. 87 c/c art. 37, II, da CF).

A propósito, parece especialmente ilustrativa a lição de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, na obra “Ilícitos Atípicos”. Dizem os autores, a propósito dessa categoria: “Os *ilícitos atípicos* são ações que, prima facie,

*estão permitidas por uma regra, mas que, uma vez consideradas todas as circunstâncias, devem considerar-se proibidas” (ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Rui. Ilícitos Atípicos. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 12). E por que devem ser consideradas proibidas? Porque, a despeito de sua aparência de legalidade, porque, a despeito de estarem, à primeira vista, em conformidade com uma regra, destoam da razão que a justifica, escapam ao princípio e ao interesse que lhe é subjacente. Trata-se simplesmente de garantir coerência valorativa ou justificativa ao sistema jurídico e de apartar, com clareza, discricionariedade de arbitrariedade. O mesmo raciocínio abarca os três institutos bem conhecidos da nossa doutrina: abuso de direito, fraude à lei e desvio de finalidade/poder. Todos são ilícitos atípicos e têm em comum os seguintes elementos: (1) a existência de ação que, prima facie, estaria em conformidade com uma regra jurídica; (2) a produção de um resultado danoso como consequência, intencional ou não, da ação; (3) o caráter injustificado do resultado danoso, à luz dos princípios jurídicos aplicáveis ao caso e (4) o estabelecimento de uma segunda regra que limita o alcance da primeira para qualificar como proibidos os comportamentos que antes se apresentavam travestidos de legalidade.*

Especificamente nos casos de desvio de finalidade, o que se tem é a adoção de uma conduta que aparenta estar em conformidade com um certa regra que confere poder à autoridade (regra de competência), mas que, ao fim, conduz a resultados absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional desse mandamento e, por isso, é tida como ilícita.

Aplicando essas noções ao caso em tela, tem-se que a Presidente da República praticou conduta que, *a priori*, estaria em conformidade com a atribuição que lhe confere o art. 84, inciso I, da Constituição – nomear Ministros de Estado. Mas, ao fazê-lo, produziu resultado concreto de todo incompatível com a ordem constitucional em vigor: conferir ao investigado foro no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2016a, p. 18-19, grifos nossos).<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Outra oportunidade em que o STF analisou o instituto da fraude à lei foi no julgamento do MS 28.447/DF (BRASIL, 2011a), que discutia processo eleitoral de cargos de direção de Tribunais de forma diversa do art. 102 da Lei Complementar nº 35/1979 (BRASIL, 1979) (LOMAN). Salientem-se estes trechos do voto do ministro Cezar Peluso: “Em segundo lugar – e isto é importante dizer – a palavra ‘fraude’ em Direito tem vários significados, mas particularmente dois são muito distintos. No campo do Direito Civil e no campo do Direito Criminal, a palavra ‘fraude’, quando se refere a fraude contra credores, a modalidade típica de crime etc., envolve sempre presunção ou ideia de má-fé, de malícia. Não, porém, no campo da Teoria Geral do Direito, onde a famosa ‘fraude à lei’, a *fraus legis*, que é instituto que deita raízes no Direito Romano, nada tem de indagação subjetiva. Não se trata, no exame desse instituto, de verificar se a pessoa agiu, ou não, com propósito de vulnerar a lei, com propósito de causar dano a outrem, com propósito, enfim, de falsear alguma coisa. A ‘fraude à lei’ significa postura tendente a evitar que uma norma cogente, que incidiu, seja aplicada e, como diz Pontes de Miranda, mediante expediente de invocar-se outra norma, cuidando que o juiz se engane na aplicação das normas. Noutras palavras, a ‘fraude à lei’ pode ocorrer sem que as pessoas envolvidas tenham um mínimo ânimo de malícia, de má-fé, de dolo. Trata-se de colher dado objetivo, isto é, de verificar se há, ou não, expediente tendente a contornar a aplicação de norma cogente que incidiu, mas que não foi aplicada. Por quê? Porque se levou ou poderia levar o juiz aplicador a um engano. É disso que se trata no caso” (BRASIL, 2011a, p. 129-130, grifos nossos). O voto do ministro Cezar Peluso, em mesmo sentido, guiou a decisão na ADI 3.566-3/DF, em 15/2/2007 (BRASIL, 2007a) – posteriormente alterada pelo citado MS 28.447/DF.

## 5. Da fraude à Constituição no caso da DRU

A não partilha com os Estados da parcela das contribuições sociais desvinculadas em razão da DRU adequa-se perfeitamente à questão dos “ilícitos atípicos” ou da “fraude à Constituição”. Como se viu, o FSE foi criado em 1994 como medida temporária de saneamento financeiro e estabilização econômica, idealizado conjuntamente com diversas medidas na seara econômica que, após algum tempo, deveriam promover o equilíbrio fiscal brasileiro em bases permanentes. Essa medida foi considerada constitucional pelo STF no julgamento do RE 537.610/RS (BRASIL, 2009).<sup>28</sup> Entretanto, o Fundo foi reiteradamente prorrogado e sua denominação foi alterada.

O STN foi originalmente desenhado para garantir o equilíbrio federativo e o constituinte originário previu a situação de a União instituir novos impostos para financiar despesas adicionais de seu orçamento fiscal. O art. 154, I, da CRFB, apresenta exatamente o mecanismo que permite o exercício de competência residual para instituir impostos não previstos no art. 153. Em respeito ao princípio federativo, o produto da arrecadação desse imposto pertence aos Estados e DF na razão de 20% nos termos do art. 157, II, da CRFB. O sistema tributário na CRFB foi desenhado em sintonia com o ideal democrático-descentralizador e com o princípio federativo.

As reiteradas alterações e prorrogações do FSE e da DRU, que culminaram com a desvinculação de 30% das contribuições e taxas, evidenciam o desejo de a União valer-se dessa espécie tributária para financiar seu orçamento fiscal (o que é admitido sem rodeios pela Receita Federal). Isso significa que as contribuições sociais, por exemplo, que têm sua receita vinculada à uma finalidade social específica, servem agora (30% da receita delas) para abastecer os cofres da União e para aumentar seu poderio financeiro. O que era temporário tornou-se permanente e as contribuições foram, em alguma medida, desnaturadas.

A DRU desvincula relevante percentual da arrecadação para finalidades não previstas constitucionalmente. A sistemática ignora os elementos essenciais que distinguem as contribuições das demais espécies tributárias, que são justamente a destinação específica e a referibilidade a determinado grupo. Com a DRU, pelo menos sob o ponto de vista

---

<sup>28</sup> A DRU também teve a sua constitucionalidade confirmada em outros precedentes, como no RE 805.477 AGR/ES (BRASIL, 2014b), no RE 793.578 AGR/CE (BRASIL, 2015b) e no RE 793.564 AGR/PE (BRASIL, 2014a). No RE 566.007/RJ (BRASIL, 2015a) julgado pelo Plenário e com repercussão geral reconhecida, não foi analisada a constitucionalidade da DRU, especificamente, mas o direito do contribuinte à desoneração proporcional à desvinculação das contribuições sociais recolhidas, o que lhe foi negado.

doutrinário, foi modelada uma espécie de *tributo misto* – um “monstrengo” com corpo de contribuição e cabeça de imposto. A União, porém, apoiada (aparentemente) por uma norma de cobertura (art. 76 do ADCT), utiliza as contribuições para finalidades arrecadatórias e, ao não compartilhar nenhum percentual da parcela desvinculada com os Estados e DF, fraudada o STN como um todo e tenta contornar o princípio fulcral do federalismo. A CRFB, assim, sob o ponto de vista tributário e financeiro, é ofendida em sua arquitetura basilar e o princípio federativo sofre ofensa oblíqua.

Como se não bastasse, a DRU retira dinheiro que deveria ser aplicado em programas sociais e os desloca para outros gastos, sobretudo para o pagamento de rentistas, fazendo retroceder (inconstitucionalmente) direitos sociais. Em vez de instituir imposto residual, que, à luz do sistema tributário constitucionalmente traçado, se presta exatamente para esse fim, a União procurou criar tributos não compartilhados para tentar elidir o princípio federativo. A CRFB é fraudada na medida em que as contribuições sociais são utilizadas para financiar o orçamento fiscal da União sem partilhar com os Estados e com o DF parcela da receita arrecadada. Da mesma forma, o princípio federativo é obliquamente lesado na medida em que a parcela desvinculada da receita das contribuições sociais não é partilhada com Estados e DF.

Em síntese, a União apoia-se nos dispositivos que majoram as contribuições sociais e nos que veiculam a DRU conjuntamente e toma-os como “normas de cobertura” para elidir os efeitos da norma constitucionalmente prevista para a majoração da carga tributária – ou seja, para a instituição de novos impostos (residuais). Em ofensa “oblíqua” ao STN e ao princípio federativo, a União fraudada a norma que prevê os impostos residuais e que determina que eles sejam compartilhados. O economista Fernando Rezende, ex-presidente do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e autor de diversas obras sobre o sistema tributário dual criado a partir das contribuições sociais, deixa isso bem claro:

Como se estava descentralizando o capítulo tributário, aumentou-se o percentual do IR e IPI que ia para Estados e Municípios (a ideia era que o governo federal, Estados e Municípios, juntos, bancassem a conta em função desse orçamento da seguridade). Só que ninguém podia obrigar Estados e Municípios a contribuir. E, logo depois da Constituição, a economia entrou em crise, os benefícios da descentralização não foram tão grandes. Como consequência, o governo federal teve de bancar sozinho o aumento do gasto com previdência, saúde etc. E aí surgiu o dilema: se aumentasse o IR e o IPI, teria de repassar mais da metade do dinheiro aos Estados. A saída? “Vamos usar as contribuições”. As consequências foram a redução das transferências para Estados e Municípios e aumento do conflito federativo. Todas essas questões estão inter-relacionadas.

Se não desatarmos esse nó, eliminando a distinção entre imposto e contribuição, o problema irá persistir (PEREIRA; COSTA; FREITAS, 2009, p. 28).

Desde o primeiro momento, era manifesta a intenção do governo federal de elidir a cláusula pétrea do federalismo. Todavia, na interpretação constitucional não se deve, necessariamente, fazer prevalecer a vontade da União. A *mens legis* não se identifica necessariamente com a vontade do governo central; a norma constitucional sequer reproduz mecanicamente a vontade do legislador.<sup>29</sup> Em respeito à vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*) e em reverência ao princípio fulcral do federalismo e ao sistema constitucional tributário como um todo, cumpre afastar a fraude à Constituição, para obrigar o governo federal a aplicar a norma fraudada, partilhando com os Estados e DF parcela da receita desvinculada das contribuições sociais.

A norma constitucional que prevê a instituição dos impostos residuais (norma fraudada) define a repartição de receitas tributárias com os Estados e DF, na razão de 20% do produto da arrecadação dos tributos que vierem a ser instituídos, quando se pretender ampliar as receitas fiscais da União Federal. Nesse compasso, a fraude à Constituição só pode ser evitada aplicando-se o disposto no art. 157, II, da CRFB à parcela desvinculada das contribuições sociais. No mesmo sentido é o argumento de Barroso (1999):

Sem que se opere algum tipo de ruptura na ordem constituída – como um movimento revolucionário ou a convocação do poder constituinte originário –, duas são as possibilidades legítimas de mutação ou transição constitucional: (a) através de uma reforma do texto, pelo exercício do poder constituinte derivado, ou (b) através do recurso aos meios interpretativos. A *interpretação evolutiva* é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes.

Esse mesmo entendimento é reafirmado por Barroso (2015, p. 164-165, grifos nossos) em outro texto:

A *interpretação construtiva* consiste na ampliação do sentido ou extensão do alcance da Constituição – seus valores, seus princípios – para o fim de criar uma nova figura ou uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente, ao menos não de maneira expressa. Já a

---

<sup>29</sup> Como afirma Reale (1982, p. 594), “o que é mais relevante não é a *occasio legis*, a conjuntura em que editada a norma, mas a *ratio legis*, o fundamento racional que a acompanha ao longo de toda a sua vigência”.

*interpretação evolutiva* se traduz na aplicação da Constituição a situações que não foram contempladas quando de sua elaboração e promulgação, por não existirem nem terem sido antecipadas à época, mas que se enquadram claramente no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional.

A interpretação constitucional não é processo estanque. O art. 157, II, da CRFB, em virtude do princípio federativo, previu o compartilhamento federativo dos impostos residuais. Esse é o instrumento previsto pelo STN para aumentar as receitas vocacionadas a atender ao orçamento fiscal da União. Nesse sentido, é bom remarcar que para os demais impostos (com finalidades arrecadatórias) a CRFB prevê expressamente a obrigatoriedade da repartição com os entes subnacionais. Por isso, em respeito ao princípio da unidade da Constituição e para se afastar a fraude, a ampliação da arrecadação fiscal da União, por meio da receita desvinculada das contribuições sociais (não partilhadas com os Estados), reclama que 20% do produto dessa arrecadação seja compartilhado com o Fundo de Participação dos Estados (FPE).

Tal como na *interpretação conforme* ou na *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, o Direito fornece o instrumental mais adequado para fazer valer a vontade da CRFB sem a necessidade de se pronunciar a nulidade de dispositivos constitucionais – medida extrema quando não existem caminhos que privilegiem a presunção de constitucionalidade.<sup>30</sup> Tal como para evitar a fraude à lei cumpre impor os efeitos da norma fraudada: a aplicação da norma constitucional fraudada evita a fraude à Constituição, sem a necessidade de declaração de inconstitucionalidade.

Dessa forma, em face do princípio federativo e do STN como um todo, cumpre afastar a fraude à Constituição, e isso só pode ocorrer com a partilha com o FPE de 20% dos recursos desvinculados das contribuições sociais, conforme estabelece o art. 157, II, da CRFB.

---

<sup>30</sup> Cumpre verificar a lição de Bonavides (2004, p. 518-519, grifos nossos) sobre a *interpretação conforme da Constituição*: “Deriva outrossim do emprego de tal método a consideração de que não se deve interpretar isoladamente uma norma constitucional, uma vez que do conteúdo geral da Constituição procedem princípios elementares da ordem constitucional, bem como decisões fundamentais do constituinte, que não podem ficar ignorados, cumprindo levá-los na devida conta por ensejo da operação interpretativa, de modo a fazer a regra que se vai interpretar adequada a esses princípios ou decisões. Daqui resulta que o intérprete não perderá de vista o fato de que *a Constituição representa um todo ou uma unidade e, mais do que isso, um sistema de valor*.” Ainda: “Como se vê, esse meio de interpretação contém um *princípio conservador da norma*, uma determinação de fazê-la sempre subsistente, de não a eliminar com facilidade do seio da ordem jurídica, explorando ao máximo e na mais ampla latitude todas as possibilidades de sua manutenção. Busca-se desse modo *preservar a autoridade do comando normativo*, fazendo o método ser expressão do ‘favor legis’ ou do ‘favor actus’, ou seja, *um instrumento de segurança jurídica contra as declarações precipitadas de invalidade da norma*”.



## 6. Conclusão

A DRU sempre foi alvo de polêmicas porque altera uma premissa básica da instituição de contribuições: a vinculação do produto de sua arrecadação. Se a princípio se acreditava que a “desvinculação de receitas” seria temporária, hoje, após 14 anos de vigência, não restam dúvidas quanto ao seu caráter permanente. Na medida que elide a repartição de receitas e ofende de forma oblíqua o princípio federativo, a desvinculação das contribuições sociais – que nasceu para ser transitória – frauda a Constituição.

Desse modo, para que não seja elidido o art. 157, II, da CRFB, em respeito ao princípio federativo e ao STN, ao menos 20% da parcela desvinculada da arrecadação das contribuições sociais devem ser partilhados com os Estados e com o Distrito Federal. Apenas assim se pode afastar a fraude à Constituição. Entendimento diverso significa pactuar com um arranjo ofensivo ao princípio federativo, que tem contribuído para o desequilíbrio da Federação.

### Sobre os autores

Onofre Alves Batista Júnior é doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; pós-doutor em Direito (Democracia e Direitos Humanos) pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; professor de Direito Público na graduação e na pós-graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.  
E-mail: onofrejb@hotmail.com

Marina Soares Marinho é bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; mestranda em Direito e Justiça (Direito Tributário) na Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; assistente do Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.  
E-mail: marinasoaresmarinho@gmail.com

### Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>31</sup>

THE UNION'S REVENUES DECOUPLING AND THE NATIONAL TAX SYSTEM DEFORMATION THROUGHOUT 30 YEARS OF CONSTITUTION

---

<sup>31</sup> Sem revisão do editor.

ABSTRACT: The present paper shows that the Federal Union created a parallel tax revenue system by decoupling a share of its receipts, while the federal arrangement in the Constitution does not allow it. The social contributions are subject to less severe regulations than taxes. Moreover, the contribution revenues are not shared with states or counties. The reason why the Constitution safeguarded these revenues, even though the federal principle demands subsidiarity among members, is its specific destination. However, the Federal Union unties 30% (thirty percent) of its social contributions revenues to use in its Fiscal Budget without sharing with the states or the Federal District, a fraud against the Constitution. This work analyses the fraud effects and the legal solution to solve it.

KEYWORDS: FEDERALISM. CONTRIBUTIONS. DECOUPLING REVENUES. DRU. FRAUD AGAINST THE CONSTITUTION.

## Como citar este artigo

(ABNT)

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. A DRU e a deformação do sistema tributário nacional nestes 30 anos de Constituição. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 219, p. 27-52, jul./set. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p27](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p27)>.

(APA)

Batista, O. A., Jr., & Marinho, M. S. (2018). A DRU e a deformação do sistema tributário nacional nestes 30 anos de Constituição. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(219), 27-52. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p27](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p27)

## Referências

ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os barões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Hucitec, USP, Departamento de Ciência Política, 1998.

AFFONSO, Rui de Britto Álvares. Descentralização e reforma do Estado: a federação brasileira na encruzilhada. *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 14, n. 1, p. 127-152, jun. 2000. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8643123/10673>>. Acesso em: 9 jul. 2018.

ARABI, Abhner Youssif Mota. Desdobramentos financeiros do federalismo fiscal: participação no resultado da exploração de petróleo e o bônus de assinatura. In: GOMES, Marcus Lívio; ALVES, Raquel de Andrade Vieira; ARABI, Abhner Youssif Mota (Coord.). *Direito financeiro e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 13-29.

ARRETCHE, Marta. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Fio Cruz, 2012.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e revolução. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 200, p. 21-54, 1995. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46525/46567>>. Acesso em: 9 jul. 2018.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45690/45068>>. Acesso em: 9 jul. 2018.

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

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria de; MASSONETTO, Luís Fernando. Reforma do Estado, prestação de serviços públicos, contribuições especiais e federalismo. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 40, n. 45, p. 171-193, jan./jun. 2006. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18462/Reforma\\_do\\_Estado\\_Presta%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_Servi%C3%A7os\\_P%C3%ABlicos.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18462/Reforma_do_Estado_Presta%C3%A7%C3%A3o_de_Servi%C3%A7os_P%C3%ABlicos.pdf)>. Acesso em: 9 jul. 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943.

\_\_\_\_\_. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 19 set. 1946.

\_\_\_\_\_. 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... *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 out. 1965a.

\_\_\_\_\_. Emenda constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965. Reforma do Sistema Tributário. *Diário Oficial da União*, Brasília, 6 dez. 1965b.

\_\_\_\_\_. 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 out. 1966.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 jan. 1967a.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 mar. 1967b.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 mar. 1979.

\_\_\_\_\_. Emenda constitucional nº 23, de 1º de dezembro de 1983. Altera dispositivos da Constituição federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 dez. 1983.

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

\_\_\_\_\_. Ministério da Fazenda. Exposição de motivos nº 395, de 7 de dezembro de 1993. Do Senhor Ministro de Estado da Fazenda, Senador Fernando Henrique Cardoso, ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República. Brasília, 1993.

\_\_\_\_\_. Emenda constitucional de revisão nº 1, de 1º de março de 1994. Acrescenta os arts. 71, 72 e 73 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 mar. 1994.

\_\_\_\_\_. Emenda constitucional nº 10, de 4 de março de 1996. Altera os arts. 71 e 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzidos pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1994. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 mar. 1996.

\_\_\_\_\_. Emenda constitucional nº 17, de 22 de novembro de 1997. Altera dispositivos dos arts. 71 e 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzidos pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1994. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 nov. 1997.

\_\_\_\_\_. Emenda constitucional nº 27, de 21 de março de 2000. Acrescenta o art. 76 ao ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo a desvinculação de arrecadação de impostos e contribuições sociais da União. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 mar. 2000.

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

\_\_\_\_\_. Emenda constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 2003.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.566-5/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional; Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator originário: Min. Joaquim Barbosa. Relator para o acórdão: Min. Cezar Peluso. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 15 jun. 2007a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=464554>>. Acesso em: 9 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Emenda constitucional nº 56, de 20 de dezembro de 2007. Prorroga o prazo previsto no caput do art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 dez. 2007b.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 708-0/DF. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa – SINTEM. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 31 out. 2008a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 670-9/ES. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL. Impetrado: Congresso Nacional. Relator originário: Min. Maurício Corrêa. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 31 out. 2008b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 712-8/PA. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 31 out. 2008c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 537.610/RS. Recorrente: Bistex Alimentos Ltda. Recorrida: União. Relator: Min. Cezar Peluso. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 18 dez. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606995>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 28.447/DF. Impetrante: Eduardo Augusto Lobato. Impetrado: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Deoclécia Amorelli Dias; Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Relator: Min. Dias Toffoli. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 23 nov. 2011a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629807>>. Acesso em: 9 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Emenda constitucional nº 68, de 21 de dezembro de 2011. Altera o art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 dez. 2011b.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 637.485/RJ. Recorrente: Vicente de Paula de Souza Guedes. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 21 maio 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3823598>>. Acesso em: 9 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 793.564/PE. Agravante: Município de Lagoa Grande. Agravada: União. Relator: Min.

Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 1<sup>o</sup> out. 2014a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6836181>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 805.477/ES. Agravante: Dadalton Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda. Agravada: União. Relator: Min. Roberto Barroso. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 30 out. 2014b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7085838>>. Acesso em: 9 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 566.007/RS. Recorrente: Rodoviário Nova Era Ltda. Recorrida: União. Relatora: Min. Cármen Lúcia. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 11 fev. 2015a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7719221>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 793.578/CE. Agravante: Município de Itatira/CE. Agravada: União. Relatora: Min. Rosa Weber. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 10 mar. 2015b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7970864>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar no mandado de segurança n. 34.070/DF. Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 1<sup>o</sup> ago. 2016a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Emenda constitucional n<sup>o</sup> 93, de 8 de setembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para prorrogar a desvinculação de receitas da União e estabelecer a desvinculação de receitas dos Estados, Distrito Federal e Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 set. 2016b.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.628/DF. Requerente: Governador do Estado do Acre. Intimado: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Alexandre de Moraes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 20 nov. 2017a. Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20171117\\_262.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20171117_262.pdf)>. Acesso em: 5 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério da Fazenda. Receita Federal. Carga tributária no Brasil, 2016: análise por tributos e bases de incidência. Brasília: Ministério da Fazenda, 2017b. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2016.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

CARDOSO, Fernando Henrique. Exposição de motivos n<sup>o</sup> 395. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 114-131, 1993.

DERZI, Misabel Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O princípio federativo e a igualdade: uma perspectiva crítica para o sistema jurídico brasileiro a partir da análise do modelo alemão. In: DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (Org.). *Estado federal e guerra fiscal no direito comparado*. Belo Horizonte: Arraes, 2015. (Coleção federalismo e tributação, v. 2). p. 467-514.

DORNELLES, Francisco Oswaldo Neves. O sistema tributário da Constituição de 1988. In: CONSTITUIÇÃO de 1988: o Brasil 20 anos depois. Brasília: Senado Federal, 2008. v. 4, p. 110-146.

ESPAÑA. Ministerio de Gracia y Justicia. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 25 jul. 1889. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2018.

GALLO, Franco. Elisão, economia de imposto e fraude à lei. Tradução de Zelmo Denari. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, ano 14, n. 52, p. 7-18, abr./jun. 1990.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009.

KRIEGER, Gustavo. Fundo Social de Emergência paga diferença do 13º salário de FHC. *Folha de S.Paulo*, Brasília, 5 jul. 1995. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/7/05/brasil/18.html>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

LOBATO, Valter de Souza. Contribuições destinadas ao custeio da seguridade social: destinação específica das receitas e o desvio da finalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Sacha Calmon, Misabel Derzi: consultores e advogados*, [S.l.], 15 fev. 2016. Disponível em: <<http://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2016/02/A-FINALIDADE-NAS-CONTRIBUIÇÕES-DESTINADAS-A-SEGURIDADE-SOCIAL-CONPEDI.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2018.

MARTÍN QUERALT, Juan et al. *Curso de derecho financiero y tributario*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 1997.

MELO, Marcus André. O sucesso inesperado das reformas de segunda geração: federalismo, reformas constitucionais e política social. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, p. 845-889, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v48n4/28480.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2018.

MENDES, Marcos. Existe desvio de recursos da previdência para pagar outras despesas do governo?. *Ministério da Fazenda*, Brasília, 27 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/por-dentro-da-reforma-da-previdencia/artigos-e-analises/existe-desvio-de-recursos-da-previdencia-para-pagar-outras-despesas-do-governo>>. Acesso em: 9 jul. 2018.

MORELLO, Umberto. *Frode alla legge*. Milano: A. Giuffrè, 1969.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Fraude à lei. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 41, n. 136, p. 125-146, 2014.

PEREIRA, Leandro Silveira; COSTA, Carlos; FREITAS, João de. Reforma tributária. *Getúlio*, Rio de Janeiro, p. 25-33, nov. 2009.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1982.

REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício; ARAUJO, Erika (Org.). *O dilema fiscal: remendar ou reformar*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2007.

ROSEMBUJ, Tulio. *El fraude de ley y el abuso de las formas en el derecho tributario*. Madrid: Marcial Pons, 1994.

VARSANO, Ricardo. A evolução do sistema brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 1, p. 1-40, abr. 1997.

XAVIER, Alberto. O negócio indireto em direito fiscal. *Revista Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, n. 147, p. 22-23, mar. 1971.

# Mandado de injunção e sentimento constitucional

ERIBERTO FRANCISCO BEVILAQUA MARIN

PEDRO HENRIQUE ARAÚJO DE ALVARENGA BEZERRA

**Resumo:** O mandado de injunção é ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988a), posta à disposição das pessoas físicas ou jurídicas em face de um caso concreto, o qual tem por objetivo a proteção de direitos e garantias constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado por falta total ou parcial de norma regulamentadora, seja do legislador, seja de órgão administrativo. Trata-se de um instrumento jurídico-processual que reverbera a tendência do constitucionalismo contemporâneo de ênfase na força normativa da Constituição. Nos trinta anos da CRFB, o mandado de injunção não induziu, com algumas exceções, a atividade de promulgação de leis regulamentadoras. Nesse sentido, uma teorização sobre o sentimento constitucional, como mudança de consciência cívica e atitude, pode contribuir para o acesso aos direitos e o diálogo constitucional com vista à decolagem e consubstanciação do compromisso de salvaguarda do projeto constitucional.

**Palavras-chave:** Mandado de injunção. Omissão inconstitucional. Sentimento constitucional. Acesso aos direitos. Diálogo constitucional.

## Introdução

Transcorridas três décadas do advento da CRFB, ainda é patente no cenário brasileiro a letargia na efetivação dos direitos fundamentais e sociais em virtude de omissão inconstitucional, especialmente naqueles casos em que se verifica o descumprimento dos deveres de

Recebido em 21/5/18

Aprovado em 20/7/18

legislar. Essa ausência de prestação normativa geral e abstrata reflete-se na constatação empírica de que a fruição de muitos direitos constitucionais permanece esterilizada pela mora legislativa.

Um dos mecanismos consagrados pelo poder constituinte originário para a tarefa de corrigir e fiscalizar omissões inconstitucionais, o mandado de injunção emergiu como solução impositiva para a resistência à realização da Constituição e das promessas da modernidade. Posto à disposição das pessoas físicas ou jurídicas em face de um caso concreto, esse instrumento tem por objetivo a proteção de direitos e garantias constitucionais e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado por falta total ou parcial de norma regulamentadora do legislador ou de órgão administrativo. Instituído de forma abrangente, o mandado de injunção redimensionou o tratamento a ser dado à inércia do Poder Público, que obsta o exercício dos direitos previstos na Constituição.

Por outro lado, na instância subjetiva dos agentes responsáveis pela tomada de decisões na esfera pública, a efetivação do projeto constitucional depende, em maior grau, do diálogo e da disposição e empenho dos partícipes em assumi-lo, o que evidentemente exige a reformulação das bases sociais, culturais, ético-cívicas e políticas. Implica, sobretudo, a aceitação das normas constitucionais por razões morais e a adoção de uma “consciência solidarizante” que integre os detentores do poder e os destinatários da ordem constitucional numa adesão consciente, que Loewenstein (1976) e Lucas Verdú (1985) denominam “sentimento constitucional”.

O presente trabalho visa contribuir para aprofundar a discussão sobre a realização constitucional e o desfrute dos direitos sub-

jetivos invocáveis pelos preceitos constitucionais, mas embaraçados pela omissão regulamentadora. Para tanto, a proposta é analisar o mandado de injunção no âmbito da tensão percebida na jurisdição constitucional moderna, ou seja, a tensão entre jurisdição e legislação, a fim de subsidiar as primeiras reflexões sobre a seguinte indagação: afinal de contas, o mandado de injunção aumentou o sentimento constitucional em relação à hermenêutica e ao acesso aos direitos?

Considerando que a atividade legiferante constitui, por assim dizer, um momento de confluência e interpenetração entre o Direito e a Política, será oportuno resgatar algumas das contribuições filosóficas de Paul Ricoeur no campo hermenêutico e no desenvolvimento de uma teoria da identidade narrativa. Para além do ponto de contato entre essas considerações teóricas, a sugestiva relação entre hermenêutica e identidade narrativa facilitará a descrição e compreensão do fenômeno do sentimento constitucional.

Nesse sentido, a pesquisa bibliográfica, como metodologia empregada na perspectiva de uma abordagem qualitativa, busca compreender reflexões e uma compreensão crítico-discursiva sobre o aspecto teórico de uma investigação indutiva. No primeiro tópico deste trabalho, abordam-se os fundamentos jurídico-constitucionais do mandado de injunção em seus aspectos conceituais e procedimentais; no segundo, examina-se a decisão no âmbito de mandado de injunção e seus efeitos; no terceiro, analisa-se a legitimação extraordinária e o procedimento. No quarto tópico, apresenta-se um necessário esclarecimento acerca do sentimento constitucional e, no quinto, sua relação com o mandado de injunção e suas implicações, mormente sob a perspectiva do acesso aos direitos. Por fim, conclui-se com uma avaliação dos efeitos do mandado de in-



junção sobre a atividade legislativa e sobre o acesso dos cidadãos aos direitos fundamentais e sociais.

## 1. Fundamentos jurídico-constitucionais do mandado de injunção: aspectos conceituais e procedimentais

A CRFB, chamada Constituição cidadã, mantém e amplia a diretriz dos textos constitucionais anteriores no que se refere aos direitos fundamentais. Não obstante, se é certo que prevê em favor das pessoas uma vasta gama de direitos, não é menos verdade que trouxe também uma série de questões a serem enfrentadas. Tinha razão Bobbio (2004, p. 44-45), ao declarar que o problema substancial atinente aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los filosoficamente, mas o de protegê-los.

No sistema tradicional de ações constitucionais, o mandado de injunção constitui figura inédita inserida no ordenamento jurídico-constitucional com o advento da CRFB, o que não impede, por oportuno, a constatação de algumas similitudes com a *injunction* do Direito inglês, o *writ of injunction* do Direito norte-americano e o *Verfassungsbeschwerde* do Direito alemão (PIOVESAN, 2003, p. 176-178). O artigo 5º, inciso LXXI, contido no título dos direitos e garantias fundamentais do texto constitucional brasileiro, dispõe que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (BRASIL, 1988a).

De início, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o mandado de injunção previsto constitucionalmente seria autoaplicável, independentemente da existência de norma regulamentadora (MI-QO/DF nº 107) (BRASIL, 1991b), devendo ser adotado, analogicamente e no que coubesse, o rito do mandado de segurança (art. 24, parágrafo único, da Lei nº 8.038/1990) (BRASIL, 1990), enquanto não editada legislação específica. O aperfeiçoamento e a consolidação dessa ação constitucional se deram pela atuação do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, a regulamentação infraconstitucional, por meio de lei ordinária, somente ocorreu em 23 de junho de 2016, quando foi promulgada a Lei nº 13.300, oriunda do Projeto de Lei nº 6.128/2009 (BRASIL, 2016, 2009e), que passou a disciplinar o processo de julgamento do mandado de injunção. A nova lei, em seu artigo 2º, de forma inovadora, acrescenta a omissão legislativa parcial ou total na construção do mandado de injunção, ao dispor o seguinte: “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”. E complementa, em seu parágrafo único, que “considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente” (BRASIL, 2016).

Nessa perspectiva, é entendimento consolidado que o manejo do mandado de injunção está condicionado à verificação de uma causalidade jurídica: o impedimento (inviabilização) do exercício dos direitos constitucionais atribuído à inércia regulamentadora completa ou parcial. Tudo o que a norma jurídica (direito objetivo), durante a sua vigência, assegura a uma pessoa (direito subjetivo) tende à prestação, como um direito exercitável, portanto, com possibilidade de pretensão e ação. Ou seja, a concretização para seu titular somente se dará quando houver a possibilidade ativa e real de seu gozo, mediante exigência de seu cumprimento, como direito à tutela jurídica decorrente do monopólio da jurisdição pelo Estado. A inviabilidade, portanto, decorre da falta de vias regulares para usufruir os direitos estabelecidos na norma constitucional. Com efeito, “a sentença abrirá caminho para que o direito do impetrante se torne viável” (BRASIL, 2016), fixando as condições para seu exercício (art. 8º, II, da Lei nº 13.300/2016).

Dito isso, não é difícil compreender que agiu bem o legislador ordinário ao enfatizar, no artigo reproduzido, que o mandado de injunção será concedido nos casos em que não haja integração regulamentadora suficiente. Note-se que a doutrina já defendia o cabimento do novel *writ* na ocorrência de omissão legislativa parcial, especificamente nas hipóteses de afronta ao princípio da isonomia (“exclusão legal de benefício”) ou quando estivesse demonstrado o atendimento incompleto do dever constitucional de legislar (art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 13.300/2016). Trata-se, na espécie, de situação comparável à falta de norma regulamentadora.

## 2. Legitimação e procedimento

O exercício da ação do mandado de injunção não se afasta da regra comum, segundo a qual a legitimação *ad causam* é apreciada em razão da titularidade do direito afirmado, satisfeitos os pressupostos processuais típicos, como a regularidade formal da petição inicial com a indicação dos elementos alinhados no artigo 319 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Em relação à legitimação passiva e à ausência de litisconsórcio necessário, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exerceu um

papel relevante em firmar entendimento segundo “o qual o mandado de injunção há de dirigir-se contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade que tem o dever de regulamentar a norma constitucional, não se legitimando *ad causam*, passivamente, em princípio, quem não estiver obrigado a editar a regulamentação respectiva” (BRASIL, 1997, 2011b, 2013b). De igual forma, a Corte Suprema consignou que as pessoas jurídicas de direito privado não têm legitimidade passiva no mandado de injunção, por não deterem o poder de elaborar ou de aprovar a lei regulamentadora da norma constitucional (BRASIL, 2012). Os legitimados passivos, consoante o disposto no artigo 3º, da Lei nº 13.300/2016 (BRASIL, 2016), “são os poderes, órgãos ou autoridades com atribuição para editar a norma regulamentadora”.

A lei regulamentadora do mandado de injunção admite, expressamente, a substituição processual mediante a impetração do mandado de injunção coletivo (art. 12). Cabe mencionar que o Supremo Tribunal Federal já havia reconhecido nos julgamentos dos Mandados de Injunção nº 361-RJ, nº 20-DF e nº 472-DF (BRASIL, 1994c, 1994b, 2001) a legitimidade da impetração de mandado de injunção coletivo para a defesa de interesse transindividual, por analogia ao preceito que admite o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, “a” e “b”, da CRFB). Nesse aspecto, ressalte-se que os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidas por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria (art. 12, parágrafo único).

Dessa forma, consoante dispõe o artigo 12 da Lei nº 13.300/2016, está legitimado para a propositura do mandado de injunção coletivo o 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 (I); o 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 (II); a 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 (III); e a 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 CRFB (IV), bem como das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução (art. 12, IV, da Lei nº 13.300/2016 c/c art. 4º, IX, da Lei Complementar nº 80/1994) (BRASIL, 2016, 1994a). A título de complementação, destaca-se que a Lei Complementar nº 75/1993 (BRASIL, 1993), em seu artigo 6º, inciso VIII, também explicita que o mandado de injunção coletivo é um instrumento atribuído ao Ministério Público da União para a defesa de direitos coletivos e difusos.

No mandado de injunção, a petição inicial deve indicar, além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado (art. 4º, *caput*, da Lei nº 13.300/2016). Deve o impetrante providenciar, se os autos não forem eletrônicos, tantas cópias da exordial e dos documentos que instruem quantos forem os impetrados (art. 4º, § 1º). Se o documento necessário à prova do alegado estiver em estabelecimento público em poder de autoridade ou terceiro e, havendo

recusa em fornecê-lo, será ordenada, a requerimento do impetrante, a exibição do documento no prazo de 10 (dez) dias (art. 4º, § 2º). Se a recusa em fornecer o documento for do impetrado, a ordem de exibição será feita no próprio instrumento de notificação (art. 4º, § 3º).

A petição inicial será, desde logo, indeferida quando manifestamente inadmissível ou improcedente (art. 6º), cabendo impugnação da decisão do relator que indeferir o pedido, mediante agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão colegiado competente para o julgamento da impetração (art. 6º, parágrafo único). Convém ressaltar, como apregoa o § 3º do artigo 9º, da Lei nº 13.300/2016, que o indeferimento do pedido, por insuficiência de prova, não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios.

Não sendo o caso de indeferimento da petição inicial, será ordenada a notificação do impetrado sobre o conteúdo da petição inicial, a fim de que preste informações no prazo de 10 (dez) dias. Será ordenado, também, que seja dada ciência ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, para que, querendo, ingresse no feito (art. 5º, I e II). Findo o prazo para apresentação das informações, será ouvido o Ministério Público, que opinará em 10 (dez) dias e, após, serão os autos conclusos para decisão (art. 7º). O rito do mandado de injunção agora é ditado pela Lei nº 13.300/2016 (art. 4º a 7º) (BRASIL, 2016) e, segundo o artigo 14, aplicam-se subsidiariamente as normas do mandado de segurança (Lei nº 12.016/2009) (BRASIL, 2009d) e do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) (BRASIL, 2015).

### **3. A decisão em mandado de injunção e seus efeitos**

Ao pretender o exercício de um direito subjetivo constitucional pendente de regulação infraconstitucional, o mandado de injunção visa a declaração de inconstitucionalidade por omissão, bem como a respectiva normatização por meio da indicação de um prazo, ou ainda, em caso de concessão da ordem, a declaração de exercício do direito. Contudo, se indicada uma solução normativa como conteúdo necessário da sentença de procedência, novas controvérsias podem surgir em relação aos efeitos subjetivos, limitados ou extensivos, da coisa julgada. Nesse aspecto, o Supremo Tribunal Federal tem oscilado entre a adoção da teoria da resolutividade, conferindo efeitos *inter partes* (BRASIL, 2009b, 2009c, 2010), e a teoria da independência jurisdicional, com eficácia *erga omnes* (BRASIL, 2008b, 2008c, 2008d).

Nesse aspecto, a legislação específica (Lei nº 13.300/2016) sobre o mandado de injunção busca imprimir os contornos delineados pelo

Supremo Tribunal Federal ao longo das últimas três décadas de intensos debates. A sua jurisprudência sinalizou avanços ao efetuar uma verdadeira guinada hermenêutica e, por conseguinte, uma evolução jurisprudencial em relação à posição pioneira assumida pela Corte no julgamento do Mandado de Injunção nº 107-DF (BRASIL, 1991b), que tratou da estabilidade do servidor público militar (art. 42, § 9º, da CRFB). Nesse primeiro pronunciamento, a mera notificação oficial ao órgão omissor praticamente anulou as potencialidades dessa ação de controle de constitucionalidade difuso, na medida em que conferiu os mesmos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CRFB), típico instrumento de controle concentrado de constitucionalidade por omissão. Na oportunidade, Moreira (1990, p. 11), em artigo jornalístico, apresentou severa crítica à orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, ao tornar célebre a máxima de que a decisão reduziu a inovação a um “sino sem badalo”. Portanto, no início de sua criação, o mandado de injunção não produziu efeitos: o STF apenas declarava a existência de uma omissão e comunicava o vício omissivo ao Poder Legislativo, que tinha a liberdade de editar ou não a norma e, conseqüentemente, o cidadão era privado de exercer seu direito por falta de norma regulamentadora. A crítica percuciente da doutrina e de tribunais inferiores evidenciou a inocuidade da adoção da *teoria não concretista* ao equiparar o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (BARROSO, 1993, p. 7).

O posicionamento inicial foi modificado lentamente por meio de sucessivos julgamentos em direção a uma maior efetividade do mandado de injunção. No Mandado de Injunção nº 283-DF (BRASIL, 1991c), o Supremo Tribunal Federal adotou a *teoria concretista individual intermediária*, ocasião em que assinalou o prazo de 60 dias para a últimação do processo legislativo disposto no artigo 8º, § 3º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da CRFB, sob pena de, esgotado o prazo sem a promulgação da lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, em ação ordinária, sentença líquida de reparação por danos. De igual forma, no Mandado de Injunção nº 232-1-RJ (BRASIL, 1992), o Supremo Tribunal Federal decidiu por fixar prazo e comunicar ao Poder Legislativo omissor para que elaborasse a norma naquele período, sob pena de, vencido esse prazo sem que a obrigação fosse cumprida, passar o autor a gozar do direito de imunidade requerida.

O apelo ao órgão legislativo incumbido na regulamentação da norma constitucional não surtia os efeitos necessários, desmoralizando não só o instrumento, em sua efetividade, mas a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal. Contudo, a partir de 2007 o Supremo

Tribunal Federal sinalizou um novo horizonte jurídico na tutela das omissões legislativas. No Mandado de Injunção nº 721-DF (BRASIL, 2007), que pretendia fosse suprida a inércia em relação ao artigo 40, § 4º, da CRFB, com o objetivo de viabilizar o exercício do direito à aposentadoria especial, a decisão da Suprema Corte salientou o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, asseverando que cabe ao Poder Judiciário não apenas emitir certidão ao órgão legislativo omissor, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências de sua inércia. Na oportunidade, ao impetrante foi deferido o direito à aposentadoria, nos termos do artigo 57 da Lei nº 8.213/1991 (BRASIL, 1991a), que dispõe sobre planos de benefícios da Previdência Social.

Em igual sentido, foi deferido nos Mandados de Injunção nº 758-DF e nº 1.616-DF (BRASIL, 2008a, 2014). Outrossim, destacam-se os Mandados de Injunção nº 670-ES, 708-DF e 712-PA (BRASIL, 2008b, 2008c, 2008d), impetrados por sindicatos de servidores públicos estaduais e municipais, que tinham por objeto assegurar o direito de greve para os seus filiados, tendo em vista a inexistência de lei regulamentadora do artigo 37, inciso VII, da CRFB. A decisão do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, declarou a omissão legislativa e, por maioria, determinou o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legislasse sobre a matéria, e a aplicação, no que coubesse, da lei de greve vigente no setor privado (Leis nº 7.701/1988 e nº 7.783/1989) (BRASIL, 1988b, 1989), inclusive extensivo a todos os servidores públicos (eficácia *erga omnes*), com exceção do direito de greve dos policiais civis, o que configura a *tese concretista geral*. Essa ressignificação jurisprudencial pela Corte consistiu na atribuição de consequências jurídicas à inércia renitente do destinatário da obrigação de legislar (ou regulamentar) um direito estabelecido na Constituição.

A nova tendência adotada, com substrato na chamada *teoria concretista*, foi igualmente acolhida pelo regime legal que disciplina o processamento do mandado de injunção. Além de estabelecer que o legitimado passivo no mandado de injunção é o ente que tem a incumbência de regulamentar o exercício do direito (art. 3º, *caput*, segunda parte), a Lei nº 13.300/2016 (BRASIL, 2016) prevê expressamente que, uma vez declarada a existência de mora e deferido o pedido, deve a sentença, simultaneamente, estabelecer as condições em que se dará o exercício do direito pleiteado (inclusive em demanda por ação própria) e prescrever prazo razoável ao impetrado para a edição da norma regulamentadora (art. 8º, I e II).

Importa consignar que é correta a conclusão de que a Lei nº 13.300/2016 adota a vertente da *teoria concretista intermediária in-*

*dividual*, aplicada, pela primeira vez, no julgamento do Mandado de Injunção nº 283-DF (BRASIL, 1991c). A designação *intermediária* se refere ao interregno temporal que deve ser concedido ao órgão inerte para que providencie a edição da norma regulamentadora, antes de tornar viável, pelo provimento jurisdicional, o direito negligenciado pela omissão inconstitucional. Pelo conteúdo da Lei nº 13.300/2016, conclui-se que é necessário o vencimento do prazo assinalado no inciso I, do artigo 8º, para que o impetrante possa, pela via judicial, gozar do direito a que faz *jus* ou exigir seu cumprimento, a não ser na hipótese de o impetrado não atender prazo anteriormente estabelecido para a elaboração da norma (art. 8º, parágrafo único). Ora, a exigência da determinação de prazo e de seu esgotamento como condição para o exercício do direito subjetivo dilata a inconstitucionalidade por omissão, impede o desfrute imediato dessas prerrogativas e paralisa a eficácia de textos normativos cuja aplicabilidade não se encontra limitada. Melhor teria sido, então, a consagração, pela Lei nº 13.300/2016, da aludida teoria concretista imediata como efeito direto e geral da sentença que viabiliza o exercício do direito pleiteado na ação de injunção.

Em regra, a eficácia subjetiva da decisão é *inter partes* e produz efeitos até a edição da norma regulamentadora pela autoridade competente (art. 9º, *caput*, da Lei nº 13.300/2016), podendo ser conferida eficácia *erga omnes* (contra todos) se assim exigir o exercício do direito reclamado (art. 9º, § 1º). Trata-se, nesse caso, de uma extensão subjetiva dos efeitos da sentença, considerando a regra plasmada no artigo 506, do Código de Processo Civil. É cabível, também, em observância aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, a extensão dos efeitos da decisão transitada em julgado aos casos análogos, por decisão monocrática do relator (art. 9º, § 2º). Além disso, o seu artigo 11 dispõe que a superveniência da norma regulamentadora produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável.

#### **4. Para um necessário esclarecimento acerca do sentimento constitucional**

As breves linhas desenvolvidas nesta seção destinam-se a aclarar a ideia de *sentimento constitucional*, partindo da contribuição de Loewenstein (1976) e Lucas Verdú (1985), que se debruçaram sobre o tema das relações de poder e sua conformação ao conteúdo da Constituição. Em um segundo momento, serão pinçadas algumas das lições hermenêuticas de Ricoeur (1990), que desanuviavam a compreensão

do fenômeno do sentimento constitucional pelo ângulo do sujeito e seu acatamento aos preceitos normativos (constitucionais).

Prolegômenos teóricos sobre o sentimento constitucional foram desenvolvidos, com relativo pioneirismo, na obra *Teoría de la Constitución* (1976), de Karl Loewenstein. Para Loewenstein (1976, p. 200), a expressão *sentimiento constitucional* descreve e denota uma consciência da comunidade que, indo além e superando os tipos de antagonismos e tensões político-partidárias, econômicas e sociais existentes, “integra detentores e destinatários do poder no marco de uma ordem comunitária obrigatória”. Desse ponto de vista, a finalidade da Constituição consistiria em criar mecanismos institucionais que sirvam de limites ao exercício do poder político, especialmente em face dos abusos governamentais, e que permitam a participação legítima dos destinatários do poder no processo político. Designa uma consciência solidarizante que, como comportamento psicológico e sociológico do existencialismo político, envolve a valorização sentimental da Constituição (LOEWENSTEIN, 1976, p. 200).

A tônica recai sobre o elemento da integração política, porque a finalidade do sentimento constitucional, na concepção de Loewenstein (1976), é submeter o processo político aos interesses da comunidade, isto é, o sentimento constitucional fecunda a criação de um espaço onde as decisões políticas devem ser tomadas em benefício da população. Essa assertiva pode ser traduzida, em escala interina, na consecução dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

Nesse contexto, o sentimento constitucional não pode ser reduzido exclusivamente à constatação da longevidade de uma Constituição, baseado no controle matemático do número de vezes que o documento

fundamental foi modificado por emenda ou foi substituído por outra ordem escrita; tampouco se equipara, em absoluto, à consciência nacional. Aliás, a superposição entre consciência nacional e sentimento constitucional é contingencial, e tende a ganhar aderência quando são cumpridos os preceitos constitucionais na relação entre os indivíduos e destes com o Estado.

Contudo, o contraste entre a sociedade brasileira e o conteúdo material da Constituição revela uma aguda “resistência de concretização”, o que enseja afirmar que, na qualidade de destinatários de preceitos normativos, ainda não cumprimos as promessas que fizemos a nós mesmos. É questão deveras complexa, que deságua na reflexão sobre os limites e possibilidades de uma reformulação da teoria constitucional brasileira e, outrossim, se não seria o caso de fincar as bases de apoio para uma transformação da práxis social. A temática ventilada é relevante, sobretudo na esfera das omissões normativas. Nesse sentido, Horta (1995, p. 108) assevera que “o acatamento à Constituição ultrapassa a imperatividade jurídica de seu comando supremo. Decorre, também, da adesão à Constituição, que se espraia na alma coletiva do país, gerando formas difusas de obediência constitucional. É o domínio do sentimento constitucional”.

Por sua vez, Lucas Verdú (1985) retoma os ensinamentos de Rossi (1877) sobre o “vínculo moral existente entre os homens e as instituições” e sustenta as bases do sentimento constitucional exatamente no substrato desse vínculo, o que, por sua vez, tem o condão de propiciar um estar na Constituição. Para Lucas Verdú (1985), o sentimento constitucional consiste na adesão interna de um país a sua Constituição, experimentada com intensidade mais ou menos consciente de seu funcionamento e de suas peculiaridades, por serem



boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência comunitária. Desse modo, a noção *sentimento constitucional* centraliza dois predicados verbais voltados ao agente: “estimar” e “aderir”. Não importa, num primeiro plano, o conhecimento das peculiaridades intrassistêmicas da Constituição. Em sua concepção, o essencial é que o sujeito interiorize o projeto constitucional como anteparo de uma vida boa e justa, e faça por onde acatá-lo.

Mas as sutilezas desse aceite, no sentido de como essa escalada prossegue até culminar no resultado prático alcançado pelo sujeito, permanecem obscuras no prisma teórico montado por Loewenstein (1976). Sobre o assunto, Loewenstein (1976, p. 200) até se arrisca a dizer que “a formação do sentimento constitucional depende amplamente de fatores irracionais, da mentalidade e da vivência histórica de um povo”. Por outro lado, a definição apresentada por Lucas Verdú (1985) deixa subentendido indícios das etapas dessa escalada ao enfatizar um juízo de valor (“estimar”) aplicado a uma conduta de fato (“aderir”).

Não fica, porém, esclarecido em Loewenstein e Lucas Verdú, pelo menos de modo explícito, como superar e sair do dilema marcado pela oposição, de um lado, da lei, objetiva e coercitiva, e de outro, da própria consciência, subjetiva e variável. A refutação desse aparente dilema e a explicação da correlação entre lei e consciência moral, na expressão de um possível acoplamento, podem ser pensadas com base nas lições de Paul Ricoeur.

No ensaio intitulado “Consciência e lei: implicações filosóficas”, Ricoeur (2008, p. 199-200) coloca, no foco da lei, a discriminação entre bem e mal; e, no polo da consciência, o surgimento de uma identidade pessoal constituída por essa avaliação discriminadora, que desemboca na ideia de si acoplada com a ideia

do bem, tornando possível estabelecer uma correspondência entre as diversas discriminações de bem e mal e as maneiras de se orientar no espaço moral.

Num segundo aspecto, Ricoeur (2008, p. 202-204) acentua as características comuns da legalidade social que também estão por trás da voz da consciência, a fim de mostrar “como o movimento com o qual a legalidade remete à moralidade termina na remissão da moralidade à consciência”. São características a proibição (os imperativos), a pretensão à universalidade (válida para todos, consideradas, evidentemente, as normas sociais que variam no espaço e no tempo) e a pluralidade humana (consideração do outrem, de uma vida alheia). O parâmetro é o *respeito*. Ricoeur (2008, p. 205), citando Kant, explica que este concebia o *respeito* como o “único sentimento que a razão, apenas por sua autoridade, impõe sobre nós”.

Outro aspecto fundamental da filosofia de Ricoeur (2014, p. 184), que empresta valiosa contribuição ao desnudamento do sentimento constitucional, ao adotar um ponto de vista interno em relação ao conteúdo normativo constitucional, é traduzido na teoria da identidade narrativa aplicada à ação. Esse corpo teórico procura romper com a dicotomia, popularizada pela tradição de pensamento oriunda de David Hume, de que não há transição imaginável entre *dever ser* e *ser*, entre *prescrever* e *descrever*.

Por que, no final das contas, segundo Ricoeur (2014, p. 184), essa dicotomia é superável? Em primeiro lugar, porque o agente é um ser acessível a preceitos de toda ordem que contêm uma instrução, um guia sobre como terminar direito o que começou. Em segundo lugar, a identidade narrativa serve de ideia diretiva para a ampliação da esfera prática, para além da descrição. A narrativa

introduz metamorfoses imaginativas no ego, submetendo a identidade a um exercício de variação ou de manutenção, o que possibilita uma crítica da relação do sujeito consigo mesmo (RICOEUR, 1990, p. 59). Há, portanto, na narrativa, “previsões de caráter ético”, com potencial para engendrar “espaços imaginários de exercício do juízo hipotético”, que, numa conjugação com o elemento coercitivo representado pela moral, têm o condão de desvelar o fio de desate do dilema entre *prescrever* e *descrever* (RICOEUR, 2014, p. 184-185).

Retomando o ponto de vista dos agentes em relação à norma constitucional, na mesma sintonia ressoa Streck (2011), para quem a Constituição, mais do que estabelecer direitos, cumpre também o papel de denúncia social, quando a realidade circundante contrasta com o conteúdo do texto constitucional.

Ricoeur (1990, p. 17) também destinou reflexões e apontamentos à hermenêutica. Tratou de articular as premissas de um possível conceito, segundo o qual a hermenêutica pode ser entendida como a “teoria das operações de compreensão e sua relação com a interpretação dos textos”. Cumpre relevar que a hermenêutica não é um método de interpretação. Uma de suas tarefas centrais é possibilitar a ampliação do “espaço de legitimação dos processos cognitivos”. Essas observações sumárias permitem tracejar um perfil de aproximação entre a hermenêutica e o sentimento constitucional.

Rememora Ricoeur (1990, p. 37-38), ainda, que a filosofia gadameriana congrega a síntese do movimento de “desregionalização” das “hermenêuticas” (da epistemologia das ciências do espírito) para uma hermenêutica “geral”. Gadamer (1960 apud RICOEUR, 1990, p. 38) denuncia que o emprego metodológico das ciências promove um “distan-

ciamento alienante” entre o sujeito e o dito objeto, destruindo, assim, a experiência de pertença que mundaniza o compreender. Há, então, na obra de Gadamer, uma aparente tensão entre o “distanciamento alienante” e a “relação de pertença” que nos insere na realidade histórica que elevamos a objeto.

A alternativa proposta por Ricoeur (1990, p. 58) para superar esse dilema reside na negação da suposta oposição entre hermenêutica e crítica das ideologias. Isso porque a crítica da ideologia seria a via curta que a compreensão de si deve percorrer caso se deixe formar pelo “mundo do texto”, e não pelos preconceitos do receptor. É nesse sentido que a hermenêutica se afigura como condição de possibilidade do reconhecimento pretendido pelo sentimento constitucional e, por via oblíqua, de enfrentamento do problema de concretização dos direitos fundamentais.

## **5. Mandado de injunção e sentimento constitucional: acesso aos direitos e diálogo constitucional**

O mandado de injunção é um dos instrumentos jurídicos de resistência contra a legislação simbólica. No contexto atual do constitucionalismo brasileiro, a legislação simbólica assume a forma de regras jurídicas antiquadamente denominadas “normas de eficácia limitada”, isto é, de regras que se expressam sob a fórmula de um “compromisso dilatatório”.

Sublinhe-se que o problema maior nem é tanto o caráter “simbólico” das disposições normativas dilatatórias, mas os efeitos perversos que podem vir a ser irradiados de modo distorcido. Numa apreciação positiva, pode-se afirmar que o símbolo tem uma dimensão metafórica com densa carga semântica e o duplo efeito de evocar toda a rede simbólica e de

desvelar um mundo diante do intérprete. O problema ocorre quando as disposições constitucionais (em especial aquelas que conferem direitos subjetivos ao cidadão) passam a ser rotuladas como legislações simbólicas de compromisso dilatatório, ou seja, “normativamente ineficazes”.

É nesse estágio da discussão que ficam mais claras as contribuições do mandado de injunção ao resgate do sentimento constitucional no horizonte das omissões normativas, seu campo de atuação. No âmbito da CRFB, esse instrumento se afigura como uma espécie de “válvula concreta de alívio” para a tensão entre jurisdição e legislação, uma vez que a Carta Magna prevê expressamente a possibilidade de judicialização de uma ampla gama de conflitos. Não que o papel institucional atribuído à *política* seja subvalorizado ou mesmo dispensado; antes, o que ocorre é uma vinculação da liberdade de atuação do legislador.

Indubitavelmente, o mandado de injunção é um instrumento de “densificação normativa”, que tonifica a fundamentalidade dos direitos e “faz parte da configuração de ‘independência’ e ‘harmonia’ entre os poderes do Estado” (BITENCOURT NETO, 2009, p. 130-131). Mas essa prestação normativa não deve ser entendida no sentido de produção de leis gerais e abstratas, porque o mandado de injunção se destina a viabilizar um direito subjetivo, com base em parâmetros fixados pela sentença no caso concreto (RIBEIRO, 2003). Isso porque a atividade decisória do juiz é, em tese, realizada com imparcialidade, mediante contraditório dispensado às partes, e o processo judicial não pode ser desencadeado por ofício (CAPPELLETTI, 1993, p. 75-76).

Diante dessas colocações, no que se refere ao acesso a direitos, o que se pode afirmar em relação a um possível aumento do sentimento constitucional a partir do mandado de injunção? É cediço que, desde sua primeira fase, marcada pelo acolhimento da tese meramente declaratória, até a consolidação da corrente concretista, o mandado de injunção foi palco de uma guinada hermenêutica, tornando possível a concretização dos direitos reclamados em juízo. Seus contornos processuais ficaram a cargo do Supremo Tribunal Federal, sendo a própria Lei nº 13.300, de 2016, um reflexo dessa evolução.

No entanto, no que diz respeito à atividade legiferante, poucos foram os direitos constitucionais que receberam regulamentação própria e ulterior aos pronunciamentos da Corte. Nesse grupo sobressaem o aviso prévio proporcional e a indenização por despedida arbitrária, em decorrência de portarias do Ministério da Aeronáutica (art. 8º, § 3º, do ADCT da CRFB), que foram objetos de regulação por leis específicas (respectivamente, Lei nº 12.506/2011 e Lei nº 10.559/2002) (BRASIL, 2011a, 2002).

O Mandado de Injunção nº 943 (BRASIL, 2013a), que teve por objeto a omissão inconstitucional relativa ao aviso prévio proporcional (art. 7º, XXI, da CRFB), por exemplo, impulsionou a atividade legislativa, uma vez que, antes da conclusão do julgamento, em 6 de fevereiro de 2013, foi promulgada a Lei nº 12.506/2011). Com efeito, esse mandado de injunção configura-se, numa perspectiva dialógica, como um mecanismo de viés democrático, propulsor de diálogo entre poderes (MANEIRO, 2016, p. 26). No Mandado de Injunção nº 943, a concessão do efeito *erga omnes* evidenciou a omissão inconstitucional e acabou por exigir uma atividade legiferante.

De acordo com Mendes (2011, p. 168), o mandado de injunção deve gerar efeitos concretos não somente em razão do interesse jurídico dos impetrantes, mas também dos “demais casos que guardem similitude”. Reafirma-se tal entendimento na Reclamação nº 6.200-RN (2009a), ao se estabelecer a dimensão objetiva das decisões proferidas nos Mandados de Injunção nº 670-ES, nº 708-DF e nº 712-PA (BRASIL, 2008b, 2008c, 2008d) e sua aplicação direta em casos semelhantes que envolvam o exercício do direito de greve pelos servidores públicos.

Ao indicar um parâmetro constitucional e fixar um prazo para a deliberação do órgão a quem incumbe a regulação infraconstitucional, o Supremo Tribunal Federal suspende o julgamento com a advertência de que, ultrapassado o prazo concedido sem a edição da respectiva lei, o impetrante fará jus à solução normativa indicada pela jurisdição. No procedimento evidencia-se um diálogo constitucional entre os poderes Judiciário e o órgão legiferante. Nessa perspectiva, a Corte funciona como um agente articulador das reflexões e debates, inclusive pela sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (HABÈRLE, 1997). Como mecanismo dialógico, o mandado de injunção traz à tona a tensão entre o constitucionalismo e a democracia na construção de um processo institucional que visa o respeito à Constituição e sua aplicabilidade. Por meio de interações entre as instituições políticas (viés procedimentalista de deliberação) e destas com a sociedade (viés substancialista), constrói-se a interpretação constitucional e a garantia de direitos fundamentais. Dessa forma, a teoria dialógica passa a ser um instrumento para a construção de resultados específicos de garantia de direitos fundamentais, de balanceamento entre a decisão da maioria e a questão democrática, de construção de um processo deliberativo compatível com a complexidade das questões constitucionais e de prevenção à prática judicial ativista (SILVA, 2010, p. 102-103). Assim, a preocupação central do sistema está direcionada à supremacia da Constituição, que incide sobre direitos, não devendo recair sobre qualquer das estruturas de poder (SILVA, 2010, p. 23-33), ou seja, há outros fóruns de

discussão, e os poderes não detêm a última palavra sobre as grandes questões políticas (BRANDÃO, 2012, p. 287).

No viés dialógico há de se considerar o importante papel de agente catalizador e articulador do debate público na tarefa interpretativa e concretizadora dos direitos constitucionais. Nessa reflexão, aspecto que não pode ser olvidado é a continuidade de um dever constitucional de respeito e efetividade da Constituição, pela supressão de uma omissão inconstitucional e de acesso a direitos pelos cidadãos e jurisdicionados.

Assim, se por um lado, houve um incremento importante na disponibilidade e no acesso pela via judicial com o mandado de injunção, por outro, nem de longe se atingiu uma integração orgânica (e política) satisfatória (vale lembrar, escopo do sentimento constitucional) entre os tribunais, no âmbito de suas competências, e os órgãos titulares de parcela da função legislativa.

## Considerações finais

Decorridos trinta anos de vigência da CRFB, pouca efetividade foi atribuída ao mandado de injunção, inclusive pela demora na sua regulamentação pela legislação infraconstitucional. O mandado de injunção e, por que não dizer, a Lei nº 13.300, de 2016, que o regulamenta, refletem, em certa medida, a recusa hermenêutica aos efeitos paralisantes de um esquema que insiste em neutralizar a produção imediata dos efeitos das normas constitucionais, em especial aquelas que investem o cidadão numa posição ativa de gozo de um direito-poder. Reconhecida a mora legislativa e comprovada a titularidade por parte do impetrante, a ação do mandado de injunção promove a concretização do direito, por meio de prestação normativa, provisória e efetiva. Daí porque se afirmar que o novel *writ* constitui, na jurisdição constitucional, peça-chave da tensão verificada entre jurisdição e legislação.

Nessa perspectiva, o que se pode verificar é que, realmente, houve um significativo aumento, pela via judicial, do acesso aos direitos ou prerrogativas constitucionais. Apesar disso, a tão sonhada integração política, preocupação nuclear do sentimento constitucional, ainda não ocorreu de modo efetivo e satisfatório. Muitos direitos definidos na Carta da República ainda não foram regrados pelo Legislativo, permanecendo enclausurados na torre dos projetos de lei que aguardam votação. Tudo isso evidencia a necessidade de mudança de compreensão e postura em relação ao projeto constitucional, inclusive de incorporação de um diálogo entre as instituições e a sociedade.

Tal mudança de postura perante o texto constitucional requer, em primeiro lugar, a compreensão da tradição que nos precede e com a qual nos vinculamos. Vale notar que essa tradição se manifesta no “mundo do texto” normativo da Constituição. Em segundo lugar, essa mudança é marcada pela conjugação de uma virada ética, isto é, a adoção de um norte de conduta pautado em determinados princípios e orientador da própria praxe. Com isso, estariam entreabertas as portas que interditam uma zona de contato maior entre a consciência nacional (dos cidadãos em geral) e o projeto constitucional insculpido na Carta de 1988.

### **Sobre os autores**

Eriberto Francisco Bevilaqua Marin é doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (UFG), Goiânia, GO, Brasil; foi diretor da Faculdade de Direito da UFG (2006-2009) e vice-reitor dessa mesma instituição (2010-2013).

E-mail: eribertomarin@yahoo.com.br

Pedro Henrique Araújo de Alvarenga Bezerra é bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil.

E-mail: henrique.pedro1861@gmail.com

### **Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>1</sup>**

#### MANDAMUS OF INJUNCTION AND CONSTITUTIONAL SENTIMENT

**ABSTRACT:** The mandamus of injunction is a constitutional action regulated by article 5, item LXXI, of the Brazilian Constitution of 1998, and it is an instrument that can be used by both physical persons and legal entities, in the face of a concrete case, with the purpose to protect the constitutional rights and guarantees and prerogatives such as the ones inherent to nationality, sovereignty and citizenship that are being hindered by the total or partial lack of a regulatory act from the Legislator or from the Public Administrative Bodies. It is a legal-procedural instrument that reflects the trend of the contemporary constitutionalism with emphasis on the normative force of the Constitution. Over the thirty years existence of our current Constitution, the Mandamus of Injunction did not induce, with some exceptions, the activity of promulgation of regulatory acts. In this sense, theorizing about the importance of a constitutional sentiment, which might promote a shift in the civic consciousness and attitude, may contribute to the access of the rights and also to the constitutional dialogue and, consequently, lead to a stronger commitment to safeguard the constitutional project.

**KEYWORDS:** MANDAMUS OF INJUNCTION. UNCONSTITUTIONAL OMISSION. CONSTITUTIONAL SENTIMENT. ACCESS TO RIGHTS. CONSTITUTIONAL DIALOGUE.

---

<sup>1</sup>Sem revisão do editor.

## Como citar este artigo

(ABNT)

MARIN, Eriberto Francisco Bevilaqua; BEZERRA, Pedro Henrique Araújo de Alvarenga. Mandado de injunção e sentimento constitucional. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 219, p. 53-73, jul./set. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p53](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p53)>.

(APA)

Marin, E. F. B., & Bezerra, P. H. A. A. (2018). Mandado de injunção e sentimento constitucional. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(219), 53-73. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p53](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p53)

## Referências

AGRA, Walber de Moura. *Republicanism*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Mandado de injunção: perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 191, p. 1-13, jan./mar. 1993. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45637/47410>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Mandado de injunção na tutela de direitos sociais*. Salvador: JusPODIVM, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod\\_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf)>. Acesso em: 8 ago. 2018.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

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

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.701, de 21 de dezembro de 1988. Dispõe sobre a especialização de Turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 dez. 1988b.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 jun. 1989.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 maio 1990.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 maio 1991a.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107/DF. Requerente: José Emídio Teixeira Lima. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Moreira

Alves. *Diário da Justiça*, Brasília, 2 ago. 1991b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81745>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 283/DF. Impetrante: Alfredo Ribeiro Daudt. Impetrado: União Federal; Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, Brasília, 14 nov. 1991c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 232-1/RJ. Requerente: Centro de Cultura Professor Luiz Freire. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. *Diário da Justiça*, Brasília, 27 mar. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 9 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 maio 1993.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 jan. 1994a.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 20/DF. Recorrente: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 maio 1994b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 361/RJ. Requerente: Sindicato das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte do Comércio do Estado do Rio de Janeiro – SIMPEC RJ. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Néri da Fonseca. *Diário da Justiça*, Brasília, 17 jun. 1994c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81794>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem no mandado de injunção n. 352/RS. Requerente: Francisco Severo Studzinski. Requerido: Retificadora de Motores Praia Ltda. Relator: Min. Néri da Silveira. *Diário da Justiça*, Brasília, 12 dez. 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81914>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 472/DF. Impetrante: Confederação Nacional da Agricultura – CNA. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 2 mar. 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81827>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002. Regulamenta o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 nov. 2002.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 721/DF. Requerente: Maria Aparecida Moreira. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 30 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 758/DF. Impetrante: Carlos Humberto Marques. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 26 set. 2008a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=550429>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 670/ES. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Mauricio Corrêa. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 31 out. 2008b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 15 ago. 2018.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 708/DF. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa – SIMTEM. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 31 out. 2008c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 712/PA. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 31 out. 2008d. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 6.200/RN. Impetrado: Juiz Federal da 5ª Vara Federal do Rio Grande do Norte. Impetrante: Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – UNAFISCO SINDICAL. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 2 fev. 2009a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9268852>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 788-8/DF. Impetrante: Maria Aparecida Caetano Lenarduzzi. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Carlos Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 8 maio 2009b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=591237>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 795-1/DF. Impetrante: Creuso Scapin. Impetrado: Presidente da República. Relatora: Min. Carmén Lúcia. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 22 maio 2009c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=593668>>. Acesso em: 9 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 ago. 2009d.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.128-A, de 2009. Disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Autoria: Dep. Flávio Dino. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 9 out. 2009e. [Situação: Transformado na Lei Ordinária 13300/2016]. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao.jsessionid=33E25DDD041BE6A12E3C3F35C104C9AC.nodel?idProposicao=453192&ord=0>>. Acesso em: 9 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 1.083/DF. Impetrante: Manoel Baía Campos. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 3 set. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613863>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011. Dispõe sobre o aviso prévio e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 out. 2011a.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no mandado de injunção n. 2.814/DF. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: Albertina Cardoso Baptista. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 1ª dez. 2011b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1597695>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no mandado de injunção n. 1.011/SE. Agravante: Francisco Genilson Pinheiro Guanabara. Agravado: Presidente da República. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 30 maio 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2086784>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 943/DF. Impetrante: Raimundo Nonato de Almeida. Impetrado: Companhia Vale do Rio Doce – CVRD. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 2 maio 2013a. Disponível

em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3716117>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 5.202/DF. Impetrante: Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos de Serviços de Saúde de Brasília-DF. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 20 maio 2013b. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=141119377&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 1.616/DF. Impetrante: Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – UNAFISCO SIDICAL. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 28 abr. 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=217186015&ext=.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 jun. 2016.

BRITO, Thomás Luz Raimundo. *Mandado de injunção: a decisão, os seus efeitos e a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no combate à omissão legislativa*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil: de acordo com a Lei 13.256, de 4 fevereiro de 2016*. São Paulo: Malheiros, 2016.

ECHAIZ ESPINOZA, Danielle Sales. *Entre substancialismo e procedimentalismo: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada*. Maceió: Edufal, 2009.

GOMES, Randalpho. *Mandado de injunção*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1989.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do estado legislativo ao estado constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. ampl. Barcelona: Ariel, 1976.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *El sentimiento constitucional: aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política*. Madrid: Reus, 1985.

MANEIRO, Renata de Marins Jaber. Mandado de injunção e jurisdição dialógica: algumas considerações a partir do caso do MI n. 943. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU-URUGUAI, 2016, Montevidéu. *Anais...* Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 25-41. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/9fp7g9id/7v73hjmN6g79a0cQ.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. O mandado de injunção e a necessidade de sua regulação legislativa. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 13, n. 100, p. 165-192, jul./set. 2011. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/134/126>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. S.O.S. para o mandado de injunção. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 11 set. 1990. Caderno 1, p. 11.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni Andrade de. *Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito*: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

PIOVESAN, Flávia Cristina. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. rev. atua. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. *Omissões normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

RICOEUR, Paul. *Teoria da interpretação: o discurso e o excesso de significação*. Tradução de Artur Morão. Rio de Janeiro: Edições 70, 1976.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e ideologias*. Tradução e apresentação de Hilton Japiassu. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

\_\_\_\_\_. *O justo: a justiça como regra moral e como instituição*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. v. 1.

\_\_\_\_\_. *O si-mesmo como outro*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

ROSSI, Pellegrino. *Cours de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris: Guillaumin, 1877.

SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Comentário ao artigo 5º, LXXI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 479-485.

SILVA, Cecília de Almeida et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Mandado de injunção e habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêuticas e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



# Reclamação e juizados especiais cíveis

Da consolidação normativa à alteração de competência pela Resolução nº 3/2016 do STJ

LÍVIA PITELLI ZAMARIAN HOUAISS  
FERNANDO GAMA DE MIRANDA NETTO

**Resumo:** O presente artigo trata da controversa Resolução nº 3/2016 do Superior Tribunal de Justiça, a qual estabeleceu a competência das câmaras reunidas ou da seção especializada dos tribunais de justiça para processar e julgar as reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Para compreender o contexto da resolução, examinam-se as fases que marcaram o desenvolvimento do instituto da reclamação, as suas hipóteses de cabimento, a atuação do Supremo Tribunal Federal na definição do papel do instituto, os impactos que o Código de Processo Civil de 2015 provocou no perfil da reclamação. Ao final, há a exposição de algumas reações à aplicação daquela Resolução, que revelam a sua contrariedade ao texto constitucional.

**Palavras-chave:** Direito constitucional. Processo civil. Resolução nº 3/2016 do STJ. Juizado especial cível. Reclamação constitucional.

## Introdução

O instituto da reclamação constitucional tem sido cada vez mais utilizado no âmbito de nossos tribunais. Isso pode ser um forte indicador de que a competência dos tribunais tem sido usurpada ou que a autoridade de suas decisões pode não estar sendo observada. Seja como for, a reclamação constitucional cumpre função importante no sistema judicial numa época em que se exige dos tribunais uma jurisprudência

Recebido em 21/5/18  
Aprovado em 6/6/18

estável, coerente e íntegra – art. 926 do Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, 2015).

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), temendo um aumento considerável no número de reclamações, editou a Resolução nº 3/2016 (BRASIL, 2016a), a qual estabeleceu a competência das câmaras reunidas ou da seção especializada dos tribunais de justiça para processar e julgar as reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do STJ.

Com o propósito de compreender o contexto e a constitucionalidade ou não da Resolução nº 3/2016 do STJ, este estudo tem por objetivos: a) examinar as fases que marcaram o desenvolvimento do instituto da reclamação; b) perquirir as hipóteses de cabimento do instituto; c) verificar como o STF definiu o papel do instituto; d) investigar os impactos que o CPC provocou no perfil da reclamação; e e) identificar algumas reações de atores jurídicos àquela Resolução.

## 1. Delineamento jurídico da reclamação constitucional

Instituto genuinamente brasileiro (DANTAS, 2000), a reclamação é prevista na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (art. 102, I, “I” e art. 105, I, “f”) (BRASIL, 1988) como medida processual adequada para que se queixe ao Supremo Tribunal Federal (STF) e ao STJ sobre a ofensa a suas competências, decisões ou súmulas vinculantes. Antes disso, foi criada pela jurisprudência do STF, num histórico que pode ser assim resumido:<sup>1</sup>

1ª fase (de formulação do instituto): iniciada a partir da criação do STF, a reclamação constitucional foi sendo construída pela jurisprudência, notadamente pela Reclamação nº 141, de 25 de janeiro de 1952 (BRASIL, 1952), que se baseou na teoria americana dos poderes implícitos (*implied powers*), segundo a qual, ao se atribuir competência geral a determinados órgãos, também se devem conferir os meios para executá-la, independentemente de previsão legal;<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> As quatro primeiras fases foram desenvolvidas por Pacheco (1991) em classificação retomada por Dantas (2000), que apontava também a quinta fase.

<sup>2</sup> Sobre o tema, Didier Júnior e Cunha (2016, p. 527) explicam que: “Os poderes implícitos dos tribunais são necessários ao exercício de seus poderes explícitos. Tendo os tribunais o poder explícito de julgar, têm o poder implícito de dar efetividade às próprias decisões e o de defender a própria competência. Para exercer esses poderes implícitos, concebeu-se a reclamação constitucional. Em virtude de tais poderes implícitos, inerentes a qualquer tribunal, deve-se admitir a reclamação constitucional perante os tribunais”.

2ª fase (de discussão): deu-se a partir da introdução da reclamação constitucional no Regimento Interno do STF (RISTF) (BRASIL, 2016b), em 1957 (BRASIL, 1969a, 1977);

3ª fase (de consolidação): iniciada com a promulgação da Constituição de 1967 (BRASIL, 1967), que deu respaldo ao instituto, conferindo ao RISTF o poder de estabelecer “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso”(art. 115, “c”), e mantida pelas Emendas Constitucionais (EC) nº 1, de 1969, e nº 7, de 1977;

4ª fase (de definição): a partir da EC nº 7/1977, que conferiu competência ao STF para avocar causas processadas em qualquer juízo, mediante pedido do Procurador Geral da República (art. 119, I, “o”), como forma de preservação da competência daquele órgão;

5ª fase (de plenificação constitucional): ocorreu em 1988 com a promulgação da CRFB, a qual passou a prever expressamente o instituto denominado “reclamação” (art. 102, I, “I” e art. 105, I, “f”) (BRASIL, 1988);

6ª fase (de expansão constitucional): resultante da edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 (BRASIL, 2004), quando passou a ser cabível também como meio de garantir a eficácia das súmulas vinculantes quando ferida por atos administrativos ou judiciais (art. 103-A, § 3º) (MORATO, 2007);

7ª fase (de expansão processual): alcançada com a vigência da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo CPC (BRASIL, 2015).

A compreensão das razões do surgimento da reclamação é pressuposto para o delineamento de sua verdadeira função. Ainda no momento anterior à promulgação da CRFB, a jurisprudência – destacando-se aqui trecho do voto do ministro Djaci Falcão – já a considerava como essencial para que o STF “pudesse cumprir, integralmente, a sua missão, preservando, de modo eficaz, a sua competência e a autoridade dos seus julgados, como ‘órgão de superposição a todos os juízes e tribunais do país’” (BRASIL, 1984, p. 54).

Não se pode negar, dessa forma, que a reclamação foi criada diante da premente necessidade de garantir jurisdição, imperativo indispensável também, senão ainda mais, no atual contexto histórico do neoconstitucionalismo e reformulação do sistema processual brasileiro para um sistema de precedentes obrigatórios.

Toda essa necessidade da época e a discussão que a envolveu ganham força novamente, e permanecem atualizadas, muito embora a natureza jurídica desse instituto nem sempre tenha sido bem definida. Enquanto uma parte minoritária da doutrina afirmou tratar-se de mera medida administrativa semelhante à correção parcial (BUZAID, 1958),

outra chegou a enquadrá-la como incidente processual (NERY JUNIOR, 1996), sem a adequada compreensão da autonomia da reclamação frente a um processo principal, similar à daqueles que lhe imputavam uma natureza recursal e olvidavam que a medida prescinde de sucumbência e até de um processo judicial em curso para ser ajuizada.

De forma mais técnica, Miranda (1997), Góes (2005), Wambier et al. (2015), Didier Júnior e Cunha (2016), e tantos outros juristas já defendiam a natureza de ação para o instituto da reclamação indetificando nela todos seus elementos típicos: partes (reclamante e reclamado), causa de pedir (invasão de competência ou desobediência à decisão da corte) e formulação de um pedido. Tal natureza foi confirmada pela própria Lei nº 8.038/1990 (BRASIL, 1990), que instituiu suas normas procedimentais, quando a inseriu entre os “processos de competência originária” (Capítulo II), enquadramento repetido pelo CPC (Livro III, Capítulo I).

Esse posicionamento, contudo, muito embora majoritário, foi refutado inicialmente pelo STF (BRASIL, 2003a) que, amparado pela doutrina de Grinover (2002), dispôs ser a reclamação um procedimento para o exercício do direito constitucional de petição, nos moldes do art. 5º, XXXIV, “a”, apesar de nunca ter adotado uma sistemática procedimental que se coadunasse com essa natureza<sup>3</sup>. O enquadramento do STF mostrou-se equivocado, já que há efetivamente a provocação de nova prestação jurisdicional, realizada conforme o devido processo legal e cuja decisão forma coisa julgada (LEONEL, 2011) – e, atualmente, a própria

Corte reconhece em seus acórdãos<sup>4</sup> a natureza de ação constitucional da medida.

## 2. A dilatação normativa

O crescimento do instituto pode ser facilmente notado já na sua evolução histórica, com a ampliação gradativa de seu cabimento. Após a plenificação constitucional, a reclamação passou a ter suas hipóteses de cabimento previstas nos artigos 102, I, “l” e 105, I, “f” em rol taxativo, para a preservação de sua competência e a garantia da autoridade das decisões do STF e STJ, respectivamente.

A primeira hipótese refere-se à ocorrência de usurpação de competência do STF. Podem-se arrolar alguns exemplos, como: a) presidente de tribunal *a quo* que não remete ao STF agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário; b) omissão de tribunal na remessa dos autos de recurso ou processo, após ter sido reconhecida sua suspeição pelo art. 102, I, da CRFB, já que nesses casos, a competência passa a ser do STF; c) decisão em outra reclamação, quando esta houver sido julgada por um tribunal com invasão de competência do STF.

A segunda hipótese, por sua vez, trata do cabimento da reclamação para garantir a autoridade de decisões específicas do STF ou do STJ, quando estas forem desrespeitadas. Exemplificativamente, pode-se lembrar o cabimento da reclamação para garantir o cumprimento das decisões do STF nos seguintes casos: a) contra ato judicial que determinar a execução de uma decisão de maneira di-

<sup>3</sup>O STF nunca deixou de exigir capacidade postulatória, o pagamento de custas e taxas ou requisitos totalmente formais para o exercício da Reclamação, limitada exclusivamente à esfera judicial (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2016, p. 328).

<sup>4</sup>Nesse sentido foi a decisão do STF na Rcl. 15.933: “A reclamação é ação autônoma de impugnação dotada de perfil constitucional, prevista no texto original da Carta Política de 1988 para a preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 2014, p. 1).



ferente da determinada pelo STF; b) para a defesa de decisões de julgamentos realizados pelo STF em recursos ou processos de sua competência originária; c) em face de órgão jurisdicional que se recuse a cumprir medida liminar deferida em ação direta de inconstitucionalidade ou que se recuse a aplicar lei declarada constitucional em Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) pelo STF; d) contra decisão de órgão inferior sobre matéria já decidida pelo STF naquele processo, salvo se surgirem novos fundamentos que a causa de pedir da demanda, entre outras (GÓES, 2005).

O instituto foi objeto de norma infraconstitucional, a Lei nº 8.038/1990, e dos Regimentos Internos do STF e STJ, além de ser previsto junto ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) (art. 190 a 194, RITST) (BRASIL, 2017j), ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) (art. 15 c/c art. 94, RITSE) (BRASIL, 2012), ao Superior Tribunal Militar (STM) (art. 6º, I, “f”, Lei nº 8.457/1992 c/c arts. 584 a 586 do Código Penal Militar e art. 105, “a”, 1, do RISTM) (BRASIL, 1969b, 1992, 2017b), e junto aos tribunais de segundo grau, muito embora a constitucionalidade da criação do instituto por regimento interno tenha sido negada pelo STF<sup>5</sup>.

A então considerada “verdadeira expansão do instituto” (LEONEL, 2011, p. 122-123) adveio no contexto da Reforma do Judiciário pela EC nº 45 (BRASIL, 2004), que inseriu o art. 103-A, cujo § 3º expressamente possibilitou o cabimento da reclamação para anular o ato administrativo ou cassar decisão judicial

<sup>5</sup>O STF reconheceu a inconstitucionalidade da Reclamação prevista no Regimento do TST no seguinte julgamento: “RECLAMAÇÃO – REGÊNCIA – REGIMENTO INTERNO – IMPROPRIEDADE. A criação de instrumento processual mediante regimento interno discrepa da Constituição Federal. Considerações sobre a matéria e do atropelo da dinâmica e organicidade próprias ao Direito” (BRASIL, 2009a, p. 1.114).

que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente aplicá-la, podendo o STF determinar que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

A previsão do dispositivo mencionado foi avaliada como uma renovação de sua finalidade, função e características, além de denotar a natureza de ação da reclamação por permitir sua propositura de forma independente e autônoma (LEONEL, 2011).

Hoje é inegável afirmar que a verdadeira expansão do instituto adveio da nova legislação processual civil que, além de repetir as fórmulas da CRFB para o STF e STJ, expressamente ampliou o cabimento para qualquer tribunal (art. 988, § 1º, do CPC) (BRASIL, 2015) extirpando a discussão jurisprudencial do tema e retirando o caráter de inconstitucionalidade da previsão exclusiva em regimentos internos dos tribunais<sup>6</sup>. Essa exegese prospectiva não só tornou a medida mais eficaz, como evitou a formação do que Costa (2015, p. 2.200) denomina “lacuna jurídica ameaçadora”, que poderia advir com o CPC, dada a falta de meios para se impugnam determinados descertos do Judiciário, como a indevida inadmissibilidade de apelação pelo juízo *a quo*<sup>7</sup> ou a impossibilidade de se questionar a falta de respeito à jurisprudência do STJ em decisões das turmas recursais estaduais.

<sup>6</sup>Muito embora a teoria dos poderes implícitos que deu origem à reclamação no STF por si só já justificasse a aceitação da reclamação para todo e qualquer tribunal (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2016, p. 538), a divergência acerca deste cabimento foi objeto de debate no STF, que algumas vezes chegou a admiti-la, *a contrario sensu*, somente se criada por lei em sentido formal e material.

<sup>7</sup>Dessa decisão não é mais cabível agravo de instrumento, conforme teor do art. 1.015, CPC, razão pela qual a reclamação seria a única medida apta a sanar o problema, como também considerou o enunciado nº 207 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Cabe reclamação, por usurpação da competência do tribunal de justiça ou tribunal regional federal, contra a decisão de juiz de 1º grau que inadmitir recurso de apelação” (ENUNCIADOS..., 2017, p. 31).

O CPC dedicou um capítulo próprio à reclamação, passando a prever expressamente normas procedimentais que eram relegadas aos Regimentos Internos dos Tribunais e à Lei nº 8.038/1990, revogando-a expressamente (art. 1.072, IV, do CPC), muito embora ainda tenha perdido a oportunidade de esclarecer o exato papel da reclamação<sup>8</sup>.

### 3. Papel do STF no cabimento da reclamação

Antes de analisar a influência do CPC, é importante observar que ao longo dos anos os tribunais brasileiros contribuíram intensamente para o delineamento do atual papel da reclamação. Editada em 2003, a Súmula nº 734 do STF, por exemplo, limitou seu uso para decisões já transitadas em julgado, para que não fosse utilizada como “sucedâneo processual da ação rescisória” (BRASIL, 2003b), limitação que posteriormente foi até positivada pelo CPC, em seu art. 988, § 5º, I.

Todavia, a atuação mais expressiva dos tribunais na expansão do cabimento da reclamação iniciou-se por meio de decisão judicial proferida pelo STF, no julgamento dos Embargos de Declaração do Recurso Extraordinário nº 571.572<sup>9</sup>, onde a Corte determinou sua admissão pelo STJ quando ajuizada em face de decisões de Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis que desrespeitarem sua jurisprudência.

Tal decisão cabe aos Juizados Especiais Estaduais (Lei nº 9.099/1995) (BRASIL, 1995), não abrangendo os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153/2009) (BRASIL, 2009d) e os Juizados Federais (Lei nº 10.259/2001) (BRASIL, 2001), na medida em que, muito embora os três componham o chamado Sistema dos Juizados Especiais (ROCHA, 2017), cada um tem suas especificidades procedimentais, conforme a legislação apontada, sobretudo quanto à uniformização de jurisprudência.

---

<sup>8</sup>Sobre tal polémica, abordou-se anteriormente em Zamarian (2016).

<sup>9</sup>Segue a ementa do julgamento: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO ÀS CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS. RECLAMAÇÃO PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CABIMENTO EXCEPCIONAL ENQUANTO NÃO CRIADO, POR LEI FEDERAL, O ÓRGÃO UNIFORMIZADOR. [...]. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la. 5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional” (BRASIL, 2009b, p. 978-979).

Os dois juizados instituídos mais recentemente previram sistemas de uniformização de jurisprudência<sup>10</sup>; contudo, o juizado pioneiro não tem em sua lei regulamentadora, a Lei nº 9.099/1995, qualquer “mecanismo de controle externo” (QUINTAS; GOMES, 2011, p. 440) de suas decisões proferidas em segundo grau. De tais decisões é cabível recurso extraordinário em caso de ferimento a matéria constitucional, com fundamento no art. 102, III, da CRFB; porém, não se admite recurso especial para o STJ, já que o art. 105, III, da CRFB, restringe tal cabimento aos tribunais regionais federais e aos tribunais estaduais ou do Distrito Federal. A razão para tal distinção relaciona-se à literalidade dos dispositivos constitucionais: enquanto a competência do STF para processar e julgar o recurso extraordinário se refere a “causas decididas em única ou última instância”, a competência do STJ para processar e julgar o recurso especial exige que “as causas decididas, em única ou última instância” tenham sido prolatadas por “tribunais”.

Há, assim, uma “lacuna no sistema recursal brasileiro” (CAMBI; MINGATI, 2011, p. 303), que deixa de prever qualquer meio de revisão de decisões das turmas recursais em caso de divergência de interpretação de lei infraconstitucional, e essa lacuna foi considerada pelo STF, na decisão citada, como fonte de “insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz de resolvê-la”. Por tal motivo,

---

<sup>10</sup> Para os Juizados Especiais da Fazenda Pública, há previsto um procedimento de uniformização de jurisprudência nos arts. 18 e 19 da Lei nº 12.153/2009; enquanto para os Juizados Federais há previsão no art. 14 da Lei nº 10.259/2009. Ambos excluem o cabimento de reclamação constitucional ao STJ em face de suas decisões de segundo grau, reforçando a tese de que a extensão excepcional reconhecida pelo STF aplica-se exclusivamente aos julgamentos oriundos de Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis estaduais. Nesse sentido ver decisão do STJ (BRASIL, 2017e).

o STF declarou, excepcionalmente – enquanto não houver uma lei federal que crie um órgão uniformizador no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais – o cabimento da reclamação ao STJ (art. 105, I, “f”, da CRFB).

Observa-se que, até então, não se admitia no ordenamento jurídico brasileiro reclamação para garantia de precedente não vinculante, o que demonstra o grande impacto dessa decisão do STF e esforço em assegurar a função nomofilática<sup>11</sup> do STJ e da força de sua jurisprudência. Essa ampliação foi considerada condizente com o sistema constitucional e processual, do “ponto de vista lógico e jurídico”, segundo Leonel (2011), já que atua para preservar a competência do STJ como Corte de sobreposição.

Em outras palavras, se o principal papel do STF e do STJ é de atuarem como guardiões, respectivamente, do direito federal constitucional e infraconstitucional, com isso uniformizando a interpretação e aplicação da Constituição e das leis federais, ao conhecer da reclamação para fins de uniformização de jurisprudência com relação às decisões que vêm sendo ou serão proferidas nos Juizados especiais, os tribunais de superposição (especialmente o STJ), dada a impossibilidade de recurso especial contra decisão da Turma Recursal dos Juizados Especiais – art. 105, II da CF/88) nada mais estarão fazendo que preservar sua competência, e, de forma indireta, preservar a autoridade de seus julgados (LEONEL, 2011, p. 126).

O STJ viu-se, então, obrigado a regulamentar a medida, editando a Resolução nº 12/2009 (BRASIL, 2009c, p. [1]), que tratou do procedimento de reclamações ajuizadas para “diri-

---

<sup>11</sup> A nomofilaquia, conforme Calamandrei (1945, p. 104), tem como função “aclerar e integrar os sistema normativo, finalidades que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente” para a aplicação uniforme das normas.

mir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais” (art. 1º). Tal normativa previu a possibilidade de julgamento de plano pelo relator (art. 1º, § 2º) e a irrecorribilidade dessa decisão monocrática (art. 6º)<sup>12</sup>, mas gerou inúmeros questionamentos processuais que culminaram no retorno à discussão sobre a natureza da reclamação ante o “caráter anômalo” dessa hipótese de cabimento, com feições muito mais próximas de um sucedâneo recursal (XAVIER, 2016).<sup>13</sup>

Houve também diversos questionamentos acerca da sua constitucionalidade<sup>14</sup>, em especial sobre possível incompetência formal daquela Resolução, como ato meramente administrativo, para legislar sobre matéria processual privativa de lei federal (art. 22, I, da CRFB). Esse cabimento, entretanto, está amparado na abertura normativa do art. 105, III, da CRFB, interpretado conforme a função constitucionalmente atribuída ao STJ de intérprete do direito federal objetivo, em conjunto com o princípio da segurança jurídica.

Tal discussão perdeu a razão de ser com a vigência do CPC que tacitamente substituiu tal Resolução ao encampar expressamente a admissibilidade da reclamação em todos os tribunais (art. 988, § 1º), além de estabele-

cer diretrizes gerais para seu procedimento (arts. 988 a 993) (BRASIL, 2015).

#### 4. A influência da Lei nº 13.105/2015

Por ser a reclamação modalidade de demanda típica, ou seja, cujo ajuizamento está limitado às hipóteses de cabimento previstas pelo legislador (LEONEL, 2011, p. 24), o delineamento realizado pelo art. 988, do CPC, em rol exaustivo, segundo Didier Júnior e Cunha (2016, p. 540), gera impactos na função do instituto.

Além da hipótese de cabimento para preservação de competência (art. 988, I), o CPC (BRASIL, 2015) reitera a previsão constitucional de garantia de autoridade das decisões de todos os tribunais (inciso II) e inclui as decisões por eles proferidas em Incidentes de Assunção de Competência (IAC), Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) (inciso IV). A previsão relativa às súmulas vinculantes e ações de controle concentrado de constitucionalidade (inciso III) são direcionadas exclusivamente ao STF.

Questiona-se, contudo, o limite do termo “decisões” no tocante a seus efeitos e frente à legitimidade para pleitear sua observância em decisões das turmas recursais.

Com relação ao ferimento de decisões proferidas em processos objetivos, as reclamações podem ser ajuizadas por qualquer interessado, já que o paradigma tem efeito vinculante e *erga omnes*. Quanto ao STJ, e de acordo com o CPC, tal efeito ocorre nos julgamentos de IRDR ou de IAC, que, desrespeitados, podem ensejar propositura de reclamação conforme previsão expressa no art. 988, IV (BRASIL, 2015).

O que se questiona aqui está relacionado às decisões com efeito *inter partes*, na medi-

<sup>12</sup>Decisões recentes do STJ têm reiterado a irrecorribilidade (BRASIL, 2017h).

<sup>13</sup>O ministro Raul Araújo, em voto no julgamento da Rcl. 18.506, chegou a afirmar: “apesar de não se tratar propriamente de um recurso, a reclamação manejada contra decisão de turma recursal de juizado especial estadual, oriunda de construção jurisprudencial da Suprema Corte, possui natureza híbrida (alguns entendem ser sucedâneo recursal, outros entendem ser incidente de uniformização de jurisprudência)”, como fundamento para permitir a aplicação analógica de requisitos procedimentos do recurso especial (BRASIL, 2016c, p. 5).

<sup>14</sup>Nesse sentido, criticando a posição do STJ na aplicação de sua própria Resolução, ver Fuga (2012).

da em que estas tradicionalmente só podem ser reclamadas por aqueles que participaram da relação jurídico-processual que servirá de paradigma. Destaque-se que, no âmbito da Lei nº 9.099/1995, não há que se falar em decisão do STJ para as mesmas partes que litigam nas turmas recursais, ante a pacífica inadmissibilidade de recurso especial ou outro meio recursal.

A única possibilidade residiria no reconhecimento da legitimidade para aquele que ingressou com demanda no juizado especial de reclamar a aplicação de jurisprudência não vinculante do STJ, formada em processo do qual não participou. Tal situação não parece muito absurda ante o movimento de “abstrativização”<sup>15</sup> ou objetivação pelo qual passou o recurso extraordinário e que atinge também o recurso especial, quando reunido como repetitivo. O CPC, todavia, não previu tais efeitos de forma expressa.

Ao elencar, em tom impositivo, um rol de decisões e súmulas dos tribunais a que estiverem vinculados, aos quais os “os juízes e os tribunais observarão” (BRASIL, 2015), o art. 927 também atribuiu vinculatividade a todas as decisões lá constantes, tais como aos julgamentos de recursos especiais repetitivos e súmulas do STJ. O tema não é pacífico na medida em que a expressão “vinculante” não é expressamente utilizada, o que gera dúvidas acerca de sua observância obrigatória ou não, hipótese na qual não poderiam servir de paradigma para reclamação constitucional ao STJ.

Parte da doutrina<sup>16</sup>, a que defende a existência do efeito vinculante como decorrência

<sup>15</sup> Essa expressão foi utilizada pela primeira vez por Didier Júnior (2006) para denotar a condução de tais recursos, em especial do recurso extraordinário, eminentemente concretos, como mero “pressuposto para a atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos”.

<sup>16</sup> Também defendendo o efeito vinculante no art. 927 do CPC, ver: Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 455).

do sistema de precedentes implantado pelo novo CPC, logicamente concluiu pela possibilidade de reclamação nesses casos. Esse argumento é também reforçado pela interpretação, a *contrario sensu*, do § 5º, II, do próprio art. 988 (BRASIL, 2015), que indica o cabimento de reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em recurso especial repetitivo, quando esgotadas as instâncias ordinárias – que no caso da Lei nº 9.099/1995 (BRASIL, 1995), para fins de legalidade, significa logo após o acórdão proferido pela turma recursal. Não havendo, pois, enquanto não criadas as turmas de uniformização estaduais por lei federal, outro meio de impugnar uma decisão de turma recursal que contraria jurisprudência do STJ, deve-se admitir o ajuizamento de reclamação constitucional perante o órgão jurisdicional “cuja autoridade se pretenda garantir”, por imposição do § 1º do art. 988 (BRASIL, 2015).

Desse modo, sendo a reclamação uma garantia constitucional intangível e protegida por cláusula pétrea (LEONEL, 2011), se ela está prevista no texto constitucional para ser utilizada para garantir a autoridade das decisões do STF e do STJ, e lá sem exceções, desde que haja interesse da parte reclamante, que poderá ser estranha à relação processual original, também deverá ser admitida para garantir o respeito a decisões das Cortes superiores, que tradicionalmente teriam efeito meramente *inter partes*, mas, que ganharam efeito vinculante com os arts. 927 e 988 em conjunto.

Também nesse sentido discorre Lenza (2015): “Dizer que devem observar significa vincular. O art. 947, § 3º, aliás, expressamente estabelece que o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese. Criam-se hipóteses de vinculação por lei. Esse é o problema, pois a previsão de efeito vinculante enseja o cabimento da reclamação”. Para o autor, contudo, a criação da vinculação pelo CPC é flagrantemente inconstitucional e não poderá ensejar o cabimento da reclamação constitucional.

## 5. A reação inconstitucional do Superior Tribunal de Justiça

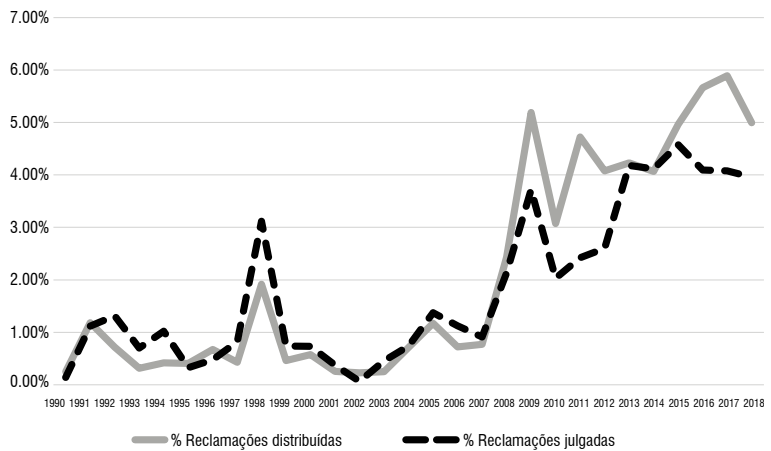
Com o início da vigência do CPC, o “fluxo volumoso”<sup>17</sup> de reclamações já ajuizadas em face de decisões das turmas recursais dos juizados especiais estaduais e do Distrito Federal e provavelmente o receio de um aumento ainda mais expressivo com a nova legislação processual passaram a preocupar o STJ.

Nota-se que o aumento de reclamações não foi fenômeno atribuído exclusivamente às reclamações oriundas das turmas recursais: ao longo dos anos, ele já tem sido notado no STJ e no STF, muito embora cada qual com suas características distintas.

No STF<sup>18</sup>, por exemplo, é possível constatar que o percentual de reclamações distribuídas frente ao número total de processos é mais de vinte vezes maior se comparados os anos de 1990 e 2017.

### Gráfico 1

Reclamações distribuídas no STF frente ao número total de processos



Fonte: elaborado pelos autores com base em dados de Brasil (2018a).

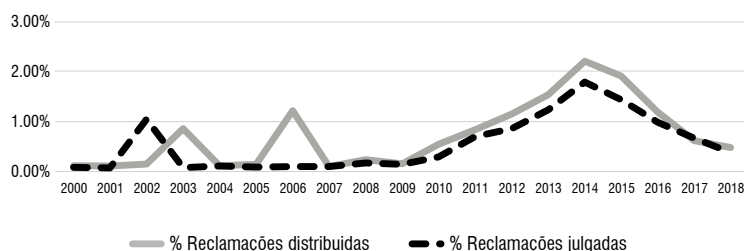
<sup>17</sup> Expressão utilizada na própria justificação do texto normativo da Resolução nº 3/2016 (BRASIL, 2016a) do STJ.

<sup>18</sup> Os dados referentes aos números de reclamações e processos distribuídos e julgados foram obtidos no conteúdo disponibilizado pela Assessoria de Gestão Estratégica do STF, no endereço eletrônico: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>. Acesso em: 15 jun. 2018. Os dados estão atualizados até 11/5/2018. A limitação da análise entre aos anos de 1990 a 2018 não se deu em razão de recorte temporal como estratégia de método da pesquisa, mas sim pela limitação dos dados disponibilizados pela própria Corte.

As reclamações distribuídas, que representavam 0,43% dos processos da Corte em 1997, em vinte anos atingiram a marca de 5,89%. A linha evolutiva apresentou alguns picos, como o iniciado pela Lei nº 11.418/2006 (BRASIL, 2006b), que regulamentou a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Esse filtro recursal constitucionalmente criado passou a representar uma limitação ao cabimento de recurso extraordinário, o que conduziu os operadores do Direito a buscar outras medidas para acesso ao STF, o que fortaleceu a utilização da reclamação.<sup>19</sup> Saliente-se, contudo, que o STF não enfrentou uma evolução tão drástica quanto o STJ.

## Gráfico 2

Reclamações distribuídas no STJ frente ao número total de processos



Fonte: elaborado pelos autores com base em dados de Brasil (2018b).

No caso do STJ<sup>20</sup>, também houve aumento gradual no percentual de reclamações distribuídas face ao número total de processos, muito embora apresente alguns aumentos pontuais momentâneos. As reclamações, que em 2007 representavam 0,1% dos processos distribuídos no tribunal, dez anos depois representavam 0,62%. A linha evolutiva teve, contudo, grande pico a partir de 2009, momento que coincide com o julgamento do RE 571.572-ED (BRASIL, 2009b) pelo STF e a edição da Resolução nº 12/2009 pelo STJ (BRASIL, 2009c) – e o aumento foi

<sup>19</sup> Tema abordado anteriormente em Zamarian (2011).

<sup>20</sup> Os dados foram obtidos através dos Boletins Estatísticos publicados pela Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica do próprio STJ, disponibilizados em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/?vPortalAreaPai=183&vPortalArea=584>>. Acesso em: 15 jun. 2018. Os dados estão atualizados até 11/5/2018. A limitação temporal, da mesma forma que com os dados do STF, se deu em razão da restrição da disponibilização pela própria Corte. O STJ só divulga os dados a partir do ano 2000 e não havia divulgado os números referentes a maio de 2018, já que o último acesso dessa pesquisa se deu em 12 de maio e os boletins estatísticos são publicados mensalmente, até o sétimo dia útil do mês subsequente ao de referência, conforme Instrução Normativa STJ nº 14 de 11/12/2017.

exponencial, chegando a representar 2,12% dos processos distribuídos no STJ. A partir daí, a jurisprudência defensiva do STJ passa a operar efeitos de redução quantitativa, que foram corroborados pela vigência CPC e da Resolução nº 3/2016 (BRASIL, 2015, 2016a), que resultaram na importante queda numérica até os patamares atuais.

Esses dados, numa apreciação absoluta, podem não ser tão altos se cotejados com o aumento expressivo do número total de processos, mas é possível notar que percentualmente a alteração foi considerável. São alterações expressivas que refletem que a reclamação não só caiu nas graças dos operadores do Direito, até porque as vias recursais foram limitadas por filtros, como também sofreu o impacto da expansão do instituto pelas vias legislativa e jurisprudencial.

É importante considerar, todavia, que o aumento do número de reclamações distribuídas não é um fenômeno isolado, na medida em que aumentou também a judicialização de demandas em geral, e, conseqüentemente, a quantidade de processos distribuídos nos tribunais. O dado que desponta nesse estudo é justamente o aumento do percentual de reclamações julgadas frente às demais classes processuais, o que permite concluir que as reclamações passaram a tomar mais tempo dos tribunais, o que justifica a preocupação de limitar seu cabimento.

O aumento de sua utilização reflete-se no receio externado pelos tribunais – como se pode aferir na fala dos ministros Dias Toffoli e Teori Zavaski no julgamento da Reclamação Constitucional nº 18.564 (BRASIL, 2016d) – de transformação do STF em um mero órgão “reclamatório” de acesso amplo. Tal julgamento, ocorrido em meados de 2016, referia-se à aplicação de enunciado de súmula vinculante, que apesar de aprovado no ano de 2008 para,

em tese, pacificar o tema, tornou-se objeto de reiterados questionamentos na própria Corte<sup>21</sup>.

Na sessão de julgamento daquela Reclamação, em fevereiro de 2016, o então presidente em exercício do STF, ministro Dias Toffoli, externou preocupação com a quantidade de processos de idêntica natureza que poderiam aparecer no STF em razão do interesse geral do tema analisado:

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI  
(PRESIDENTE):

Eu dou provimento, ou melhor dizendo, julgo procedente a reclamação se os elementos objetivos me permitem verificar ofensa à Súmula nº 13; senão, isso tem que ser procurado nas vias ordinárias, e não na reclamação. Nós temos que lembrar que nós temos mais de cinco mil municípios no Brasil, nós temos milhares ou milhões de servidores públicos e, no âmbito de nomeação em cargos de comissão, mais de 100 mil no Brasil inteiro (BRASIL, 2016d, p. [25]).

O argumento parece ter sido prontamente aceito pelos ministros, que na sequência muito pouco se limitaram a discutir sobre o caso *sub judice*. O medo do excesso de demandas assusta tanto, que o ministro Teori Zavaski chegou a alertar sobre a necessidade de limitar a edição de súmulas vinculantes, inclusive para não “transformar o Tribunal numa espécie de juiz universal de todas as questões” (BRASIL, 2016d, p. [26]) com inúmeras ações reclamando sua aplicação.

Ainda que essa não seja a abordagem técnica adequada para o deferimento ou não de

<sup>21</sup> Tratava-se da aplicação da Súmula Vinculante nº 13 (BRASIL, 2008b), que trata do nepotismo. Os números são representativos: em rápida pesquisa realizada em 12/5/2018, na base de pesquisa de jurisprudência disponível no site do STF (BRASIL, 2018a), foi possível identificar 37 acórdãos e 231 decisões monocráticas, além de três decisões da presidência que abordavam a aplicação daquela Súmula.



uma demanda, a preocupação é relevante na medida em que o STF se tem transformado exatamente nesse juiz universal – ou “reclamatório universal da União”, como aduziu o ministro Toffoli. O grande receio dos ministros é que o STF passe a exercer mero papel de Corte de vértice, e não de Corte suprema<sup>22</sup>. O mesmo receio parece ter alcançado os integrantes do STJ, que demonstram querer evitar a todo custo ter que julgar a “avalanche” de reclamações movidas em face de decisões de turmas recursais de todos os Estados da União, o que em tese poderia lhe retirar da função de Corte de vértice, com função nomofilática de interpretação da lei infraconstitucional, e atribuir-lhe função de mera Corte revisora.

Sob esse pretexto, e na iminência de entrada em vigor do CPC, em 16/3/2016, o STJ aprovou a Emenda Regimental nº 22/2016 (BRASIL, 2018c), revogando a Resolução nº 12/2009 (BRASIL, 2009c) e, em substituição, editou a Resolução nº 3, publicada em 8/4/2016 (BRASIL, 2016a), relegando a competência para julgar as reclamações às câmaras reunidas ou à seção especializada dos tribunais de justiça quando as decisões reclamadas divergirem de jurisprudência do STJ consolidada em IACs, IRDRs, julgamentos de recursos especiais repetitivos e súmulas da Corte<sup>23</sup>.

A Resolução pouco justificou a alteração, mas em suas decisões os ministros do STJ gradativamente passaram a expor seus fundamentos, baseando-se na inércia legislativa na criação das turmas de uniformização estaduais, bem como na “verdadeira vinculação dos juízes e membros dos Tribunais Estaduais à jurisprudência dos Tribunais Superiores” (BRASIL, 2017g, p. 7) promovida pelo CPC, e ainda na redação restritiva do art. 988 do CPC, que deixou de contemplar a possibilidade de reclamação para uniformização de decisões do STJ.

---

<sup>22</sup> As Cortes de vértice especialmente nos ordenamentos jurídicos do *civil law* – em grande parte fortemente influenciadas pela doutrina de Calamandrei – foram concebidas como Cortes de correção de decisões de instâncias inferiores, com foco no resultado do julgamento, na parte dispositiva da decisão, ainda como resultados de atividade subsidiária realizada pelos julgados. A pressão por resultados e as exigências relativas à segurança jurídica têm imposto uma mudança na função desses tribunais, na qual se exige que eles tenham jurisprudência estável e preocupada com a fundamentação de suas decisões e suas escolhas interpretativas. As Cortes não apenas decidem litígios: formam agora precedentes expressos na *ratio decidendi*, o que tradicionalmente era preocupação típica do *common law* (MARINONI, 2015). É necessário que as Cortes de vértice do Estado constitucional deixem de atuar como Cortes superiores, ocupadas com o controle de legalidade das decisões recorridas atribuindo papel meramente instrumental a sua jurisprudência, e passem a ser Cortes supremas, assumindo a função nomofilática de Cortes de interpretação e precedentes (MITIDIERO, 2014).

<sup>23</sup> A redação original do art. 1º, da Resolução nº 3/2016 assim dispõe: “Art. 1º Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes” (BRASIL, 2016a, p. 1).

Note-se que, ao mesmo tempo em que essa normativa do STJ tem o mérito de adequar-se ao CPC por incluir duas medidas lá criadas, o IRDR e o IAC, acaba contrariando frontalmente seu art. 988, no § 1º, ao deslocar a competência do STJ como órgão jurisdicional “cuja autoridade se pretenda garantir” (BRASIL, 2015), relegando-a aos tribunais estaduais. Essa manobra da Resolução exorbita sua competência regulamentadora e usurpa a competência legislativa exclusiva da União relativa ao direito processual fixada no art. 22, I, da CRFB. Ademais, ao transferir a obrigação para os tribunais estaduais, ampliou-lhes a competência por meio de ato normativo infraconstitucional, situação considerada inconstitucional pelo STF<sup>24</sup>, ofendendo o art. 125, § 1º, da CRFB, já que “a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça” (BRASIL, 1988).

A Resolução acabou por operar, ainda, uma repristinação da “lacuna jurídica ameaçadora” existente, impedindo o acesso ao STJ de acórdãos proferidos pelas turmas recursais, em contrariedade com a jurisprudência daquela Corte. Observe-se que, conquanto os tribunais estaduais julguem as reclamações que lhe são impostas pela Resolução nº 3/2016, se porventura deixarem de aplicar o entendimento do STJ, o jurisdicionado fica desatendido, sem qualquer possibilidade de buscar a aplicação daquela decisão superior. A Resolução é a “afirmação de negação da autoridade”, na expressão de Marinoni (2014, p. 244): nela o STJ

<sup>24</sup> Em julgados anteriores, tal como na ADI 2.797 (BRASIL, 2006a), o STF já se manifestou no sentido de lei federal ordinária não poder alterar a competência dos Tribunais dos Estados, que só podem ser definidas, exclusivamente, por suas Constituições Estaduais. Assim, é possível concluir que, por consequência, não poderá também ser ampliada por meio de Resolução do STF. Nesse sentido, ver o voto do Desembargador Alexandre Câmara (RIO DE JANEIRO, 2016).

demonstra desrespeito não só a suas próprias decisões, mas a todo o sistema judicial, numa lamentável “desconsideração da confiança depositada pelos cidadãos no Poder Judiciário”.

Como se vê, a garantia da autoridade das decisões de um Tribunal Superior, quando visto como uma Corte de interpretação, está precipuamente na garantia da autoridade dos seus precedentes. Contrariar um precedente é negar a autoridade da Corte e ao mesmo tempo, dela usurpar a função exclusiva de definir o sentido do direito. Um tribunal inferior que nega interpretação definida pelo STJ viola a autoridade de um precedente seu e, ao mesmo tempo, usurpa a sua exclusiva função de definir o sentido do direito federal infraconstitucional. É nessa dimensão que deve ser compreendida, em vista da função que hoje deve ser desenvolvida pelo STJ, a reclamação que pode ser apresentada para a preservação da sua competência e para a garantia da autoridade de suas decisões, os termos do art. 105, I “f” da CF. Uma Corte Superior zela pela sua competência, ou seja, pela exclusividade da sua função constitucional, assim como pela autoridade de suas decisões, quando se volta contra a eficácia de decisão de tribunal inferior que nega precedente da sua lavra (MARINONI, 2014, p. 242).

A aplicação da Resolução não tem sido pacífica nos tribunais brasileiros, como se verá a seguir.

## 6. Desdobramentos e contrarreação

A matéria chegou no STJ por meio de Agravo Interno em processo de Reclamação; porém, não chegou a ser analisada em razão de inadequação do meio processual utilizado.<sup>25</sup> Mesmo reconhecendo sua incompetência

<sup>25</sup> Tratava-se do julgamento do Agravo Interno na Reclamação nº 33.758 (BRASIL, 2017i) e o ministro rela-

para julgar reclamações advindas das turmas recursais após 7/4/2016<sup>26</sup>, o próprio STJ tem divergido sobre o encaminhamento de tais demandas: há decisões que simplesmente lhe negam seguimento<sup>27</sup>, mas há várias que, por sua vez, adotam postura mais cooperativa e democrática de processo e determinam a remessa dos autos ao tribunal de justiça competente<sup>28</sup>, até sob a justificativa da “especial condição que o presente incidente ostenta em relação à generalidade dos meios de impugnação previstos legalmente e à relevância social dos Juizados Especiais” (BRASIL, 2018f, p. 3).

A instabilidade é mais grave no âmbito dos tribunais estaduais, onde está sendo fonte de notada insegurança jurídica.

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), por exemplo, o desembargador Alexandre Câmara reconheceu a incongruência daquela Resolução, sob o argumento de que: “Não há sentido em se atribuir a um tribunal estadual competência para conhecer de reclamação destinada a preservar autoridade de decisão de outra Corte, ainda que se trate do Superior Tribunal de Justiça” (RIO DE JANEIRO, 2016). Por entender que havia conflito negativo de competência entre o tribunal estadual e o STJ, negada pela Resolução

---

tor Marco Buzzi entendeu que não era cabível alegação de inconstitucionalidade de ato em sede recursal ante à possibilidade de utilização do incidente de arguição de inconstitucionalidade previsto no art. 948 do CPC.

<sup>26</sup> Nesse sentido é a previsão do seu artigo 4º, que determina que a Resolução não se aplicará às reclamações já distribuídas e pendentes de análise no STJ quando da sua edição.

<sup>27</sup> Nesse sentido foi o julgamento STJ (BRASIL, 2018d, p. 4), no qual o ministro relator argumentou: “não cabe a esta Corte, em substituição à atividade própria, dispositiva, do jurisdicionado, determinar a remessa da presente ao Tribunal que entender competente, por evidente ausência de previsão legal ou regimental ou, ainda, por não se inserir na praxis jurisdicional deste Superior Tribunal”.

<sup>28</sup> No mesmo sentido em determinar a remessa das reclamações a órgão inferior, ver as seguintes decisões do STJ: (BRASIL, 2017a); (BRASIL, 2018g), (BRASIL, 2018e).

nº 3/2016, o ministro suscitou conflito de competência ao STF<sup>29</sup>, por meio da Seção Civil Comum que integrava, o que levou ao sobrestamento de inúmeras reclamações. Ocorrido em agosto de 2017, o julgamento pelo STF culminou por não admitir os conflitos em razão da hierarquia do STJ em face dos tribunais do Estados<sup>30</sup> e as reclamações sobrestadas voltaram a transitar<sup>31</sup>.

Com isso, alguns julgados mais recentes<sup>32</sup> do TJRJ pressupõem o reconhecimento de sua competência, porém, é possível encontrar decisões em sentido contrário. Nesse sentido, o desembargador Antonio Paes, do TJRJ, ex-

---

<sup>29</sup> A Seção Cível Comum suscitou os conflitos de competência que foram atuados no STF sob os números: nº 7.970/2016 (BRASIL, 2017b) e de nº 7.988/2017 (BRASIL, 2017c, 2017e).

<sup>30</sup> Além de argumentos de cunho formal, a justificativa do ministro relator, Celso de Mello, foi no sentido de que: “o Superior Tribunal de Justiça qualifica-se, constitucionalmente, como instância de superposição em relação a tais Cortes judiciárias, exercendo, em face destas, irrecusável competência de derrogação. Precedentes” (BRASIL, 2017c, p. 39).

<sup>31</sup> As então existentes Seções Especializadas em Direito do Consumidor do TJRJ, de forma independente, também chegaram a suscitar conflito de competência junto ao STF, com mesmo argumento, porém, com sua extinção a partir de 2 de janeiro de 2018 (conforme determinado pela Resolução do Pleno nº 1/2017, TJRJ) os processos foram redistribuídos para a Seção Cível e voltaram a tramitar. Neste sentido foi a decisão do TJRJ (RIO DE JANEIRO, 2018b).

<sup>32</sup> A *contrario sensu* é o que se infere de julgados que analisam a admissibilidade da reclamação, função exercida por órgão que se julga competente. Nesse sentido: “RECLAMAÇÃO COM PEDIDO DE SUSPENSÃO INTERPOSTA PERANTE CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Decisão proferida por turma recursal dos juizados especiais cíveis do estado do Rio de Janeiro. Resolução nº 3/2016, do STJ. Alegação de que a decisão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis contraria entendimento consolidado do STJ. Reclamante não demonstra que o tema foi objeto de precedente formado em incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas, julgamento de recurso especial repetitivo ou enunciados das Súmulas do STJ. Não tendo sido demonstrada a divergência entre a decisão proferida pela Turma Recursal Cível e jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do que prescreve o art. 1º da Resolução STJ/GP nº 03/2016, a reclamação é inadmissível. ART. 932, III, DO CPC/2015. INADMISSIBILIDADE DA RECLAMAÇÃO” (RIO DE JANEIRO, 2018a, p. 14).

plica que a reclamação é instrumento de defesa do próprio Tribunal, e que como tal, “não é necessário maior esforço intelectual para se concluir que somente será cabível a interposição de Reclamação quando o Órgão Reclamado estiver subordinado recursalmente à jurisprudência do Tribunal” (RIO DE JANEIRO, 2018c, p. 116). Assim, não havendo “subordinação recursal” das turmas recursais, ante à irrecorribilidade de suas decisões ao STJ, não há também obrigação de seguir a jurisprudência daquela Corte. Com isso, a Resolução nº 3/2016 viola flagrantemente o art. 988, § 1º, do CPC, além de inovar “ao criar recurso para um tribunal diverso através de Resolução – e afronta a autonomia dos Tribunais de Justiça ao impor que a ‘Reclamação’ em face da jurisprudência do STJ seja apreciada pelos Tribunais locais” (RIO DE JANEIRO, 2018c, p. 116).

Logo, se, das decisões proferidas pelas Turmas, não cabem recurso ao STJ, é possível concluir que as Turmas Recursais não estão sujeitas aos entendimentos da Corte da Cidadania e, como consequência, suas decisões, em hipótese alguma, poderão violar “a competência do tribunal” ou “autoridade das decisões do tribunal”, e, por isso, não caberia Reclamação para garantir a “observância de enunciado de súmula vinculante” ou de “acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência” (RIO DE JANEIRO, 2018c, p. 119).

O desembargador reforça o argumento de que a Resolução “viola princípios republicanos basilares, notadamente o da legalidade, da autonomia e da auto-organização dos estados membros” (RIO DE JANEIRO, 2018c, p. 23) e, assim, deixa de conhecer a reclamação citada. Ou seja, ainda persistem decisões reconhecendo a inconstitucionalidade da Resolução e deixando de conhecer reclamações ajuizadas contra decisões das turmas recursais, mesmo que contrariem jurisprudência do STJ.

A situação de instabilidade não é exclusiva do TJRJ: repete-se, por exemplo, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), onde diversas reclamações foram sobrestadas até o julgamento de incidente de inconstitucionalidade daquela Resolução.<sup>33</sup> O Conselho Nacional de Justiça

---

<sup>33</sup>Uma dessas reclamações encontra-se assim ementada: “RECLAMAÇÃO – ART. 988, CPC/2015 – RESOLUÇÃO Nº 3/2016 STJ – INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – ART. 313 CPC/2015 – PREJUDICIALIDADE EXTERNA – SUSPENSÃO DO PROCESSO. Nos termos do art. 313, inciso V, alínea ‘a’, CPC/2015, suspende-se o processo quando a sentença de mérito depender da resolução de questão prejudicial externa, a fim de evitar decisões colidentes. Pendência de incidente de arguição de inconstitucionalidade da Resolução nº 3/2016 STJ, prejudicando o exame do mérito da reclamação, diante da possibilidade de ser declarada inconstitucional a norma que atribui, aos Tribunais de Justiça, a competência para processar e julgar as reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal, e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Suspensão do feito, até que seja resolvido o incidente” (MINAS GERAIS, 2017, p. 1). Observa-se, contudo, que

(CNJ) foi também incitado em pedido de providência; mas, apesar de reconhecer que a Resolução era “discutível do ponto de vista constitucional”, deixou de conhecer do tema, ante sua incompetência para controlar o abstrato de constitucionalidade (BRASIL, 2017d).

## 7. O ainda imprescindível papel da reclamação no sistema judicial

Enquanto a Resolução nº 3/2016 do STJ tem gerado debates e incertezas, não se pode negar que é até compreensível a preocupação do STJ com o “fluxo” de reclamações que lhe chegam e a tentativa de repassar tal competência para os órgãos verdadeiramente revisores. Isso não pode ser feito, contudo, ferindo a competência constitucional legislativa e deixando o jurisdicionado sem acesso a formas de buscar a garantia dos precedentes da Corte, como legítima intérprete do direito federal objetivo. É justamente a grande quantidade de jurisdicionados afetados que deve ser levada em consideração, utilizando-se do argumento do ministro Raul Araújo: “o fato de serem numerosas as reclamações, ao invés de fragilizar sua excepcional admissão, reforça sua necessidade enquanto inexistir o órgão uniformizador de jurisprudência dos juizados especiais no país” (BRASIL, 2016c, p. 5).

Uma vez julgada procedente a reclamação, tal decisão, enquadrada como jurisdição contenciosa, produzirá coisa julgada formal e material e poderá cassar a decisão exorbitante de seu julgado ou determinar qualquer outra medida adequada à solução da controvérsia (art. 992 do CPC), tais como avocar o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de sua competência e ordenar a remessa, com urgência, dos autos do recurso para ele interposto.

Essa decisão de julgamento da reclamação em si terá efeito meramente *inter partes*<sup>34</sup>; assim, mesmo que de forma artesanal, representa importante papel dentro da jurisdição nos tribunais superiores na medida em que vai aos poucos assegurando a prevalência das decisões dos tribunais em verdadeira função nomofilática.

---

diversos incidentes de inconstitucionalidade foram formulados, tais como os processos nºs 1.0000.16.066437-1/001 e 1.0000.16.035186-2/001; todavia, nenhum dos dois foi reconhecido devido a *error in procedendo*, já que formulados monocraticamente, sem a turma ou órgão fracionário do Tribunal.

<sup>34</sup>Essas decisões de julgamento da reclamação não têm efeito vinculante “face à natureza subjetiva do processo, as decisões proferidas em reclamação não têm efeito vinculante”, conforme o STF (BRASIL, 2008a, p. 227). Dessa forma, o julgamento da reclamação em si não terá efeito vinculante nem eficácia *erga omnes*, e, pelo menos no estágio atual da jurisprudência, por enquanto, seu conteúdo só vinculará as partes que dele participaram.

A não observância de precedentes que traduzem o entendimento das Cortes acerca da interpretação constitucional ou legal, pelos tribunais e juízes a eles vinculados “não pode ser vista como algo sem importância, como algo normal, rotineiro e até desejável dentro do sistema jurídico”, mas representa uma arbitrariedade, “uma falta grave em relação ao dever judicial de fidelidade ao Direito”, “um *duplo e duro golpe no Direito*” já que viola a autoridade da legislação através do não respeito à interpretação a ela conferida, e viola também a autoridade das Cortes Supremas, por não respeitar sua função precípua de legítimos interpretes da CRFB e da legislação infraconstitucional (MITIDIERO, 2014, p. 98-99).

É a reclamação meio apto a garantir que o STF e STJ possam realmente tornar efetivas suas decisões, para que sejam respeitadas e executadas pelas instâncias inferiores. Esse escopo é um reforço ao Estado Democrático de Direito, já que a desobediência às decisões das Cortes de interpretação acarreta o “rompimento da estrutura da organização judiciária brasileira, instalando-se a insegurança no seio da tutela jurídica” (GÓES, 2005, p. 133).

A reclamação tem, desse modo, o condão de absorver essa insegurança e representa, assim, “função de mecanismo processual catalisador do papel fundamental do STJ e do STF e por essa via, de reforço dos escopos do processo, cujo alcance relaciona-se com o próprio exercício da jurisdição” (LEONEL, 2011, p. 101) – função que, ao ser expandida para todos os tribunais (art. 988, § 1º, do CPC), ampliou também a força destes na luta pela a integridade e coerência de sua jurisprudência como ordenada pelo art. 926<sup>35</sup>.

Toda a alteração normativa da reclamação, até aqui analisada, acarretou-lhe o acúmulo de muita responsabilidade como decorrência desse sistema de precedentes “à brasileira”. O CPC tentou, por isso, abrandar seu uso indiscriminado para evitar sobrecarga, mas manteve sua aptidão para remediar erros e recalcitrâncias no final do processo de prestação jurisdicional. Como instrumento de remediação, tende a gerar o inconveniente procedimento cíclico relatado por Leal (2006, p. 166):

a reclamação é julgada procedente, cassa-se a decisão divergente, devolve-se o processo à autoridade competente para novo julgamento, porém esta renova sua decisão, propiciando o ajuizamento de nova reclamação, e assim por diante. Em suma, o mero expediente da reclamação cassatória, sem a responsabilização da autoridade, permite a persistência infinita da recalcitrância indesejada.

---

<sup>35</sup>“Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015).

O autor alerta que a procedência de uma reclamação não impede totalmente que o juízo inferior continue adotando posicionamento diverso e, assim, não há garantia plena da prevalência das decisões das Cortes, já que ausente a imposição de sanção ou responsabilização à autoridade que contrariá-las.

É por tal motivo que nem toda a doutrina vê o instituto com bons olhos. Dantas (2000, p. 522) afirma que ele demonstra a fragilidade do sistema brasileiro. Para o autor, sua existência atesta que “as decisões judiciais, mesmo partindo dos mais altos órgãos desse Poder, não são acatadas como deveriam” além de demonstrarem a fraqueza do sistema, já que “persistindo a desobediência à reclamação, ou se desmoralizará a corte que a expediu, ou se recorrerá a meio coativo diverso, ao qual, por conseguinte, se poderia ter ido diretamente, desde o momento da desobediência inicial”. Nesse caso, não será nem ao menos cabível a propositura de nova reclamação em face do descumprimento da decisão de reclamação anterior (GÓES, 2005), mas exigir-se-á o emprego de medidas coativas – como ações judiciais, processos disciplinares, intervenções, prevaricações, aplicação do art. 77 do CPC, entre outras, de forma a apurar o nível de responsabilidade penal, político-administrativa, civil e de atos de improbidade administrativa, inclusive aos magistrados.

Nessa perspectiva, não se deve ter a ilusão do argumento de direito comparado de que a reclamação é desnecessária, já que os países de tradição do *common law* ostentam um verdadeiro sistema de precedentes obrigatórios sem qualquer medida processual para assegurá-lo.<sup>36</sup> O Brasil não é o Reino Unido ou os Estados Unidos, e o respeito a precedentes não faz parte, por tradição, do direito brasileiro. Importar conceitos e institutos requer adaptações<sup>37</sup> e, nesse caso, uma mudança de postura pelos operadores, requer alterações no modo de pensar e até estudar o Direito. Isso não é imediato. Não é de hoje que juristas têm lutado contra o absurdo desprezo institucionalizado da jurisprudência

---

<sup>36</sup>Neste sentido Macêdo (2014), para quem a possibilidade de ajuizamento de reclamação diretamente nos tribunais é meio de empobrecimento do processo de construção das razões de decidir, que atrapalha a renovação da jurisprudência.

<sup>37</sup>Mouzalas e Albuquerque (2015, p. 766) são enfáticos sobre a importância das adaptações: “Ao se importar o *stare decisis* para o direito brasileiro, não se poderia simplesmente copiá-lo, como se a cultura jurídico brasileira fosse exatamente igual à dos *common lawyers*. [...] Assim, se se pretende implantar, no Brasil, o regime de vinculação dos precedentes judiciais, é preciso, ao mesmo tempo, instituir meios de assegurar-lhe esse efeito, tal qual se fez quando da criação da súmula vinculante pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Caso contrário, se, no Brasil, não houvesse disposição de necessária obediência ao precedente e a instituição da reclamação para garantir a vinculatividade, correr-se-ia o risco de criar um sistema de precedentes obrigatórios sem qualquer eficácia perante o Judiciário, que tem o hábito de frequentemente desprezar suas próprias decisões”.

dos tribunais superiores e dos próprios julgadores<sup>38</sup>, e as reformas legislativas têm gradativamente atuado nesse sentido<sup>39</sup>, mas a possibilidade de uma transformação concreta só veio agora com um novo modelo de processo civil a ser implantado.

A instabilidade jurisprudencial sempre foi um atributo reconhecido da jurisprudência brasileira e não raras foram as situações narradas de decisões que mudam de sinal ao sabor dos ventos (MARINONI, 2009), fomentando a famosa “jurisprudência de loteria”, ou seja, aquela “na qual o desfecho passa a ser um jogo de sorte ou azar, a depender do juízo ao qual a ação foi distribuída” (MATTOS, 2010, p. 2). Uma reforma legislativa profunda está sendo realizada com tal finalidade, e, por certo, uma medida processual forte é imprescindível para impor essa nova cultura. Para isso se presta a reclamação.

Ideal seria que se prescindisse de uma medida nesse sentido, como é no *common law*, e que logo ela caísse em desuso, mas ainda é utópico. De toda forma, mesmo que seja um trabalho hercúleo por um tempo, o efeito profilático pode vir, em longo prazo, como já vislumbrava o ministro Moreira Alves:

Se souber que toda vez que julgar diferente o processo retornará, o próprio juiz se convencerá que tem que respeitar. Pode entender que sua independência vale muito, e demorar para reconhecer. Mas, quando tiver que decidir duas, três, quatro vezes, até chegar ao momento da exaustão (ALVES, 2000, p. 38).

<sup>38</sup> Nesse sentido é densa a produção científica de Marinoni (2010), dentre tantos outros, que há pelo menos uma década vêm defendendo a vinculação dos precedentes.

<sup>39</sup> Com esse intuito, por exemplo, foi a criação das súmulas vinculantes pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (BRASIL, 2004).

É a formação do que Leal (2006, p. 166) afirma ser um “importante mecanismo de inibição da renitência em face da determinação de novo julgamento”, imprescindível para que a almejada mudança de cultura jurídica seja eficaz.

A reclamação tem, assim, importante papel na valorização de precedentes, já que “ostenta aptidão para, direta e indiretamente, imprimir maior eficácia concreta aos parâmetros adotados pelo STF e STJ na preservação, interpretação e aplicação da Constituição e da Legislação federal”, o que contribui para “a uniformização do direito, a isonomia a ela associada, a previsibilidade quanto ao resultado da atividade jurisdicional e a credibilidade do Poder Judiciário” (LEONEL, 2011, p. 107). Mantém-se ainda justificada de acordo com o mesmo argumento usado há muito por Marques (1963, p. 392), já que “os remédios do processo comum, que existem para restaurar o império da decisão desrespeitada, nem sempre são suficientemente rápidos, enérgicos e imediatos, como se exige em se tratando de pronunciamiento do Excelso Pretório”.

A reclamação é medida imprescindível para a prestação jurisdicional e não pode ser obstada, especialmente por mero ato administrativo de um tribunal. É, assim, um mal necessário que, por ora, deve ser mantido e valorizado.

## Conclusões

Verificou-se, neste pequeno estudo, que o instituto da reclamação teve o seu desenvolvimento marcado por sete fases: a de formulação, a de discussão, a de consolidação, a de definição, a de plenificação constitucional, a de expansão constitucional e a de expansão processual. Pode-se perceber, ao longo das fases, um aumento relevante das hipóteses de cabimento do instituto.



O STF contribuiu para a definição do seu perfil ao estabelecer diversas regras importantes. Primeiramente, com a edição da Súmula 734, impedindo que a reclamação fosse ajuizada após o trânsito em julgado. Posteriormente, no âmbito dos Embargos de Declaração do Recurso Extraordinário nº 571.572, quando determinou sua admissão pelo STJ quando ajuizada em face de decisões de turma recursal dos juizados especiais cíveis que desrespeitarem sua jurisprudência.

O CPC colaborou para ampliar as hipóteses de cabimento. Além da função de preservar a competência (art. 988, I), o CPC reitera a previsão constitucional de garantia de autoridade das decisões de todos os tribunais (inciso II) e inclui as decisões por eles proferidas em IACs e IRDRs (inciso IV). Há, ainda, a previsão em súmulas vinculantes e ações de controle concentrado de constitucionalidade (inciso III), direcionadas exclusivamente ao STF.

Como forma de reduzir a quantidade de reclamações que chegavam para a sua apreciação, o STJ publicou a Resolução nº 3/2016, a qual estabeleceu a competência das câmaras reunidas ou da seção especializada dos tribunais de justiça para processar e julgar as reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do STJ.

Os atores jurídicos, em geral, não receberam bem a inovação, porque a alteração de competência por meio de resolução é flagrantemente inconstitucional. E mais: em lamentável retrocesso, aquela Resolução impede que os jurisdicionados tenham acesso àquele que se intitula Tribunal da Cidadania, demitindo-se do papel de órgão uniformizador do direito federal, negando não só a própria autoridade, mas também agredindo a lógica do sistema judicial traçado pelo texto constitucional.

## Sobre os autores

Lívia Pitelli Zamarian Houaiss é mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil; doutoranda em Direito e Sociologia na Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil; professora assistente do curso de graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Nova Iguaçu, RJ, Brasil; pesquisadora na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Nova Iguaçu, RJ, Brasil.

E-mail: liviapzamarian@hotmail.com

Fernando Gama de Miranda Netto é doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor adjunto do curso de graduação em Direito na Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil; líder do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais e membro dos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* em Sociologia e Direito na Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil.

E-mail: fernandojuris@yahoo.com.br

## Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>40</sup>

CONSTITUTIONAL COMPLAINT AND SMALL CLAIMS CIVIL COURTS: FROM THE NORMATIVE CONSOLIDATION TO THE UNCONSTITUTIONAL ISSUE OF COMPETENCE CHANGE BY RESOLUTION N. 3/2016 OF STJ

ABSTRACT: This article deals with the controversial Resolution n. 03/2016 of the Superior Court of Justice, which established the competence of the Gathered Chambers or the Specialized Section of the Courts of Justice to process and judge the constitutional complaints aimed at settling disputes between a judgment rendered by the State and Federal District Courts and the decisions of the Superior Justice Court. In order to understand the context of the resolution, the phases that marked the development of the constitutional complaint, its appropriateness, how the Constitutional Supreme Court has defined the role of the institute, the impacts that the CPC/2015 provoked in the constitutional complaint profile. At the end, there are some reactions to the application of the aforementioned Resolution, which reveal its opposition to the constitutional text.

KEYWORDS: CONSTITUCIONAL LAW. CIVIL PROCEDURE. STJ RESOLUTION N. 3/2016. SMALL CLAIMS COURT. CONSTITUTIONAL COMPLAINT.

## Como citar este artigo

(ABNT)

HOUAISS, Livia Pitelli Zamarian; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Reclamação e juizados especiais cíveis: da consolidação normativa à alteração de competência pela Resolução nº 3/2016 do STJ. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 219, p. 75-102, jul./set. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p75](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p75)>.

(APA)

Houaiss, L. P. Z., & Miranda, F. G. de, Netto (2018). Reclamação e juizados especiais cíveis: da consolidação normativa à alteração de competência pela Resolução nº 3/2016 do STJ. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(219), 75-102. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p75](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p75)

## Referências

ALVES, José Carlos Moreira. Conferência inaugural – XXIV Simpósio Nacional de Direito Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direitos fundamentais do contribuinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Nova série, n. 6). p. 15-41.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira reclamação n. 141/SP. Reclamante: Rita do Meirelles Cintra; Olympio Felix de Araújo Cintra. Reclamado: Roberto Flaury Meirelles. Relator: Min. Rocha Lagoa. *Diário da Justiça*, 17 abr. 1952. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365675>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da União*, 24 jan. 1967.

<sup>40</sup> Sem revisão do editor.

\_\_\_\_\_. Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*, 10 out. 1969a.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 outubro de 1969. Código Penal Militar. *Diário Oficial da União*, 21 out. 1969b.

\_\_\_\_\_. Emenda constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. *Diário Oficial da União*, 13 abr. 1977.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Representação n. 1.092-9/DF. Representante: Procurador-Geral da República. Representado: Tribunal Federal de Recursos. Relator: Min. Djaci Falcão. *Diário da Justiça*, 19 dez. 1984. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263866>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

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

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*, 29 maio 1990.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992. Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. *Diário Oficial da União*, 8 set. 1992.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 27 set. 1995.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. *Diário Oficial da União*, 13 jul. 2001.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2.212-1/CE. Requerente: Governador do Estado do Ceará. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Ceará; Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Relatora: Min. Ellen Gracie. *Diário da Justiça*, 14 nov. 2003a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375353>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 734. *Diário da Justiça*, 9 dez. 2003b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=734.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal... *Diário Oficial da União*, 31 dez. 2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2.797/DF. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário de Justiça*, 19 dez. 2006a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, 20 dez. 2006b.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na reclamação n. 3.233 SP. Agravante: José Monteiro da Silva. Agravado: Juiz de Direito da 2ª Vara Judicial da Comarca de Lins. Relator: Min. Carlos Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, 28 mar. 2008a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516775>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante n. 13. *Diário da Justiça Eletrônico*, 29 ago. 2008b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=13.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 405.031-5/AL. Recorrente: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas no Estado de Alagoas. Recorrida: Companhia Energética de Alagoas – CEAL. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, 17 abr. 2009a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=587095>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração no recurso extraordinário n. 571.572-8/BA. Embargante: Telemar Norte Leste S/A. Embargado: Albérico Sampaio do Lago Pedreira. Relatora: Min. Ellen Gracie. *Diário da Justiça Eletrônico*, 27 nov. 2009b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606378>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Resolução nº 12, de 14 de dezembro de 2009. Dispõe sobre o processamento, no Superior Tribunal de Justiça, das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte. *Diário da Justiça Eletrônico*, 16 dez. 2009c. [Revogada]. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/26389>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. *Diário Oficial da União*, 23 dez. 2009d.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. *Regimento interno do Tribunal Superior Eleitoral*. 6. ed. Brasília: TSE, 2012. Disponível em: <[http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/regimento\\_interno/regimento-Interno-6ad.pdf](http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/regimento_interno/regimento-Interno-6ad.pdf)>. Acesso em: 14 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na reclamação n. 15.933/SP. Agravante: Município de Araras. Agravado: Luana Cristina Francisco. Relatora: Min. Rosa Weber. *Diário da Justiça Eletrônico*, 9 out. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6912025>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

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

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Resolução nº 3, de 7 de abril de 2016. Dispõe sobre a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual ou do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Diário da Justiça Eletrônico*, 8 abr. 2016a. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/99321/Res%20\\_3\\_2016\\_PRE.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/99321/Res%20_3_2016_PRE.pdf)>. Acesso em: 14 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*: atualizado até julho de 2016. Brasília: STF, 2016b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na reclamação n. 18.506/SP. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Banco Bradesco Financiamentos S/A. Reclamado: Primeira Turma Cível, Criminal e Fazenda do Colégio Recursal de Americana/SP. Relator: Min. Raul Araújo. *Diário da Justiça Eletrônico*, 27 maio 2016c. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201401318942&dt\\_publicacao=27/05/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401318942&dt_publicacao=27/05/2016)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 18.564/SP. Reclamante: Ministério Público do Estado de São Paulo. Reclamado: Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes. Redator do acórdão: Min. Dias Toffoli. *Diário da Justiça Eletrônico*, 3 ago. 2016d. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11451068>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação n. 33.758/RN. Reclamante: José Evandro Lacerda Zaranda. Reclamado: Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de Natal/RN. Relator: Min. Marco Buzzi. *Diário da Justiça Eletrônico*, 4 abr. 2017a. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoies/?num\\_registro=201700676892&dt\\_publicacao=04/04/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoies/?num_registro=201700676892&dt_publicacao=04/04/2017)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Militar. *Regimento interno e súmulas*. 12. ed. Brasília: STM, 2017b. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/stm/index16/>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Conflito de competência n. 7.970/RJ. Suscitante: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Suscitado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, 22 maio 2017c. Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20170519\\_105.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20170519_105.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Recurso administrativo em pedido de providências n. 0003810-51.2016.2.00.0000. Requerente: Eder Gonsalves Crivellaro. Requerido: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Cons. Rogério Soares do Nascimento. *Diário da Justiça Eletrônico*, 9 jun. 2017d. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/dje/djeletronico>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Conflito de competência n. 7.988/RJ. Suscitante: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Suscitado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, 22 jun. 2017e. Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20170621\\_135.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20170621_135.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na reclamação n. 23.192/SP. Agravante: Cintia de Oliveira Silva. Agravada: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Min. Sérgio Kukina. *Diário da Justiça eletrônico*, 7 ago. 2017f. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201500200270&dt\\_publicacao=07/08/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500200270&dt_publicacao=07/08/2017)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na reclamação n. 34.605/SP. Agravante: Fabio Luis Lanfredi. Agravada: Turma Recursal Cível e Criminal do Colégio Recursal de Jaboticabal/SP. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. *Diário da Justiça Eletrônico*, 20 set. 2017g. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201702108420&dt\\_publicacao=20/09/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702108420&dt_publicacao=20/09/2017)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno nos embargos de declaração na reclamação n. 22.913/DF. Agravante: Lucia Eliza Tavares de Oliveira. Agravado: JFE 22 Empreendimentos Imobiliários Ltda. Relator: Desemb. convocado Lázaro Guimarães. *Diário da Justiça Eletrônico*, 30 out. 2017h. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201403436431&dt\\_publicacao=30/10/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403436431&dt_publicacao=30/10/2017)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno na reclamação n. 33.758/RN. Agravante: José Evandro Lacerda Zaranda. Agravado: Unimed Natal Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico. Reclamada: Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de Natal/RN. Relator: Min. Marco Buzzi. *Diário da Justiça Eletrônico*, 11 nov. 2017i. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201700676892&dt\\_publicacao=17/11/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700676892&dt_publicacao=17/11/2017)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução administrativa nº 1.937, de 20 de novembro de 2017. Aprova o Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, 24 nov. 2017j. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/Novo+Regimento+Interno.pdf/40430142-bcd9-ceed-8d28-571d94a966ea>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF*: [processos registrados, distribuídos e julgados por classe processual]. 2018a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Boletim estatístico do [STJ]*. 2018b. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/?vPortalAreaPai=183&vPortalArea=584>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. *Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça*: ed. rev. ampl. e atual. até a Emenda Regimental n. 30, de 22 de maio de 2018. Brasília: STJ, 2018c. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/Regimento/article/view/3115/3839>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno na reclamação n. 34.891/SP. Agravante: Conceição Aparecida Leite Ghirotti. Agravado: Segunda Turma Cível do Colégio Recursal de Assis/SP. Relator: Desemb. convocado Lázaro Guimarães. *Diário da Justiça Eletrônico*, 1<sup>a</sup> fev. 2018d. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201702517160&dt\\_publicacao=01/02/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702517160&dt_publicacao=01/02/2018)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno na reclamação n. 35.005/MG. Agravante: Costa Laguna SPE Empreendimentos Imobiliários S/A. Agravado: Jose Aduino Resende. Reclamado: Turma Recursal de Jurisdição Exclusiva de Belo Horizonte, Betim e Contagem/MG. Relator: Desemb. convocado Lázaro Guimarães. *Diário da Justiça Eletrônico*, 16 mar. 2018e. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201702763344&dt\\_publicacao=16/03/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702763344&dt_publicacao=16/03/2018)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno na reclamação n. 35.201/RS. Agravante: Mini Mercado Box Ltda – ME. Agravada: Cooperativa de Crédito de Livre Admissão de Associados – SICOOB ECOCREDI. Reclamada: Turma Recursal do Juizado Especial do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Desemb. convocado Lázaro Guimarães. *Diário da Justiça Eletrônico*, 16 mar. 2018f. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201703091960&dt\\_publicacao=16/03/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201703091960&dt_publicacao=16/03/2018)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no agravo interno na reclamação n. 34.800/PE. Agravante: Paulo Roberto Pinho Queiroga. Agravada: Amil Assistência Médica Internacional S/A. Reclamada: Primeira Turma do Primeiro Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Estado de Pernambuco. Relator: Desemb. convocado Lázaro Guimarães. *Diário da Justiça Eletrônico*, 18 abr. 2018g. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201702364209&dt\\_publicacao=18/04/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702364209&dt_publicacao=18/04/2018)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

BUZAID, Alfredo. Correição parcial – recursos processuais – representação. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 175, p. 90-96, 1958.

CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945. t. 2.

CAMBI, Eduardo; MINGATI, Vinicius Secafen. Nova hipótese de cabimento da reclamação, protagonismo judiciário e segurança jurídica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 196, p. 295-314, jun. 2011.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Da reclamação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2.199-2.216.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2000.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela *nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. v. 3.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao prof. coord. José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 982-990.

ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Florianópolis: [s.n.], 2017. Disponível em: <<http://civilemobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A inconstitucionalidade da Resolução no. 12/2009 do STJ que admite recurso das decisões das turmas recursais dos juizados especiais. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 9 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35758&seo=1>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. A reclamação constitucional. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 8.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A reclamação para garantia da autoridade das decisões dos tribunais. *Consullex: revista jurídica*, São Paulo, v. 127, n. 6, p. 39-42, abr. 2002.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

\_\_\_\_\_. A identidade do jurista, hoje. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.) *Doutorado honoris causa a Paolo Grossi*. Curitiba: UFPR, 2011. p. 24-53.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LENZA, Pedro. Reclamação constitucional: inconstitucionalidades no novo CPC/2015. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 13 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPODIVM, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do *civil law* e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. *Cadernos Jurídicos*, Curitiba, n. 3, p. 1-3, jun. 2009.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *O STJ enquanto Corte de precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963. v. 4.

MATTOS, Luiz Norton Baptista. *“Súmula” vinculante: análise das principais questões jurídicas no contexto da reforma do Poder Judiciário e do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Reclamação n. 1.0000.16.033928-9/000. Reclamante: Banco Bradesco Empreendimentos S/A. Reclamada: Turma Recursal do Juizado Especial da Comarca de Passos. Relator: Desemb. José Arthur Filho. *Diário do Judiciário Eletrônico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais*, 17 mar. 2017. Disponível em: <[http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_complemento2.jsp?listaProcessos=10000160339289000](http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10000160339289000)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. 5.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORATO, Leonardo L. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOUZALAS, Rinaldo; ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de; Reclamação constitucional. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et. al. (Coord.) *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2015. (Grande temas do novo CPC, v. 3). p. 777-796.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

QUINTAS, Fábio Lima; GOMES, Luciana Correa. A jurisdição do Superior Tribunal de Justiça sobre os juizados especiais cíveis: antecedentes, perspectivas e o controle por meio da reclamação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 196, p. 433-459, jun. 2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Reclamação n. 0048611-23.2016.8.19.0000. Reclamante: Herbert Faria de Almeida. Reclamada: Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Desemb. Alexandre Freitas Câmara. *Diário da Justiça Eletrônico do Estado do Rio de Janeiro*, 25 nov. 2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.54>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Reclamação n. 0023461-69.2018.8.19.0000. Reclamante: SSP Participações e Empreendimentos EIRELI. Reclamada: Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Desemb. Marcos André Chut. *Diário da Justiça Eletrônico do Estado do Rio de Janeiro*, 9 mar. 2018a. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004EE3284AFF732163D70AD3C3E984294E0C50816392A31>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Reclamação n. 0027643-69.2016.8.19.0000. Reclamante: Tim Celular S/A. Reclamada: Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Rio de Janeiro. Relatora: Desemb. Tereza Cristina Sobral Bittencourt Sampaio. *Diário da Justiça Eletrônico do Estado do Rio de Janeiro*, 5 abr. 2018b. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B7DD7F3D18D1F9721C84B25E109B486C508529085C48>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Reclamação n. 0013068-22.2017.8.19.0000. Reclamante: Vanusa Sousa da Rua. Reclamada: Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Desemb. Antônio Carlos Arrábida Paes. *Diário da Justiça Eletrônico do Estado do Rio de Janeiro*, 4 maio 2018c. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.54>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

ROCHA, Felipe Borring. *Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZAMARIAN, Livia Pitelli. Reclamação constitucional e eficácia das decisões do STF em controle de constitucionalidade: o novo papel assumido face à abstrativização do controle concreto. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 20., 2011, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 11.124-11.147.

\_\_\_\_\_. A função da reclamação constitucional no sistema de precedentes à brasileira. In: SANTIN, Janaína Rigo; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona (Coord.). *Processo, jurisdição e efetividade da Justiça*. Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 278-298.



# Nem evolução, nem renascimento?

Contingência e captura corporativa em três décadas de mandado de injunção

LEANDRO MOLHANO RIBEIRO  
DIEGO WERNECK ARGUELHES

**Resumo:** Neste trabalho, lançamos mão de abordagens qualitativas e quantitativas para questionar interpretações correntes a respeito do mandado de injunção (MI) no Brasil. Primeiro, argumentamos que a história das transformações do MI, que se consubstanciou na “virada jurisprudencial” ocorrida na decisão do Supremo Tribunal Federal no MI 670 em 2007, não é uma tomada de posição evolutiva do tribunal, como apresentado na narrativa predominante da literatura especializada, mas sim o resultado de atuação individual decisiva de um ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). Por meio de um pedido de vista que extrapolou em anos o prazo regimental, essa ação individual obrigou o tribunal a esperar uma significativa mudança de composição (e posicionamento de ministros mais antigos) até voltar à questão. Chamamos essa ação individual de “empreendedorismo jurisprudencial”. Segundo, a mudança de entendimento sobre o alcance do mandado de injunção consolidada no MI 670 não representou um efetivo renascimento do instituto, já que grande parte dos casos de MI no STF dizem respeito basicamente a processos iguais, forçando o tribunal a repetir a mesma decisão que já havia tomado sobre um conjunto mais restrito de omissões. Esse conjunto, por sua vez, diz respeito ao que chamamos de “mundo do trabalho”: aposentadoria e previdência, direitos trabalhistas, direitos de servidores públicos. Concluimos que a “virada” de 2007 é na verdade uma abertura do tribunal para um conjunto muito restrito e enviesado de temas, que não chega perto das ambições dos constituintes e juristas que viam o MI como um grande mecanismo de proteção de um amplo rol de direitos contra o fenômeno geral das omissões legislativas inconstitucionais.

Recebido em 21/3/18  
Aprovado em 16/4/18

**Palavras-chave:** Mandado de injunção. Omissões legislativas. Supremo Tribunal Federal. Mudança institucional. Poderes individuais.

## Introdução

O mandado de injunção (MI) foi celebrado por políticos e juristas como uma inovação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988b) para resolver um antigo problema: as omissões legislativas inconstitucionais (PIOVESAN, 2003, p. 103-104; BARROSO, 2011b, p. 153-154). A experiência constitucional brasileira já havia mostrado que garantias e direitos constitucionais cuja proteção é assegurada nos termos de lei tendiam a permanecer apenas como promessas (BARROSO, 2006, p. 153-243; CLÈVE, 2000, p. 361; BARBI, 2011, p. 593). Na ausência de quaisquer mecanismos que forçassem as autoridades responsáveis a criar as regras exigidas pela Constituição, a lacuna resultante impedia o exercício dos respectivos direitos. Nesse cenário, o MI foi considerado por muitos constituintes como um importante destaque da CRFB.

O potencial inovador do MI já era evidente durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), e a inclusão desse mecanismo e a sua redação final foram objeto de intensos debates pelos constituintes (FULGÊNCIO; COSTA, 2016). Nesse processo, as manifestações de celebração desse novo instrumento foram muitas. Constituintes observaram, por exemplo, que, com o MI, pretendiam “por fim à inércia dos poderes constituídos, oferecendo o remédio jurídico-constitucional para coibi-la” (BRASIL, 1987e, p. 100), que “qualquer pessoa poderá cobrar do Governo o cumprimento do seu ‘poder-dever’ de implementar a Constituição” (BRASIL, 1988a, p. 29) e “os dispositivos constitucionais deixarão de ser mera enunciação para, realmente, contribuir para a melhoria da qualidade de vida do brasileiro” (BRASIL, 1987d, p. 391). Mais ainda, o presidente da ANC, Ulysses Guimarães, chegou a observar em seu discurso na promulgação da CRFB que “na ausência da lei complementar os cidadãos poderão ter o provimento suplementar pelo mandado de injunção”<sup>1</sup>.

No meio jurídico, durante e após a constituinte, havia grandes expectativas quanto à transformação que o MI poderia proporcionar na garantia de direitos aos cidadãos (CLÈVE, 2000, p. 364-365; MACIEL, 1989). No entanto, apesar de todas essas promessas e apostas, a história do instrumento foi, até a década passada, um claro anticlímax. Entre 1988 e 2007, o instrumento praticamente não foi usado por litigantes e não gerou nenhum grande caso no STF (BARROSO, 2011a; ARGUELHES; RIBEIRO, 2016). A judicialização das relações sociais e da política se

---

<sup>1</sup> A íntegra do discurso de Ulysses Guimarães pode ser conferida em: <<http://bit.ly/1Jxkk5j>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

tornou um dos fenômenos mais proeminentes e comentados no cenário brasileiro, já desde os anos 90 (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007; CARVALHO, 2004; ARANTES, 1997). Entretanto, em claro contraste com outras classes processuais de controle de constitucionalidade, em especial a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), era como se a história do mandado de injunção não tivesse sequer começado.

Parte da explicação reside em escolhas feitas pelos próprios ministros do STF (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016). No MI 107 (BRASIL, 1990), decidido ainda em 1989, o tribunal adotou uma posição que, na prática, jogou por terra as altas expectativas depositadas no novo instrumento. Entenderam que, como o tribunal não poderia nem exercer poderes legislativos (por exemplo, criando as regras necessárias para o exercício do direito em jogo), nem sancionar o legislativo por se omitir ao não legislar, a decisão de procedência no caso de um MI serviria tão somente como uma notificação oficial da omissão. Em resposta a essa decisão restritiva, a posição geral dos juristas foi de desapontamento, expresso em diversos trabalhos ao longo dos anos 90 e na década seguinte (BARROSO, 2006, p. 257-258; BARROSO, 2011b, p. 168; CLÈVE, 2000, p. 377-380; MAZZEI, 2008, p. 224). Em 2007, porém, o tribunal mudou de postura. A virada jurisprudencial ocorreu no momento que o STF decidiu a respeito de mandados de injunção coletivos sobre direito de greve de servidores públicos – um direito já previsto no texto constitucional, mas que, de acordo com a própria CRFB, deveria ser exercido nos termos de lei infraconstitucional. A mudança de entendimento a respeito do MI foi celebrada na literatura especializada e pelos próprios ministros do Supremo.

Recentemente, o mandado de injunção voltou a ser objeto de atenção e celebração na comunidade jurídica. Pela primeira vez desde a promulgação da CRFB, o Congresso Nacional criou regras para o processamento do MI por meio da Lei nº 13.300, de 2016 (BRASIL, 2016)<sup>2</sup>. A Lei fixa um prazo de 10 dias para que o órgão alegadamente omissor se manifeste e prevê que o juiz poderá conceder um prazo razoável para que este edite as normas necessárias para sanar a omissão. Caso isso não ocorra, porém, a nova lei – positivando a jurisprudência do próprio Supremo – reconhece explicitamente a possibilidade de o STF criar regras provisórias, com eficácia *inter partes* ou *erga omnes*, de modo a viabilizar o exercício do direito<sup>3</sup>. Ou seja, a Lei confere ao STF o poder

---

<sup>2</sup> A doutrina já ressaltava, apesar da autoaplicabilidade do dispositivo constitucional que prevê o MI, a conveniência de uma lei própria para regulamentar o instituto. Sobre o tema, ver, entre outros, Rothenburg (2013, p. 119-140) e Hage (2013, p. 141-151).

<sup>3</sup> O artigo 9º da Lei nº 13.300/2016 prevê a regra geral no sentido de que a decisão em MI “terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma

que o próprio tribunal se havia atribuído. Parece que, após quase duas décadas de baixíssima relevância prática, o MI teria se encaminhado para o começo de uma nova era, na qual os direitos fundamentais estivessem de fato garantidos contra omissões inconstitucionais.

A história do mandado de injunção é um útil estudo de caso para pensar nos mecanismos pelos quais o direito constitucional brasileiro muda ao longo do tempo, na interação entre decisões políticas de constituintes e legisladores, de um lado, e de interpretações constitucionais feitas pelo Supremo Tribunal Federal, de outro. De fato, as três décadas de transformações do MI ilustram os muitos recursos pelos quais o STF pode atuar como ator relevante no processo político decisório e influenciar o resultado final de uma política pública – no caso, o desenho adotado pelo constituinte para o MI e, mais recentemente, a criação da Lei nº 13.300/2016. Entretanto, em nossa reconstrução, essa história contém elementos que se chocam, em dois níveis, com a narrativa construída em torno do MI e do seu renascimento.

Na literatura sobre o MI, é corrente a interpretação do alcance da decisão do Supremo no mandado de injunção como uma *tomada de posição evolutiva do tribunal* (DUARTE; RIBEIRO, 2008; ROTHENBURG, 2010; TEIXEIRA, 2012). Nessa narrativa, o tribunal transforma sua posição sobre o MI em um processo gradual, constante e inequívoco de aprendizado, e a direção desse processo sempre amplia o escopo do MI e os poderes do tribunal até que ele se alinhe de fato com as expectativas dos constituintes. No MI 107 (BRASIL, 1991b), em 1990, o STF entendeu que seu papel seria o de notificar o poder público omissor: uma posição restritiva, autocontida, de pouca influência potencial sobre decisões políticas tomadas no âmbito do legislativo. Em um segundo momento, o tribunal ampliou o seu papel para, além de notificar a omissão, estabelecer prazo para que o poder público a resolvesse. Por fim, de 2007 em diante, o tribunal daria uma resposta normativa à omissão até que o poder público definisse a legislação pertinente. Nesse último estágio “evolutivo”, ao menos nessa narrativa, encontraríamos finalmente a redenção das promessas do legislador com relação ao potencial desse instrumento para combater omissões legislativas institucionais.

Neste trabalho, lançando mão de abordagens qualitativas e quantitativas, fazemos uma reconstrução da história dessas três décadas de transformações do MI, a qual se choca com a narrativa acima. Primeiro, do ponto de vista das interpretações feitas pelo Supremo ao longo do

---

regulamentadora”, mas cria uma exceção em seu § 1º, pontuando: “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” (BRASIL, 2016).

tempo, é difícil falar em “evolução da posição do tribunal”. Os diferentes posicionamentos jurisprudenciais que marcam as fases dessa “evolução” correspondem, na verdade, a concepções jurídicas distintas sobre o próprio alcance do mandado de injunção que existiram desde a promulgação da CRFB – e essa disputa foi levada para dentro do tribunal, entre ministros de gerações diferentes e, às vezes, da mesma geração. Nesse caldo de posições, maiorias foram formadas e se transformaram muitas vezes pela ação individual de ministros específicos, que utilizaram poderes individuais conferidos pelo desenho institucional do Supremo para promover sua própria visão e fazê-la prevalecer ao longo do tempo.

Como veremos adiante, na primeira seção deste trabalho, na “virada jurisprudencial” de 2007 no julgamento do MI 670 (BRASIL, 2008a), houve uma atuação individual decisiva do ministro Gilmar Mendes, que, após longo período de vista, apresentou sua proposta de aplicar a Lei nº 7.783/1989 (BRASIL, 1989), que disciplina o direito de greve em geral, ao direito de greve dos servidores públicos. Contudo, o MI 670 havia sido originalmente impetrado em maio de 2002, e o pedido de vista de Gilmar Mendes ocorreu em maio de 2003. Em 2003, a posição que viria a ser assumida por Mendes em 2007 era claramente minoritária no STF. Em um pedido de vista que extrapolou em anos o prazo regimental, um ministro sozinho obrigou o tribunal a esperar uma significativa mudança de composição (e posicionamento de ministros mais antigos) até voltar à questão. Foi essa ação individual, que chamamos de “empreendedorismo jurisprudencial”, que viabilizou, portanto, a virada em 2007. No caso específico de Gilmar Mendes, o empreendedorismo jurisprudencial acabou sendo político-legislativo em sentido mais amplo. Em 2009, o próprio ministro participou da

elaboração do anteprojeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional e apresentado como projeto de lei relatado pelo Deputado Flávio Dino – e que foi aprovado somente em 2016.

O segundo elemento da narrativa tradicional que contestamos em nossa reconstrução da história do MI diz respeito ao que aconteceu depois da “virada” de 2007. Na segunda seção, utilizaremos dados quantitativos para investigar qual foi, de fato, a extensão desse alegado “renascimento” do MI – e qual a distância remanescente entre essa ampliação e as promessas originais de 1988 quanto ao que o MI poderia representar para os direitos e garantias fundamentais no Brasil. Por meio de um mapeamento de todos os mandados de injunção encontrados na base de dados do projeto *Supremo em Números* da FGV Direito Rio entre os anos de 1988 e 2016, analisamos os tipos de casos de omissões legislativas inconstitucionais que passaram a entrar na pauta de MI do tribunal após a abertura e expansão de 2007. Mais uma vez, nossas conclusões permitem questionar a narrativa usual, em especial as celebrações na comunidade jurídica quanto aos efeitos dessa virada. Na década posterior à grande mudança de posição do Supremo, há, de fato, uma explosão no número de MI ajuizados. Contudo, essa explosão não reflete, efetivamente, uma inédita e abrangente entrada do tribunal em dispositivos constitucionais carentes de regulamentação pelo legislador.

Como veremos na terceira seção, a explosão não representa um efetivo renascimento por dois motivos: primeiro, ela contém basicamente processos iguais, forçando o tribunal a repetir em dezenas ou centenas de outros casos a mesma decisão que já havia tomado sobre um conjunto mais restrito de omissões. Segundo, nesse conjunto mais restrito de omissões estão basicamente temas ligados ao que chamamos de mundo do trabalho: aposentadoria e previ-

dência, direitos trabalhistas, direitos de servidores públicos. A virada de 2007 é, portanto, uma abertura do tribunal para um conjunto muito restrito e enviesado de temas, que não chega perto das ambições dos constituintes e juristas que viam o mandado de injunção como um grande mecanismo de proteção de um amplo rol de direitos, incluindo direitos sociais positivos, contra o fenômeno geral das omissões legislativas inconstitucionais.

## 1. O mandado de injunção: criação, restrição, transformação

### 1.1. O MI na Assembleia Nacional Constituinte

O mandado de injunção foi objeto de intensa disputa na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 por causa do seu potencial inovador na garantia de direitos fundamentais em casos de omissão normativa. Em estudo do processo constituinte a esse respeito, Fulgêncio e Costa (2016) revelam que, embora tenha sido aprovado em primeiro turno pelo Plenário da ANC com 424 votos (não havendo nenhum voto contrário), o MI foi objeto de contestações em todas as outras fases do processo. Ainda no momento inicial de apresentação de emendas nas subcomissões temáticas, houve tentativas de veto à inclusão do MI na nova Constituição. A oposição persistiu durante toda a Constituinte e era feita, particularmente, por deputados identificados com o grupo de centro-direita conhecido como “Centrão”. Na sociedade civil, o MI não era visto com bons olhos por parte de grupos organizados do empresariado, especificamente a Confederação Nacional da Indústria, a União dos Empresários e o Fórum Informal de Empresários (FULGÊNCIO; COSTA, 2016). A própria aprovação do MI no Plenário foi o resultado de um acordo de líderes, principal-

mente entre o grupo considerado progressista e o Centrão, no qual diversos temas controversos foram negociados (FULGÊNCIO; COSTA, 2016)<sup>4</sup>. Tanto os políticos do Centrão, como as organizações empresariais investiram contra o MI no segundo turno de votação no Plenário<sup>5</sup>. Mas, ao final, o texto aprovado em primeiro turno foi positivado no artigo 5º, inciso LXXI, prevendo:

[C]onceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (BRASIL, 1988b).

No processo constituinte, ao menos duas grandes questões nortearam os embates que foram travados: sua abrangência – ou seja, os direitos que deveriam ser assegurados aos cidadãos em casos de omissão – e suas características normativas. No primeiro caso, observa-se que o MI surgiu como uma proposta da Assessoria Legislativa do Senado Federal para proteger apenas o direito à educação nos casos de omissão do Estado para garanti-lo. Tratava-se, portanto, de um instrumento para efetivar um direito social específico. Mas, a partir dessa formulação original, diversas sugestões foram encaminhadas nas diferentes fases da ANC para ampliar seu escopo a direitos fundamentais em geral e limitar sua aplicação a omissão normativa inconstitucional.

Na fase inicial de apresentação de sugestões na ANC, o MI foi concebido como um

<sup>4</sup>Sobre aspectos históricos do mandado de injunção, sobretudo das discussões a ele relacionadas na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, ver Continentino (2013).

<sup>5</sup>Fulgêncio e Costa (2016) atribuem a disputa em torno do MI na ANC à percepção dos constituintes da importância atribuída a esse instrumento processual e, conseqüentemente, a preocupação com seu uso no futuro.

instrumento para combater a omissão do Estado na provisão de direitos sociais – particularmente da educação. O foco do instituto na omissão normativa veio a ocorrer na Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais (Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher), para a qual as sugestões iniciais sobre o MI foram encaminhadas. Já na Subcomissão, começa a discussão quanto ao escopo da ação judicial diante de um MI julgado procedente, que continuou gerando posições distintas no meio jurídico e entre os próprios ministros do STF: os tribunais deveriam resolver a omissão legislativa em abstrato, criando uma regra geral para outros casos, ou a supririam apenas para o caso concreto? Como resultado final, a Subcomissão atribuiu ao MI o mesmo rito processual do mandado de segurança, limitou sua aplicação à omissão normativa, ampliou os direitos que poderiam ser assegurados via MI e o concebeu como um instrumento passível de ser utilizado perante variados tribunais, isto é, como um instrumento de controle difuso de constitucionalidade<sup>6</sup>.

Na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, a proposta da Subcomissão foi reunida às propostas a respeito da inconstitucionalidade por omissão que foram discutidas na Subcomissão de Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias. Não houve alterações substantivas quanto ao MI, que continuou sendo um mecanismo de controle difuso aplicável nos casos de omissão normativa inconstitucional<sup>7</sup>.

O projeto segue, então, para a Comissão de Sistematização, que rejeita todas as tentativas de eliminação do MI e confirma, no Segundo Substitutivo, o conteúdo da proposta da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, com algumas alterações. Em especial, a Comissão de Sistematização prevê exigência de lei complementar para definir o rito processual do MI – não mais seguiria o rito do mandado de segurança –, retira a palavra “direitos” do texto e concentra o julgamento do MI no STF, STJ, TRF, TRE e juízes federais<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup>O texto final do Anteprojeto da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais previa o seguinte dispositivo: “37. Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança, a fim de garantir direito assegurado nesta Constituição, não aplicado em razão da ausência de norma regulamentadora, podendo ser requerido em qualquer juízo ou Tribunal, observadas as regras de competência da Lei processual” (BRASIL, 1987a, p. 15).

<sup>7</sup>“34. Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual do mandado de segurança, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania” (BRASIL, 1987b, p. 9).

<sup>8</sup>“47. Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual previsto em lei complementar, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania” (BRASIL, 1987c, p. 29).

Como se pode perceber, essa proposta praticamente não foi alterada no Plenário da ANC que aprovou o MI tal como definido no art. 5º.

A redação final do dispositivo constitucional sobre o MI deixou margem para algumas interpretações quanto aos seus efeitos: deveria o judiciário suprir a omissão legislativa editando ou indicando norma aplicável ao caso, ou deveria apenas notificar o poder público omissor? A decisão teria efeito *erga omnes* ou se restringiria ao caso concreto? E o MI se aplicaria apenas aos direitos previstos no art. 5º ou se estenderia aos demais direitos afirmados na CRFB? Essas indefinições originaram posições distintas a respeito dos efeitos e alcance do MI no meio jurídico e, também, dentro do STF.

## **1.2. O Mandado de Injunção no Supremo: mudança institucional endógena**

### **1.2.1. A interpretação restritiva no MI 107**

As indefinições mencionadas acima a respeito do MI se constituíram em uma oportunidade para o STF decidir a respeito do seu próprio poder (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016; ARGUELHES, 2014). Em um primeiro momento, o STF restringiu seu campo de ação no mandado de injunção, ao interpretar seu papel como o de notificar o poder público sobre a omissão normativa (ARGUELHES; PRADO, 2018). No MI 107 – distribuído em 1989, logo após a promulgação da CRFB –, o STF foi colocado diante dos problemas da autoaplicabilidade e do escopo do instituto. Embora quanto à primeira questão a resposta do tribunal tenha sido mais expansiva (consideraram o MI aplicável desde já, mesmo na ausência de lei que o regulamentasse), os ministros adotaram uma posição bem mais restritiva quanto ao segundo ponto<sup>9</sup>. Em seu voto, o relator, ministro Moreira Alves, reconhece que a CRFB não definiu expressamente a legitimidade passiva do mandado de injunção, sua natureza, os efeitos da sua providência jurisdicional e seu procedimento – questões que, segundo Alves, já vinham sendo objeto de controvérsias

---

<sup>9</sup>“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, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e [...] de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional” (BRASIL, 1990, p. 1).



entre os juristas e comentadores da nova constituição. O ministro enfrenta diversas dessas controvérsias com relação ao escopo do mandado de injunção, e, embora com nuances importantes, adota uma posição em última instância muito limitada do alcance do instituto em termos dos poderes disponíveis aos juízes para remediar a omissão.

Moreira Alves admite que o mandado de injunção não se restringiria aos direitos e garantias do artigo 5º, mas se aplicaria a todos os direitos e garantias constitucionais inviabilizados pela omissão normativa. Ressalta, também, que o artigo 5º, LXXI, ao se referir à soberania em sua redação, na verdade diz respeito à “soberania popular”, o que permite que o mandado de injunção seja aplicado a plebiscito, referendo e iniciativa popular. Em seguida, no MI 107, o ministro argumenta que a aplicação do MI se restringe às omissões inconstitucionais e que esse instrumento se aplica não apenas diante da “ausência de lei, mas de iniciativa legislativa, de decreto regulamentador, ou, até, de outros atos administrativos necessários à viabilização de direitos, garantias e prerrogativas a que alude esse dispositivo constitucional” (BRASIL, 1990, p. 34).

Ao discutir a autoaplicabilidade do MI, Moreira Alves descreve duas correntes sobre “a índole que a Constituição Federal quis imprimir ao mandado de injunção” (BRASIL, 1990, p. 34): uma que interpreta a ação destinada a “obter uma sentença que declare a ocorrência da omissão inconstitucional, ou marque prazo para que isso não ocorra, a fim de que se adotem as providências necessárias para a eliminação dessa omissão”, e outra que “culmina com a sentença constitutiva em favor do autor, viabilizando-lhe esse exercício, com a sua regulamentação” (BRASIL, 1990, p. 35). Moreira Alves embasa sua posição e afasta a possibilidade de interpretação do mandado de

injunção como “ação constitutiva” com base em argumentos jurídicos e por referências ao processo constituinte.

Em seu voto, o ministro argumenta que o mandado de injunção como instrumento de ação constitutiva só seria possível se a regulamentação a ser suprida pelo judiciário se limitasse aos direitos do art. 5º da CRFB, o que, segundo ele, “não sucede na maioria das hipóteses de falta de regulamentação” (BRASIL, 1990, p. 36). Para sustentar sua posição, recorre a um argumento do defensor da corrente constitutiva Calmon de Passos – justamente porque o autor entende que o judiciário deveria regulamentar a omissão normativa – de que o mandado de injunção não se aplicaria nas situações que envolveriam “a organização prévia de determinados serviços ou a alocação específica de recursos” (BRASIL, 1990, p. 36). Para Moreira Alves, filiar-se a essa corrente significa deixar de fora grande parte das situações em que haveria omissão normativa. Argumenta, ainda, que a ação constitutiva com efeito *inter partes* seria impossível por não se aplicar aos casos referentes à soberania popular e que a regulamentação para o caso concreto inviabilizaria a edição de lei posterior, devido ao princípio de que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XLXXVI) (BRASIL, 1988b).

Para o relator, a interpretação de que o MI seria uma ação de natureza constitutiva e com efeitos *erga omnes* não se sustentaria, porque permitiria que se garantisse um direito em ações individuais, em contraste com a exigência de uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI), que só permitiria legitimados definidos. Por fim, argumenta que essa interpretação – o MI poderia gerar apenas a declaração da mora legislativa – seria coerente com a posição, também adotada pelo tribunal, de que não cabe ao STF suprir a omissão constitucional

em ADI, que tem um leque de legitimados muito mais restrito<sup>10</sup>. Moreira Alves reconhece que essa interpretação pode não ter efeitos práticos, já que o Supremo não teria meios coercitivos para obrigar a supressão da omissão normativa, mas pondera que isso já ocorre em relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão e que “a Constituição partiu da premissa de que, com a procedência da ação direta ou do mandado de injunção, o Poder competente, declarada a inconstitucionalidade de sua omissão, não persistirá em atitude omissa” (BRASIL, 1990, p. 46). O voto de Moreira Alves foi acompanhado por todos os demais ministros.

Nesse julgamento, merece atenção, também, o voto de Sepúlveda Pertence, que destaca uma preocupação com a possível ineficácia do mandado de injunção e com que isso fosse, no futuro, usado para modificar a interpretação que prevaleceu naquela decisão. Segundo Pertence, o MI não poderia ser entendido como ação constitutiva *inter partes*, porque seria inviável na prática. Cita, como exemplo, os direitos trabalhistas<sup>11</sup>. Segundo Pertence, a solução infraconstitucional a ser dada, em uma democracia, deveria ser dada por órgão representativo (BRASIL, 1990, p. 72). Mas o ministro chama a atenção para o fato de que, no futuro, a persistência da mora legislativa inconstitucional possa vir a exigir uma nova interpretação do mandado de injunção<sup>12</sup>. Ou seja, embora concorde com Moreira Alves no resultado, Sepúlveda Pertence adota uma posição mais minimalista para sustentar essa conclusão, reconhecendo que a variável-chave para definir o alcance da atuação do STF não é formal, mas, sim, substantiva: a passagem do tempo e o eventual prolongamento das omissões ao longo dos anos.

---

<sup>10</sup> Como afirmou o ministro Moreira Alves, “[a]liás, a admitir-se essa regulamentação, ter-se-á este absurdo: o que o Supremo Tribunal Federal não poderá fazer em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, Órgão Judiciário inferior a ele [...] poderá fazê-lo, em mandado de injunção” (BRASIL, 1990, p. 43).

<sup>11</sup> Afirma Pertence: “Veja-se, por exemplo, todo capítulo dos direitos trabalhistas, onde talvez esteja o maior número de direitos constitucionais dependentes de solução regulamentadora em relação aos quais teria, na fórmula do eminente Professor Galeano Lacerda, para reivindicação pelo empregado contra seu patrão, a solução de uma ação ordinária, da competência originária no Supremo Tribunal Federal, para cada trabalhador. Ora, essa solução, de absoluta patente inviabilidade, não poderia estar no intuito da Constituição” (BRASIL, 1990, p. 68). A solução *erga omnes*, em sua opinião, por sua vez, estaria fora do alcance da CRFB: “Não é possível fazer abstração de um dado histórico da elaboração constitucional [...] esse poder normativo do Supremo Tribunal, proposto e aprovado nos primeiros passos da Assembleia Nacional Constituinte, veio a ser suprimido, a partir da Comissão de Sistematização e não logrou a voltar ao texto constitucional. Tratou-se de uma decisão política da Assembleia Constituinte” (BRASIL, 1990, p. 71-72).

<sup>12</sup> “Como todo objeto cultural, [os instrumentos constitucionais] são dinâmicos e estão sempre, permanentemente, a construir-se e reconstruir-se. Por isso, não afastado, até, que a solene declaração da mora constitucional do Poder competente, pelo Supremo Tribunal Federal, quando não leve o Poder competente a purgar essa mora constitucional em prazo razoável, possa vir, amanhã, a servir de acicate à ampliação dos limites do poder jurisdicional de integração da norma constitucional, paralisada pela omissão do órgão político” (BRASIL, 1990, p. 78).

## 1.2.2. O direito de greve de servidores públicos e a “virada jurisprudencial” dos anos 2000

A “virada jurisprudencial” a respeito das possibilidades de ação do Supremo em mandado de injunção se inicia no dia 07 de junho de 2006, quando o MI 670 (BRASIL, 2008a), impetrado pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo (Sindipol) em 2002 e originalmente relatado pelo ministro Maurício Correa em 2003, é reapresentado em um voto-vista do ministro Gilmar Mendes. Nesse dia, houve um novo pedido de vista, dessa vez pelo ministro Ricardo Lewandowski, que representa o caso no dia 12 de abril de 2007, ocasião em que o ministro Joaquim Barbosa pede vista. O MI 670 é reapresentado no dia 25 de outubro de 2007, data em que o tribunal conclui não apenas o julgamento desse processo como também dos MI 708 e 712 (BRASIL, 2008b, 2008c). Grande parte dos trabalhos sobre o instituto consideram que esses três mandados de injunção, todos referentes ao direito de greve dos servidores públicos, marcaram o início de um entendimento muito diferente daquele que definiu o papel do Supremo no MI 107: a partir de então, diante de uma omissão inconstitucional, o STF poderia emitir uma norma com efeito *erga omnes* para supri-la, até que o poder público responsável editasse norma regulamentando tal omissão.

Vale dizer que, entre junho de 2006 e o julgamento dos MI 670, 708 e 712 em outubro de 2007, houve o julgamento do MI 721 (BRASIL, 2007), iniciado em setembro de 2006 e finalizado em agosto de 2007, em que uma servidora reivindicava aposentadoria especial devido à exposição a atividade considerada insalubre. Nesse julgamento, parece haver um consenso de que o Supremo deveria não apenas declarar a omissão normativa e dar prazo para sua supressão pelo poder público, mas também poderia suprir a lacuna existente nos casos concretos. Em seu voto, o ministro relator Marco Aurélio destaca a timidez com que o Supremo originalmente interpretou seu papel nos casos de mandado de injunção e ressalta que seria o momento de rever a posição de apenas declarar e definir prazo para os casos de omissão normativa<sup>13</sup>. Marco Aurélio julgou parcialmente procedente o pedido de aposentadoria especial da impetrante, garantindo a ela este direito, a ser exercido de acordo com o artigo 57 da Lei nº 8.213, de 1991 (BRASIL, 1991a), que dispõe sobre Planos de Benefícios da Previdência Social. Essa decisão foi acompa-

<sup>13</sup> “É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, ao cidadão” (BRASIL, 2007, p. 9-10).

nhada por unanimidade pelos demais ministros. Na ocasião, o ministro Eros Grau pediu vista e em seu voto, apresentado no dia 30 de agosto de 2007, acrescentou críticas à mora do poder legislativo, avalizando o argumento de que apenas a declaração da mora e definição de prazo para o poder público resolver o problema da omissão se configuraria em uma espécie de ineficácia do próprio tribunal em cumprir seu papel<sup>14</sup>.

Como dito acima, os MI foram julgados no dia 25 de outubro de 2007 e, basicamente, decidiu-se que, tendo em vista a falta de lei para regulamentar o direito de greve dos servidores públicos previsto no artigo 37, inciso VII, da CRFB, aplicar-se-ia a Lei nº 7.783/1989 (BRASIL, 1989) prevista para o setor privado, até que o Congresso Nacional regulamentasse a omissão. A tramitação desses quatro processos pode ser observada no quadro abaixo (Quadro 1):

### Quadro 1

#### Tramitação dos MIs 670, 708, 712 e 721

	Andamento											
MI 670	Dist.	Vista GM				Vista RL		Vista JB				Julgado
MI 708			Dist.					Vista RL	Vista JB			Julgado
MI 712				Dist.		Vista RL		Vista JB				Julgado
MI 721					Dist.		Vista EG					Julgado
Data	17/05 2002	15/05 2003	03/08 2004	15/09 2004	03/05 2005	07/06 2006	27/09 2006	12/04 2007	24/05 2007	19/09 2007	30/08 2007	25/10 2007

Fonte: Elaboração própria.

O MI 670 foi originalmente relatado pelo ministro Maurício Corrêa, mas o relator do seu acórdão foi o ministro Gilmar Mendes. O MI 708 teve a relatoria também do ministro Gilmar Mendes, e o MI 712 foi relatado pelo ministro Eros Grau. Como mencionado, o MI 670 foi impetrado pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo (Sindipol) no STF em 2002, pedindo o reconhecimento do direito à greve, com base na lei de greve para o setor privado (Lei nº 7.783/1989). O pro-

<sup>14</sup>“Importa verificarmos é se o Supremo Tribunal Federal emite decisões ineficazes; decisões que bastam em solicitar ao Poder Legislativo que cumpra seu dever, inutilmente [...] Ou, alternativamente, se o Supremo Tribunal Federal deve emitir decisões que efetivamente surtam efeito, no sentido de suprir aquela omissão” (BRASIL, 2007, p. 18). Grau sustenta que, na aplicação da Lei nº 8.213/1991 ao caso concreto, o STF estaria exercendo uma função normativa, ainda que não legislativa. “No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia a norma regulamentadora que falta para, no caso, tornar viável o exercício do direito da impetrante” (BRASIL, 2007, p. 31).

cesso começou a ser julgado em 2003 e, na ocasião, o relator do processo, ministro Maurício Corrêa, deferiu em parte o pedido para somente declarar a mora do Congresso Nacional em regulamentar o artigo 36, VII, da CRFB. Em seu voto, o ministro Maurício Corrêa afirmou:

[N]ão pode o Poder Judiciário, nos limites da especificidade do mandado de injunção, garantir ao impetrante o direito de greve. Caso assim procedesse, substituir-se-ia ao legislador ordinário, o que extrapolaria o âmbito da competência prevista na Constituição. Também não lhe é facultado fixar prazo para que o Congresso Nacional aprove a respectiva proposição legislativa, nem anular sentença judicial, convolvando o mandado de injunção em tipo de recurso não previsto na legislação processual (BRASIL, 2008a, p. 11).

Houve, então, um pedido de vista do ministro Gilmar Mendes que reapresentou o processo em junho de 2006.

Em seu voto no acórdão, Mendes menciona uma espécie de “evolução” na interpretação do STF a respeito do mandado de injunção, citando precedentes em que o tribunal teria passado “a admitir soluções normativas para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva” (BRASIL, 2008a, p. 2) e cita especificamente o voto vencido do ministro Carlos Velloso no MI 631 (BRASIL, 2002b) julgado em 2002 como um precedente que previa a possibilidade de se aplicar a Lei nº 7.783/1989 aos servidores públicos. Mendes argumenta que, após fixar o entendimento do papel do STF no MI 108 (BRASIL, 1996b), o tribunal passou a reinterpretar seu próprio poder: primeiramente, estipulava prazo para a supressão da omissão constitucional (MI 283/1991) (BRASIL, 1991c) e, caso o Congresso continuasse sem editar a norma por mais de seis meses, para

que o requerente tivesse imunidade reivindicada (MI 232/1992 e MI 284/1992) (BRASIL, 1992a, 1992b).

Mendes considera que esses precedentes “sinalizam uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução normativa para a decisão judicial” (BRASIL, 2008a, p. 27) e que, somados às decisões do MI 562/2003 (BRASIL, 2003), MI 543/2002 (BRASIL, 2002a) e MI 679/2002 (BRASIL, 2002e), “indicam que o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo poder Judiciário” (BRASIL, 2008a, p. 27).

Após o voto de Gilmar Mendes dando a solução acima para o MI, o ministro Ricardo Lewandowski pediu vista. Ao reapresentar seu voto, em abril de 2007, Lewandowski apresenta três posições distintas a respeito do alcance do mandado de injunção: uma mais restritiva, que concebe o MI como um instrumento declaratório da mora do poder público; uma segunda que admite que caberia ao Judiciário viabilizar o direito omissivo ao caso concreto, e uma terceira, que seria a corrente à qual pertenceria o voto de Gilmar Mendes, defendendo que seria possível ao Judiciário suprimir a omissão do poder público com efeito *erga omnes* ou aplicada ao caso concreto. Interessante notar que Lewandowski observa que essa solução dada pelo ministro Gilmar Mendes corresponderia a uma posição corrente no Supremo, mas que se afinava “com os votos minoritários mencionados” (cita os MI 438, 631 e 485 (BRASIL, 1995, 2002b, 2002d)) (BRASIL, 2008a, p. 78). Lewandowski afirma filiar-se à segunda posição, conhecendo o mandado de injunção impetrado, mas garantindo o direito de greve apenas no caso concreto – Policiais Civis do Estado do Espírito Santo.

Em seu voto, o ministro Lewandowski sustenta ainda que, como não concebe uma analogia entre greve de servidores públicos e greve

de servidores da iniciativa privada, não se poderia, em seu juízo, aplicar a Lei nº 7.783/1989 ao serviço público e que “ao emprestar-se eficácia *erga omnes* a tal decisão, como se pretende”, afirma o ministro, “penso que esta Suprema Corte estaria intrometendo-se, de forma indevida, na esfera de competência que a Carta Magna reserva com exclusividade aos representantes da soberania popular, eleitos pelo sufrágio universal, direto e secreto” (BRASIL, 2008a, p. 80).

Nos debates que se seguem fica claro que o contexto era favorável a uma interpretação mais abrangente sobre o alcance do mandado de injunção. No voto do MI 670, o ministro Gilmar Mendes cita os MI 20, 485, 585 (BRASIL, 1996a, 2002d, 2002c) como decisões do Supremo que “se limitavam a fazer apelos ao legislador; conforme sabemos, os apelos caíram no vazio por conta da convergência de visões que levaram a essa inoperância” (BRASIL, 2008a, p. 93). A postura de ministros mais antigos no Supremo indica uma predisposição a um posicionamento mais contundente do tribunal no que se refere ao MI, para além da declaração da mora legislativa.

Um exemplo desse contexto favorável à mudança de posicionamento já estava presente no voto do ministro Marco Aurélio no MI 721, julgado em agosto de 2007. Na ocasião, Marco Aurélio afirmou:

É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, ao cidadão (BRASIL, 2007, p. 9-10).

Marco Aurélio julgou parcialmente procedente o pedido de aposentadoria especial da impetrante, garantindo a ela o direito à aposentadoria especial, a ser exercido de acordo com o artigo 57 da Lei nº 8.213, de 1991, que dispõe sobre Planos de Benefícios da Previdência Social. Essa decisão foi acompanhada por unanimidade pelos demais ministros.

Corroborando a predisposição dos ministros do STF em mudar o entendimento sobre o alcance do MI, o ministro Eros Grau pediu vista e, em seu voto, acrescentou críticas à mora do poder legislativo, incorporando uma linha de argumentação encontrada em outros votos: a de que a posição mais restritiva adotada no MI 107 configuraria em uma espécie de ineficácia do próprio tribunal em cumprir seu papel. Grau sustenta que “[i]mporta verificarmos é se o Supremo Tribunal Federal emite decisões ineficazes; decisões que bastam em solicitar ao Poder Legislativo que cumpra seu dever, inutilmente”. E continua: “Ou, alternativamente, se o Supremo Tribunal Federal deve emitir decisões que efetivamente surtam efeito, no sentido de suprir aquela omissão” (BRASIL, 2007, p. 18).

Mais ainda, diálogos travados durante a votação do MI 670 reforçam que os ministros estavam dispostos a dar um passo além sobre o alcance do instrumento. Ao iniciar seu voto, o ministro Joaquim Barbosa questiona se, diante da agenda do Congresso, que havia indicado audiências públicas nas semanas seguintes para discutir a greve no setor público, a solução proposta pelo relator não levaria o Supremo a “dar um ‘by-pass’ no Congresso Nacional” (BRASIL, 2008a, p. 97). Essa fala suscitou uma intervenção do ministro Marco Aurélio de que “são passados dezoito anos de vigência da Constituição” (BRASIL, 2008a, p. 97) e o ministro Celso de Mello completou que, passados quase dezenove anos e após ser

notificado em 1994 da omissão nessa matéria, o Congresso “absteve-se de disciplinar o que determina o inciso VII do artigo 37 da Lei Fundamental” (BRASIL, 2008a, p. 97-98). Joaquim Barbosa pediu vista e Celso de Mello antecipou seu voto, no qual reclama em diversos momentos do “retardamento abusivo” e da “prolongada inércia” do poder público em solucionar omissões após decisões declaratórias do Supremo em ADI. Com isso, afirma ter chegado a hora de o STF rever seu posicionamento<sup>15</sup>.

Na mesma linha, o ministro Sepúlveda Pertence ecoa a possibilidade de transformação contida em seu voto no MI 107: “Algumas vezes, o papel do Supremo Tribunal Federal, se não é de protagonismo legislativo, é, no entanto, de acicatar aos poderes políticos para o dever de dar efetividade à Constituição” (BRASIL, 1990, p. 75). No MI 712, esse mesmo posicionamento, em linhas gerais, foi adotado por todos os ministros do tribunal que seguiram o relator, ministro Eros Grau, que observou que a “não atuação [do STF] no presente momento já se configuraria quase como uma

---

<sup>15</sup> “Esse entendimento restritivo não pode mais prevalecer, sob pena de se esterilizar a importantíssima função político-jurídica para o qual foi concebido, pelo constituinte, o mandado de injunção, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Congresso Nacional, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária de um legislador comum” (BRASIL, 2008a, p. 109). “[A]s considerações que venho a fazer somente podem levar-me ao reconhecimento de que não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia da União Federal, cuja omissão, além de lesiva aos direitos dos servidores públicos civis [...] traduz um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade” (BRASIL, 2008a, p. 124). “Daí a importância preconizada pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, cuja abordagem do tema ora em exame não só restitui ao mandado de injunção a sua real destinação constitucional, mas em posição absolutamente coerente com essa visão, dá eficácia concretizadora ao direito de greve em favor dos servidores públicos civis” (BRASIL, 2008a, p. 124).

espécie de ‘omissão judicial’” (BRASIL, 2008c, p. 431). A virada jurisprudencial estava completa, e uma posição minoritária nos anos 90 havia se tornado amplamente majoritária. Os ministros ainda mantinham discordâncias entre si, mas a tese principal do MI 107 – a de que competia ao STF apenas dar ciência ao legislador de que se encontra em mora – já não encontrava defensores dentro do tribunal.

### 1.2.3. “Empreendedorismo jurisprudencial” e ação individual no Supremo

Na seção anterior, reconstruímos em detalhes o processo de mudança jurisprudencial, dentro do STF, quanto ao escopo dos poderes do tribunal na decisão de mandados de injunção. Nesse processo, a ação individual de Gilmar Mendes parece ter sido decisiva. Por “ação individual”, aqui, não tratamos da forma mais típica, no pensamento constitucional sobre tribunais e seus poderes, pela qual cada ministro participa e influencia o resultado final de cada decisão – seu voto individual expresso no seio de uma tomada de posição coletiva, no plenário ou em uma das turmas. No caso do mandado de injunção, o que observamos é o uso de poderes individuais de controle da agenda do tribunal, por parte de uma minoria de ministros, que evitam justamente que prevaleça a posição majoritária em um dado momento.

Há, nos últimos anos, uma série de estudos mapeando poderes que, alocados de maneira altamente descentralizada e individual dentro do STF, permitem que as preferências de uma minoria de ministros, ou no limite de um único ministro, sejam condição suficiente para alterar o *status quo* legislativo ou um posicionamento do tribunal – ou, em certas condições, para impedir a sua alteração mesmo diante de uma clara maioria interna (ARGUELHES;

RIBEIRO, 2015; FALCÃO; ARGUELHES, 2017; ARGUELHES; RIBEIRO, 2018a, 2018b; ARGUELHES; HARTMANN, 2017). Entre esses poderes, está uma série de mecanismos de controle de agenda que estão à disposição de ministros individuais e que podem, inclusive, se sobrepor ao controle que o presidente do STF tem sobre a pauta. Nesse sentido, por exemplo, ministros individuais podem pedir vistas de um processo e retê-lo em seu poder indefinidamente, na prática, aguardando, assim, uma eventual composição futura do tribunal (ou mudança de entendimento dos ministros atuais) que seja mais favorável à posição do ministro individual do que a maioria atual (ARGUELHES; HARTMANN, 2017). Ou, como relatores, podem igualmente aguardar uma composição ou momento mais favorável para liberar o processo para julgamento, inclusive em casos nos quais já concederam liminares monocráticas (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018b). Esses poderes não precisam ser formais. Podem resultar de comportamentos que, embora contrários ao previsto no regimento interno do tribunal, são suficientemente reiterados, sem risco de retaliação, para que seu uso estratégico por ministros individuais seja considerado de baixo custo (ARGUELHES; RIBEIRO, 2015).

A história das transformações recentes da jurisprudência sobre MI no STF exemplifica justamente o uso deliberado de poderes individuais de agenda para ampliar, ainda que ao longo do tempo, o impacto da posição de um único ministro sobre a posição coletiva do tribunal. Em 2002, quando o MI chega ao tribunal trazendo pela primeira vez esse tema, o posicionamento que o STF veio a adotar em 2007 era claramente minoritário, como mostra o voto vencido do ministro Carlos Velloso. Naquele contexto e naquela composição, houve o pedido de vista do ministro Gilmar

Mendes, que havia recentemente entrado no tribunal. Seu pedido de vista só foi devolvido em 2006, após uma grande reformulação na composição do tribunal. Os três últimos ministros indicados pelo regime se aposentaram em 2003 (ARGUELHES, 2014). Mais ainda, a liderança intelectual responsável pela jurisprudência restritiva do STF quanto ao MI, o ministro Moreira Alves, foi um dos que se aposentaram naquele ano. Podemos assumir que, caso o ministro Gilmar Mendes tivesse dado seu voto no MI 670 no final de 2002 ou início de 2003, sua posição não teria prevalecido.

A ação individual de Gilmar Mendes, controlando o *timing* do posicionamento do tribunal sobre o tema, foi uma condição *necessária* para a mudança de posição do STF alguns anos depois? Não é possível ter uma confirmação categórica quanto a isso. De fato, desde o início dos anos 2000, os ministros do STF já vinham se posicionando criticamente em relação à mora prolongada do Congresso, como observado na seção anterior. Ministros que, em momentos anteriores, haviam-se posicionado mais restritivamente em relação ao MI começaram a reclamar, em seus votos, que a definição de prazo para a supressão de omissões do poder público não vinha sendo suficiente para a garantia de direitos imaginada pelos constituintes. Nesse cenário, nada garantia que o próximo passo, após as reclamações em relação à mora legislativa, não seriam outros ensaios de solução normativa proposta pelo próprio STF – talvez não neste caso, mas possivelmente em outros temas nos anos seguintes. Some-se a isso a mudança de composição do próprio tribunal, com o ingresso de ministros que muito cedo se revelaram mais próximos a uma postura “concretista” em relação ao MI. Diante de tudo isso, tínhamos um terreno fértil para a mudança jurisprudencial acontecer.



Mesmo admitindo essas complexidades, a narrativa “evolutiva” sobre a mudança de posição do tribunal parece inadequada. Da maneira como as coisas de fato aconteceram, o pedido de vista de Gilmar Mendes foi decisivo em vários níveis. Primeiro, sinalizou a movimentos e atores relevantes fora do tribunal que faria sentido insistir na tese: se um ministro recém-chegado pede vista em um caso cuja decisão deveria se limitar a reafirmar, sem maiores discussões, a jurisprudência pacífica do tribunal, temos uma sinalização, para fora da instituição, de que há algum espaço para mudança. Mais ainda, esse pedido de vista pode sinalizar também, para dentro da instituição, que há uma reconfiguração possível no horizonte, encorajando outros ministros relatores a levarem isso em conta ao planejarem o *timing* da inclusão de seus próprios casos em pauta. Em contraste, uma derrota do ministro recém-chegado sinalizaria que uma maioria de ministros do tribunal ainda não estava aberta a reconsiderar a questão. No mínimo, portanto, o pedido de vista de Mendes manteve a questão em aberto, e a gestão do tempo mínimo pelo qual ela permaneceria assim estava no controle exclusivo de um ministro individual, por meio de seus poderes variados de agenda.

Essa ação individual tem outros possíveis efeitos, mais especificamente políticos, para fora do tribunal. Ao se apresentar como uma liderança interna nesse processo de releitura da jurisprudência, o ministro Gilmar Mendes também se apresenta como tal externamente ao STF. Com o pedido de vista em mãos, Mendes pode ter-se projetado, naquela conjuntura, como um interlocutor do Congresso Nacional na discussão sobre o projeto de lei que regulamentaria o mandado de injunção, que veio a se tornar a Lei nº 13.300/2016.

A história desses debates sobre o MI no STF, portanto, ilustra algumas das múltiplas

formas pelas quais a estrutura do tribunal cria espaços e recursos para que ministros individuais promovam seus posicionamentos individuais contra uma maioria de seus colegas. É um cenário em que a política constitucional e a jurisprudência constitucional se tornam mais permeáveis à contingência (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018a). Não se trata apenas de dizer que o direito constitucional variará de acordo com as posições e visões dos integrantes individuais do tribunal constitucional ou da corte suprema. Nos EUA, não é surpresa que a indicação de ministros mais liberais ou menos liberais vá representar um ajuste de rumo na jurisprudência futura da Suprema Corte em direções igualmente mais ou menos liberais. É natural, portanto, que haja uma certa contingência na formação do direito constitucional ao longo do tempo, já que as posições dos ministros são determinadas, ao menos em parte, pela composição da corte (isto é, por quem foi indicado), que, por sua vez, é moldada por sucessivos resultados eleitorais.

O que é particularmente interessante no caso brasileiro, porém, e que a história do MI ilustra bem, é que ministros individuais têm um grande espaço de atuação para serem “empreendedores jurisprudenciais” e tentar avançar certas agendas e pontos de vista de forma independente da vontade da maioria do tribunal, sendo a adoção de uma regra de maioria interna nas votações do STF um elemento fundamental para a conversão de vitórias eleitorais em formação do direito constitucional. Se um único ministro, indicado por um único presidente, é capaz de ter um impacto tal na jurisprudência do tribunal que efetivamente “bypassa” a visão da maioria indicada por presidentes anteriores, fica muito mais difícil interpretar as mudanças de posição da instituição com base em mudanças na política majoritária ao longo dos anos.

## 2. Os efeitos da virada jurisprudencial: perfil quantitativo de MI entre 1988 e 2017

Após 2007, como vimos, o STF fez publicamente um giro em sua jurisprudência sobre o alcance e a natureza do poder do tribunal no julgamento de mandados de injunção, passando a reconhecer a possibilidade de criação judicial de normas com efeito *erga omnes*. Se, nos anos 90, o tom geral dos juristas era de desapontamento com a interpretação restritiva dada ao MI pelo STF, não é surpresa que a virada jurisprudencial de 2007 tenha sido celebrada na comunidade jurídica como uma espécie de renascimento.<sup>16</sup> Finalmente, uma maioria de ministros havia adotado uma posição mais expansiva dos poderes do tribunal quanto ao MI, abrindo espaço para que, após duas décadas, as expectativas dos constituintes quanto ao instrumento tivessem a chance de se tornar realidade. Mas essa celebração foi justificada? Como a virada do STF afetou o uso do MI pela sociedade civil na garantia de direitos contra omissões legislativas? Houve, afinal, um “renascimento” do MI após 2007?

Nesta seção, procuramos responder a essas perguntas por meio de uma análise quantitativa dos MI no STF ao longo do tempo. O banco de dados do projeto *Supremo em Números* inclui 6.422 mandados de injunção que tramitam ou tramitaram no STF entre 1988 e 2016. Desse total, não há informação sobre 21 processos (a única informação constante na base é o seu número no STF). Entre as informações disponíveis sobre os outros 6.401 mandados de injunção está o seu “assunto”. No entanto, essa classificação é feita pelo próprio Supremo, por meio de sua Secretaria, o que pode gerar algumas inconsistências quando precisamos identificar de forma mais detalhada o assunto em um dado MI. Não parece haver uma padronização na forma de classificação dos processos.

Por exemplo, os processos classificados como “direito administrativo” podem ter, entre outros, os seguintes graus de detalhes: apenas o rótulo “direito administrativo”, “direito administrativo-servidor público”, “direito administrativo-servidor público-aposentadoria”. Assim, é possível que existam ainda mais casos de “aposentadoria” do que os que foram contabilizados para este trabalho. De todo modo, apesar de algumas imprecisões, é possível extrair um retrato razoável a respeito dos assuntos que chegaram ao STF desde 1988, e fazer algumas observações sobre o que teria mudado após 2007.

Observa-se que quase 74% dos assuntos tratados em MI no STF dizem respeito ao tema “aposentadoria”. Em seguida, com percentuais que não chegam a 5% do total de casos, encontramos “contagem de tempo

---

<sup>16</sup> Ver Medeiros (2011, p. 47).

especial” (também relativo a aposentadoria) e “adicional de insalubridade”. Somados, esses assuntos totalizam 81,3% do total de processos. Infelizmente, não há informações a respeito dos 221 casos classificados como “processo antigo” que aparecem como o quarto assunto mais frequente. Se aos três assuntos mais frequentes for somada a frequência dos assuntos “servidor público”, “aviso prévio”, “direito do trabalho” e “direito de greve”, é possível concluir que a pauta do MI no Supremo é basicamente tomada pelo que podemos chamar de “mundo do trabalho” (86,1%). O instrumento MI, portanto, foi mobilizado quantitativamente, em grande medida, por servidores públicos para resolver omissão relativa a seus direitos trabalhistas (isto é, como empregados estatutários), particularmente o direito de aposentadoria especial.

## Quadro 2

MIs que tramitam ou tramitaram no STF entre 1988 e 2016

Assunto	N	%
Aposentadoria	4729	73,6
Averbação / Contagem de Tempo Especial	262	4,1
Adicional de Insalubridade	233	3,6
Processo Antigo	221	3,4
Servidor Público	185	2,9
Outros	175	2,7
Direito Civil	108	1,7
Direito Administrativo	94	1,5
Aviso Prévio	64	1,0
Direito Previdenciário	45	0,7
Militar	37	0,6
Direito do Trabalho	36	0,6
Processo Legislativo	34	0,5
Direito Eleitoral	31	0,5
Direito Tributário	30	0,5
Direito de Greve	23	0,4
<b>Total</b>	<b>6422</b>	<b>100,0</b>

Fonte: Elaboração própria.

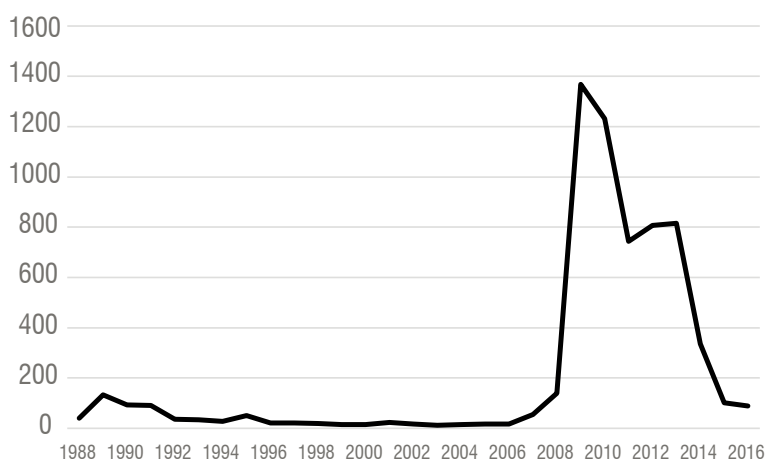
O quantitativo apresentado no Quadro 2 não se distribui homogeneamente ao longo do tempo (1988-2016). A interpretação vencedora no Supremo a respeito do alcance do MI em 1989 pode explicar o baixo número de processos desse tipo no tribunal logo após a promulgação da CRFB. Observa-se no gráfico abaixo que, após um período com cerca de 100 MI ao ano entre 1989 e 1991, o STF passa a receber uma média de cerca de 24 entre 1992 e 2007. Em 2008, há um leve aumento no

número de processos (140) e, de 2009 a 2010, há, de fato, uma “explosão” de processos para mais de 1000 MI novos a cada ano. Esses dados podem levar a crer, então, que a interpretação dada em 2007 possibilitando ao STF aplicar norma em casos de omissão teve um efeito significativo na judicialização por mandado de injunção. Mas o que explicaria a queda para algo em torno de 800 processos anuais entre 2011 e 2013, seguida de uma diminuição ainda mais acentuada em 2015 e 2016 para patamares de aproximadamente 100 processos anuais?

O gráfico 1 e o quadro 3 revelam que o elevado crescimento de MIs no Supremo a partir de 2008 se relaciona com os assuntos predominantemente tratados no tribunal (“aposentadoria”, “contagem de tempo especial” e “adicional de insalubridade”). Nesse sentido, na verdade, a explosão após 2008 pode ser explicada, em larga medida, por uma única decisão. No MI 721, decidido em 2007, o STF reconheceu a aplicação da lei geral da previdência para os casos de aposentadoria especial de servidores públicos. No caso, porém, a aplicação foi *inter partes*. Assim, cada servidor teria que reivindicar individualmente seus direitos por meio de um novo MI.

### Gráfico 1

Número de MIs novos no STF, 1988-2016



Fonte: Elaboração própria.

### Quadro 3

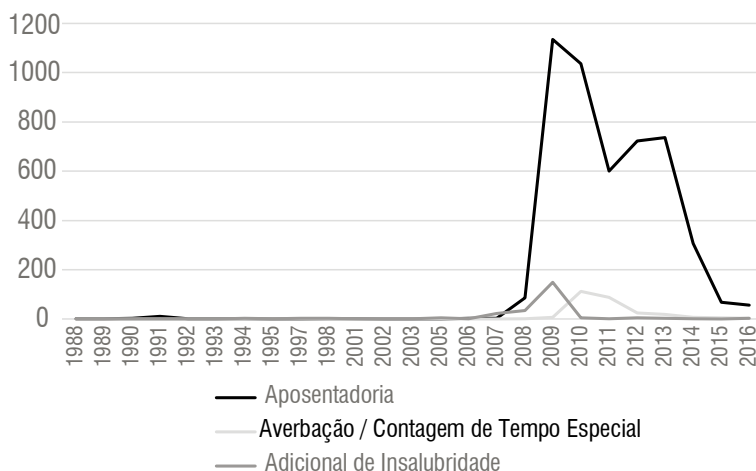
Assuntos de MIs no STF, 1988-2016

Ano	Outros assuntos sobre Trabalho*	Processo Legislativo	Militar	Direito Tributário	Direito Previdenciário	Direito Eleitoral	Direito Civil	Direito Administrativo
1988	2	1	0	0	0	4	0	0
1989	1	0	0	0	0	1	0	0
1990	6	6	14	0	2	1	2	9
1991	14	6	3	1	7	0	30	3
1992	5	5	0	0	3	1	3	0
1993	1	2	0	0	7	0	4	4
1994	1	0	0	1	3	1	3	0
1995	2	2	0	2	3	0	32	1
1996	2	2	0	4	1	0	8	1
1997	2	4	2	1	2	0	1	1
1998	2	0	3	2	0	1	1	1
1999	4	1	0	3	2	0	0	3
2000	5	1	0	0	0	0	1	0
2001	12	0	1	2	0	1	0	2
2002	5	0	2	3	0	1	2	1
2003	7	1	0	0	0	0	0	1
2004	5	1	0	0	0	0	1	0
2005	2	1	1	0	0	1	0	1
2006	1	0	1	0	1	0	0	4
2007	9	0	1	1	0	3	1	3
2008	7	0	0	0	4	3	1	2
2009	59	0	0	1	0	3	1	8
2010	32	0	2	3	4	2	5	16
2011	30	0	4	0	1	3	2	11
2012	37	0	3	1	1	0	2	9
2013	40	0	0	2	2	2	4	5
2014	3	1	0	3	2	3	2	2
2015	12	0	0	0	0	0	2	6
2016	0	0	0	2	0	1	0	20
<b>Total</b>	<b>308</b>	<b>34</b>	<b>37</b>	<b>32</b>	<b>45</b>	<b>32</b>	<b>108</b>	<b>114</b>

\* Direito do trabalho, aviso prévio, direito de greve e servidor público.  
Fonte: Elaboração própria.

## Gráfico 2

MIs sobre aposentadoria, contagem de tempo especial e adicional de insalubridade no STF, 1988-2016



Fonte: Elaboração própria.

Para facilitar a visualização da distribuição dos demais assuntos entre 1988 e 2016, os três assuntos predominantes foram excluídos do gráfico 2. Vale notar que, até meados dos anos 1990, o assunto predominante foi “direito civil”. A grande incidência dessa categoria precisa ser interpretada considerando-se que ela inclui temas como a regulação jurídica e constitucional de taxas de juros bancários, entre outros temas da ordem econômica que se expressam no mundo do direito por meio de instrumentos contratuais ou outros instrumentos de direito privado.

Uma análise mais detida dos gráficos acima permite questionar se, de fato, o MI experimentou um “renascimento”, aproximando-se mais das expectativas dos constituintes e juristas como garantia contra omissões inconstitucionais, mesmo após a virada jurisprudencial de 2007. Os dados indicam que, mesmo após 2007, o MI tem sido usado, basicamente, por um grupo específico de requerentes, os servidores públicos, para garantir direitos relativos à sua relação de trabalho com o Estado. Entre esses direitos trabalhistas, predomina, em especial, a regulamentação de aposentadoria – e, mais especificamente, a aposentadoria especial. Nesse cenário, é plausível supor que, não fosse o elevado crescimento de casos relacionados à aposentadoria, o perfil quantitativo dos mandatos de injunção no STF se manteria relativamente constante em todo o período analisado. Na verdade, é possível que a classificação do STF esteja ocultando a completa extensão do impacto do MI 712 sobre o

volume de processos. O segundo maior contingente de casos entre 2007 e 2010 – “adicional de insalubridade” – provavelmente se relaciona com o mesmo processo, já que o MI 712 se refere a “atividades exercidas em condições de risco ou insalubres”.

Nesse sentido, é inadequado ler a “explosão” de casos após 2007 como uma consequência direta da virada jurisprudencial, expressa em uma sequência de mandados de injunção naquele ano, em direção à possibilidade de criação judicial de regras em caso de omissão legislativa. Na verdade, esse fenômeno está ligado à decisão do STF no MI 712 de não criar uma regra *erga omnes* para diversas categorias de servidores, o que gerou incentivos para a judicialização individualizada daquela omissão legislativa inconstitucional específica.

Em geral, portanto, o STF recebe poucos mandados de injunção, e a maioria dos processos que recebe são reivindicações trabalhistas (em sentido amplo, não técnico) de servidores públicos. Se excluirmos temas relativos a “aposentadoria”, podemos observar que o tema “direito civil” chegou a ser predominante entre 1989 e 1995. Mas, desde então, questões envolvendo reivindicações de servidores públicos são amplamente determinantes do volume de mandados de injunção que tramitam no STF. O MI pode ter vivenciado um “renascimento” quantitativo após 2007, mas os dados indicam que, nessa transformação, ele não se tornou o que os constituintes esperavam. Em vez disso, o MI virou um instrumento de reivindicação de direitos relativos a aposentadoria e de questões corporativas envolvendo o regime de trabalho de servidores públicos.

Uma possível objeção a essa leitura seria a de que a forma assumida pelo MI após 2007 é, na verdade, tão extensiva quanto o instrumento poderia ser, considerando as limitações de escopo impostas pelo texto constitucional. Afinal, as hipóteses de “omissão legislativa” que podem ser objeto de MI são taxativas: é preciso que haja um dispositivo constitucional que, ao mesmo tempo, consagre um direito ou garantia fundamental, mas condicione sua proteção aos “termos da lei”, exigindo expressamente integração legislativa (ARGUELHES; RIBEIRO, 2017). Será que o “renascimento” limitado do MI não é, na verdade, resultado do fato de que a CRFB incluiria muito mais dispositivos compatíveis com o instrumento em temas relativos a aposentadoria, servidores públicos e questões relativas ao mundo do trabalho de forma geral? Ou seja: o viés “corporativo” do MI pós-2007 não seria, no fundo, um viés da própria CRFB?

Essa é uma consideração importante. É possível que as expectativas de constituintes e juristas sobre o MI como instrumento geral de proteção contra omissões legislativas estivessem em tensão com a ênfase que o próprio texto constitucional dá a certos temas. Responder de for-

ma completa a essa pergunta exigiria mapear quais dispositivos constitucionais permaneceram sem regulamentação e sem o *ajuizamento de um MI* ao longo do tempo – um tipo de análise qualitativa que foge ao escopo desta seção. Contudo, uma leitura abrangente dos dispositivos constitucionais compatíveis com o MI permite, ao menos, colocar em dúvida o quanto essa explicação dá conta de tudo o que estamos observando nos dados após 2007. Se é verdade que a Constituição consagra diversos direitos e garantias relativos a servidores públicos e aposentadoria “na forma da lei”, também é verdade que ela utiliza essa mesma formulação para tratar de uma série de garantias e direitos fundamentais para além dessas esferas – que não foram, porém, objeto de MI até hoje, mesmo com regulamentação pendente<sup>17</sup>.

A “mudança jurisprudencial”, promovida pelo STF por meio dos mandados de injunção relatados por Eros Grau e Gilmar Mendes, não alterou quantitativamente a tendência visível dos mandados de injunção que chegam ao tribunal. Ainda temos um MI basicamente ligado a questões do mundo do trabalho, com grande ênfase em aposentadoria e servidores públicos. Mas, nesse cenário, será que a Lei nº 13.300/2016 – a nova regulação do processo do MI – terá algum efeito? Ainda é cedo para responder categoricamente a essa pergunta. Contudo, os dados disponíveis até o momento parecem revelar que a Lei também não foi suficiente, pelo menos no curtíssimo prazo, para

fazer com o que o MI cumprisse as expectativas a ele atribuídas como instrumento processual inovador na garantia de direitos contra omissões legislativas. Os dados mostram que, entre julho de 2016 – ou seja, logo após a edição da Lei – até março de 2017, de 73 processos, somente dois não são sobre questões definidas como “trabalhistas” nos termos deste estudo.

## Conclusão

Neste trabalho, procuramos reconstruir a transformação pela qual o Mandado de Injunção passou desde sua criação para questionar interpretações correntes a respeito desse processo na comunidade jurídica. Primeiro, argumentamos que a história das transformações do MI, que se consubstanciou na “virada jurisprudencial” ocorrida na decisão do Supremo Tribunal Federal no MI 670 em 2007, não é uma tomada de posição evolutiva do tribunal, como apresentado na narrativa predominante da literatura especializada, mas sim o resultado de atuação individual decisiva de um ministro do STF. Por meio de um pedido de vista que extrapolou em anos o prazo regimental, essa ação individual obrigou o tribunal a esperar uma significativa mudança de composição (e posicionamento de ministros mais antigos) até voltar à questão. Chamamos essa ação individual de “empreendedorismo jurisprudencial” que, nesse caso, foi também político-legislativo, já que o próprio ministro participou da elaboração do anteprojeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional regulamentando o instituto. Segundo, a mudança de entendimento sobre o alcance do mandado de injunção consolidada no MI 670 não representou um efetivo renascimento do instituto, já que grande parte dos casos de MI no STF dizem respeito basicamente a processos iguais,

---

<sup>17</sup> Considerem-se, por exemplo, os seguintes incisos do artigo 5º: “VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;” e “VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei” (BRASIL, 1988b). São dois direitos fundamentais relevantes, até hoje sem regulamentação, que nunca foram objeto de MI.



forçando o tribunal a repetir a mesma decisão que já havia tomado sobre um conjunto mais restrito de omissões. Esse conjunto, por sua vez, diz respeito ao que chamamos de “mundo do trabalho”: aposentadoria e previdência, direitos trabalhistas, direitos de servidores públicos. Concluímos, portanto, que a “virada” de 2007 é na verdade uma abertura do tribunal para um conjunto muito restrito e enviesado de temas, que não chega perto das ambições dos constituintes e juristas que viam o MI como um grande mecanismo de proteção de um amplo rol de direitos contra o fenômeno geral das omissões legislativas inconstitucionais.

## Sobre os autores

Leandro Molhano Ribeiro é doutor e mestre em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor pesquisador da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.  
E-mail: leandro.molhano@gmail.com

Diego Werneck Arguelhes é doutor em Direito pela Yale Law School, Connecticut, Estados Unidos da América; mestre em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor pesquisador da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; Hauser Global Law Research Fellow na Universidade de Nova York, Nova York, Estados Unidos da América, em 2017.  
E-mail: dwarguelhes@gmail.com

## Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>18</sup>

NEITHER EVOLUTION, NOR REBIRTH? CONTINGENCY AND CORPORATE CAPTURE IN THREE DECADES OF MANDADO DE INJUNÇÃO

ABSTRACT: In this paper, we use quantitative and qualitative approaches to put into question recurring interpretations of the history of the Mandado de Injunção. First, we argue that the MI's transformation in the Supreme Court's landmark decisions in the MIs 670/2007 do not consist in a linear evolution in the court's understanding, but is rather the result of individual actions by a single Supreme Court judge. A single judge used his individual powers over the court's agenda to keep that issue open for several years, while the court's composition and respective preferences on that case changed over time – an example of what we call “jurisprudential entrepreneurship”. Second, the court's change of understanding in the MI 670 did not lead in practice to an actual “rebirth” of that mechanism, in spite of prevailing high hopes in the legal community. The overwhelming majority of MIs that entered the court's docket after 2007 are repeat cases, and most of them deal with what issues related to labor relations, civil servants and social security broadly considered. We conclude that, in practice, the “jurisprudential turn” in 2007 had

---

<sup>18</sup> Sem revisão do editor.

a modest impact in MI litigation, opening the court to a very limited and arguably biased set of legal issues. In this sense, the MI today is still far from the constitution-makers expectations, as they saw it as a much broader tool to protect fundamental rights against legislative omissions.

KEYWORDS: WRIT OF INJUNCTION. LEGISLATIVE OMISSIONS. BRAZILIAN SUPREME COURT. INSTITUTIONAL CHANGE. INDIVIDUAL POWERS.

## Como citar este artigo

(ABNT)

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Nem evolução, nem renascimento?: contingência e captura corporativa em três décadas de mandado de injunção. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 219, p. 103-132, jul./set. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p103](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p103)>.

(APA)

Ribeiro, L. M., & Arguelhes, D. W. (2018). Nem evolução, nem renascimento?: contingência e captura corporativa em três décadas de mandado de injunção. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(219), 103-132. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p103](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p103)

## Referências

ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré; Educ, 1997.

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. Timing control without docket control: how individual Justices shape the Brazilian Supreme Court's agenda?. *Journal of Law and Courts*, [S.l.], v. 5, n. 1, p. 105-140, 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas IUS*, Brasília, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/2885/2308>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; PRADO, Mariana M. Resistance by interpretation: Supreme Court Justices as counter-reformers to constitutional change in Brazil in the 90s. In: ALBERT, Richard; BERNAL PULIDO, Carlos; BENVINDO, Juliano Zaiden (Org.). *Constitutional change and transformation in Latin America*. [S.l.]: Hart Publishing, 2018. [No prelo].

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de influência direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 46, p. 121-155, jan./jun. 2015. Disponível em: <[http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo5\\_46.pdf](http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo5_46.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 405-440, 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/63629/61710>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Courts as the first and only legislative chambers?: the Brazilian Supreme Court and the legalization of same-sex marriage. *Verfassung Und Recht in Übersee*, [S.l.], v. 50, p. 260-278, 2017.

\_\_\_\_\_. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e a democracia brasileira. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 31, n. 1, p. 13-32, jan./abr. 2018a. Disponível em: <[http://novosestudos.uol.com.br/wp-content/uploads/2018/04/02\\_arguelhes\\_dossie\\_110\\_p12a33\\_baixa\\_vale.pdf](http://novosestudos.uol.com.br/wp-content/uploads/2018/04/02_arguelhes_dossie_110_p12a33_baixa_vale.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. The Court, it is I?: individual judicial review in the Brazilian Supreme Court and its implications for constitutional theory. *Global Constitutionalism*, 2018b. [No prelo].

BARBI, Celso Agrícola. Mandado de injunção. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Doutrinas essenciais, v. 5). p. 593-602.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Mandado de injunção – o que foi sem nunca ter sido: uma proposta de reformulação. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a. (Doutrinas essenciais, v. 5). p. 689-695.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011b.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. [Anteprojeto da] *Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987a. Disponível em: <<http://bit.ly/2FQ7se0>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Assembleia Nacional Constituinte. [Parecer e substitutivo da] *Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987b. Disponível em: <<http://bit.ly/2FTs59k>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Assembleia Nacional Constituinte. *Projeto de Constituição*: substitutivo do relator. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1987c. Disponível em: <<http://bit.ly/2FR07Lq>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 7 abr. 1987d. Disponível em: <[http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/PQ\\_Editado.asp?Periodo=2&Ano=1987&Livro=2&Tipo=9&Pagina=391](http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/PQ_Editado.asp?Periodo=2&Ano=1987&Livro=2&Tipo=9&Pagina=391)>. Acesso em: 29 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Assembleia Nacional Constituinte. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, Brasília, 29 abr. 1987e. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/sugestoes-dos-constituintes/arquivos/SGCO0101-0200.pdf](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/sugestoes-dos-constituintes/arquivos/SGCO0101-0200.pdf)>. Acesso em: 29 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Assembleia Nacional Constituinte. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, Brasília, 24 ago. 1988a. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/N023.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988b.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 jun. 1989.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem no mandado de injunção n. 107-3/DF. Requerente: José Emídio Teixeira Lima. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves. *Diário da Justiça*, Brasília, 21 set. 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 jul. 1991a.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107-3/DF. Requerente: José Emídio Teixeira Lima. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves. *Diário da Justiça*, Brasília, 2 ago. 1991b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81745>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 283-5/DF. Impetrante: Alfredo Ribeiro Daudt. Impetrado: União Federal; Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, Brasília, 14 nov. 1991c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 232-1/RJ. Requerente: Centro de Cultura Prof. Luiz Freire. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Moreira Alves. *Diário da Justiça*, Brasília, 27 mar. 1992a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 284-3/DF. Impetrante: Sérgio Cavallari et al. Impetrado: Congresso Nacional; União Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 26 jun. 1992b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81767>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 438-2/GO. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação de Goiás – SINTEGO. Impetrado: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Néri da Silveira. *Diário da Justiça*, Brasília, 15 jun. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81817>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 20-4/DF. Requerente: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 22 nov. 1996a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 108-1/DF. Impetrante: Luiz Antonio Martinelli Vidal Nogueira et al. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Maurício Córrea. *Diário da Justiça*, Brasília, 6 dez. 1996b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81746>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 543-5/DF. Impetrante: Renato Arantes Tinoco et al. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Octavio Gallotti. *Diário da Justiça*, Brasília, 24 maio 2002a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81863>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 631-8/MS. Impetrante: Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado do Mato Grosso do Sul – SINDIJUS/MS. Relator: Min. Ilmar Galvão. *Diário da Justiça*, Brasília, 2 ago. 2002b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81883>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 585-9/TO. Impetrante: Sindicato dos Agentes de Fiscalização e Arrecadação do Estado do Tocantins – SINDIFISCAL. Relator: Min. Ilmar Galvão. *Diário da Justiça*, Brasília, 2 ago. 2002c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81869>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 485-4/MT. Impetrante: Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado do Mato Grosso – SINDEPO/MT. Impetrado: Congresso Nacional. *Diário da Justiça*, Brasília, 23 ago. 2002d. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81835>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 679/DF. Requerente: Fundação Francisco Arduíno – FUNDAR. Requerido: Congresso Nacional; União. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 17 dez. 2002e.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 562-9/RS. Impetrante: Avelino Iost et al. Impetrado: Presidente do Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Velloso. Redatora para o acórdão: Min. Ellen Gracie. *Diário da Justiça*, Brasília,

20 jun. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81866>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 721-7/DF. Impetrante: Maria Aparecida Moreira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 30 nov. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 670-9/ES. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo – SINDPOL. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Maurício Corrêa. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 31 out. 2008a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 708-0/DF. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa – SINTEM. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 31 out. 2008b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 712-8/PA. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 31 out. 2008c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 jun. 2016.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma reflexão histórica sobre o mandado de injunção e a eficácia subjetiva das decisões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Org.). *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57-94.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira; RIBEIRO, Fernando José Armando. O renascimento do mandado de injunção. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 10, n. 15, p. 131-156, jan./dez. 2008. Disponível em: <[https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes\\_assembleia/periodicas/cadernos/arquivos/pdfs/15/Bernardo.pdf](https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/periodicas/cadernos/arquivos/pdfs/15/Bernardo.pdf)>. Acesso em: 20 abr. 2018.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck. Onze Supremos: todos contra o Plenário. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Org.). *Onze Supremos: o Supremo em 2016*. Rio de Janeiro: Letramento, 2017. p. 20-28. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17959/Onze%20Supremos%20-%20o%20Supremo%20em%202016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo; COSTA, Alexandre Araújo. O mandado de injunção na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. *Revista Estudos Institucionais*, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 818-870, 2016.

HAGE, Jorge. O PL que regulamenta o mandado de injunção: uma iniciativa mais que oportuna. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Org.). *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 141-151.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, ano 26, n. 101, p. 115-134, jan./mar. 1989. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181900>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 221-290.

MEDEIROS, Alice Bernardo Voronoff. Ativismo judicial e democracia: reflexões em torno do mandado de injunção. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 66, p. 29-49, 2011.

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.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A segunda geração do mandado de injunção. *Revista de Informações Legislativas*: RIL, Brasília, ano 47, n. 188, p. 69-91, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198713>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. O mandado de injunção finalmente terá sua lei. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Org.). *Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 119-140.

TEIXEIRA, Carlos Geraldo. Mandado de injunção: novas perspectivas diante da evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 1, n. 10, p. 6.359-6.416, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov. 2007. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12547/14324>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

# Sistema eleitoral e sistema de governo sob a Constituição de 1988

Dilema da continuidade e da mudança

FILOMENO MORAES  
RAQUEL MACHADO

**Resumo:** Apesar de a reforma política ser tema recorrente na agenda brasileira, a crise política, ocasionando, inclusive, novo processo de *impeachment*, acentuou o debate sobre os sistemas eleitoral e de governo, com críticas ao sistema proporcional de lista aberta e ao presidencialismo. No presente trabalho, analisam-se esses sistemas e a sua adequação ao experimento político-constitucional atual. Utilizou-se o método falibilista, com base no qual se expuseram ideias considerando seus possíveis contrapontos, em pesquisa de cunho crítico-bibliográfico. Como resultado, verificou-se que a crítica ao modelo brasileiro decorre da crise política conjuntural e que o modelo funcionou a contento, ao longo dos trinta anos de vigência da Constituição de 1988. Além disso, tanto o sistema proporcional como o sistema presidencial revelam-se mais democráticos no contexto brasileiro. Como conclusão, constatou-se que o aperfeiçoamento – por mudanças incrementais – do presidencialismo e do sistema de representação proporcional deve ser o fio condutor da reforma política.

**Palavras-chave:** Reforma política. Sistema eleitoral. Sistema de governo. Constituição Federal.

## 1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988) reafirmou o arranjo institucional que se desenvolve no País desde o final do século XIX, a saber, república, federalismo, bicameralismo eletivo e periódico e, decorrente da Revolução de 30, proporcio-

Recebido em 21/5/18  
Aprovado em 19/6/18

nalismo. Como sistema eleitoral, adotou as diretrizes que marcam a matéria a partir da Constituição de 1946 (BRASIL, 1946) e, como sistema de governo, reiterou o presidencialismo, que existe no País desde o alvorecer da República, exceto entre os anos de 1961 e 1963.

Com a debilitação do governo militar e a busca de parâmetros democráticos, nas décadas de 1970 e 1980, o País conquistou a cidadania política e a institucionalização de uma democracia eleitoral. Coroada, em 1988, com a promulgação da CRFB, a recuperação ou inauguração de franquias eleitorais transmutaram o processo político em algo bastante distinto do restante da história do País, sensivelmente marcada pela restrição à cidadania eleitoral e por diversos fatores que não incentivavam a sua manifestação. É um longo caminho que vai do *rotten system* do Império e da República Velha à previsão constitucional, como cláusula pétreia, do “voto direto, secreto, universal e periódico”. Por sua vez, os constituintes de 1987/1988 estiveram bem cientes dos problemas da relação Executivo-Legislativo sob a égide da Constituição de 1946, como a crise de paralisia decisória que, entre outros fatores, ocasionou, em 1964, o desenlace *manu militari* do experimento democrático em curso. Assim, construíram um texto constitucional em que o Poder Executivo detém um conjunto de instrumentos para o exercício da governabilidade, conservando mesmo, em alguma proporção, a hipertrofia concedida ao Poder Executivo durante o regime militar.

No presente trabalho, descreve-se o sistema eleitoral e o sistema de governo contemplados pela CRFB e se desenvolve um esforço analítico, com o fito de marcar a evolução dos dois sistemas na vida republicana das últimas três décadas, em suas descontinuidades e

continuidades. Por fim, argumentativamente, sugerem-se condicionantes para a reforma do sistema eleitoral e do sistema de governo.

## 2. O processo constituinte, o Congresso Constituinte e a CRFB

Na esteira da convocação estabelecida pela Emenda Constitucional (EC) nº 26, de 27 de novembro de 1985 (BRASIL, 1985c), o Brasil viveu importante momento de ativação política da sociedade civil organizada, que dava continuidade ao processo de mudança política, o qual, iniciando-se em meados da década de 1970 e prolongando-se pelos anos 80, ocasionou a inflexão do regime militar, a construção de instituições representativas e multipartidárias e a promulgação de uma nova constituição (MORAES, 1998, 2011; SANTOS, 2000).

### 2.1. O sistema eleitoral

Em 1979, iniciava-se no Brasil um longo processo de elaboração de normatividade partidário-eleitoral, que chegou ao ápice, em 1988, com a CRFB. Se tal processo começara como um dos itens da agenda de reformas que o próprio regime autoritário empreendia – portanto, vinculada ao seu cronograma “lento”, “gradual” e “seguro” –, a dinâmica da transição democrática acabou por dar-lhe vida própria (VIANNA, 1986, 1989; O’DONNELL, 1988a, 1988b).

Embora substancialmente alterada por uma série de dispositivos constitucionais, leis e decretos-leis, a moldura normativa do processo partidário-eleitoral coube a dois instrumentos jurídicos básicos: a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral) (BRASIL, 1965), e a Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos) (BRASIL,



1971). Já depois de promulgada a CRFB, vieram à luz importantes diplomas legais, mormente a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos) (BRASIL, 1995), a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições) (BRASIL, 1997) e a Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (Lei da Ficha Limpa) (BRASIL, 2010). Cumpre destacar que as mudanças normativas por que passou o sistema eleitoral desde 1979 se deram, de modo geral, no sentido da ampliação de limites para o exercício da cidadania eleitoral.

O processo constituinte teve como um dos seus momentos de destaque o funcionamento da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos), instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985 (BRASIL, 1985b). O art. 169 do Anteprojeto Constitucional (BRASIL, 1986, p. 25), tratando do sistema eleitoral, consignou concernentemente às eleições para a Câmara dos Deputados um sistema eleitoral misto, “elegendo-se metade da representação pelo critério majoritário, em distritos uninominais, concorrendo um candidato por partido, e metade através de listas partidárias”. Por sua vez, a soma dos votos obtidos, em todos os distritos, pelos candidatos de cada partido deveria servir de base para a distribuição das cadeiras, de modo a assegurar, quando possível, a representação proporcional das legendas. Previa também que, se o número dessas cadeiras obtidas por um partido fosse maior do que o de deputados eleitos pelo critério majoritário, o restante das vagas seria preenchido pelos candidatos da respectiva lista, na ordem do seu registro. A seu tempo, lei complementar regularia o dispositivo, assegurando a participação de todos os filiados na escolha e no ordenamento da lista partidária.

Promulgada a CRFB, resultou o art. 45, com a seguinte redação: “a Câmara dos

Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal” (BRASIL, 1988). Ao longo do processo, no entanto, a Comissão de Sistematização adotou a sugestão da Comissão Afonso Arinos, no Substitutivo 1, “um sistema misto, majoritário e proporcional”. Já no Substitutivo 2, optou-se por um “sistema proporcional definido em lei complementar”. A partir do Projeto A do Plenário (primeiro turno), continuado no Projeto B do Plenário (início do segundo turno), no Projeto C do Plenário (final do segundo turno) e no Projeto D (Comissão de Redação Final), consagrou-se o sistema proporcional (LIMA; PASSOS; NICOLA, 2013).

## 2.2. O sistema de governo

Relatando sua experiência pessoal como membro da Comissão Afonso Arinos, Lamounier (1987, 1991) observa que, relativamente ao sistema de governo, na Comissão, além dos presidencialistas puros, isto é, aqueles que preferiam um presidencialismo mais ou menos como o da Constituição de 1946, ali se representavam parlamentaristas puros, parlamentaristas mitigados e adeptos do parlamentarismo dual. Os *parlamentaristas puros* eram aqueles que preferiam um sistema no qual o chefe de Estado fosse eleito indiretamente, talvez segundo o modelo da Alemanha. Os *parlamentaristas mitigados* aceitavam a figura de um ministro-coordenador ou um gabinete com forte influência presidencial (o modelo finlandês), mas não um primeiro-ministro que dependesse verdadeiramente da confiança parlamentar. Finalmente, havia os adeptos do *parlamentarismo dual*, a saber, aqueles que aceitavam um sistema semelhante ao francês, contanto que o mecanismo de escolha do primeiro-ministro e sua atuação fossem mais cla-

ramente parlamentaristas do que o previsto na Constituição da França. Ao fim e ao cabo, o anteprojeto da Comissão Afonso Arinos acabou por adotar um semiparlamentarismo aproximado do modelo francês.

A CRFB, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabeleceu que o eleitorado brasileiro deveria definir, por meio de plebiscito, o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo). A inclusão desse dispositivo na ordem constitucional inaugurada em 1988 foi uma espécie de prêmio de consolação para os parlamentaristas, os quais, derrotados no Congresso Constituinte, impediam assim que a questão da adoção do parlamentarismo fosse sepultada (MORAES; VERDE SOBRINHO, 2016).

O Brasil tem uma tradição presidencialista mais do que centenária, dado que inaugurada com a Constituição Federal de 1891 (BRASIL, 1891). Destarte, a centralidade da eleição presidencial – com os seus defeitos e as suas virtudes – já foi suficientemente sublinhada pela análise político-constitucional sistemática, pois marca todo o período republicano, da “política do café com leite” da República Velha aos sucessos da Revolução de 30, do regime constitucional de 1946 ao interregno militar, prosseguindo pelo experimento democrático-constitucional iniciado em 1988. A partir de 1989, as sucessões presidenciais passam, paulatinamente, a consolidar a regularidade. Talvez, excetuado o abalo institucional que foi a implantação da reelegibilidade do chefe do Executivo, 1994, 1998, 2002, 2006, 2010 e 2014 são atos de um processo que, mais e mais, naturaliza-se, mas não deixa de ser fundamental.

### **3. A CRFB e o sistema eleitoral**

A CRFB (BRASIL, 1988) estabelece que o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. O número total de deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades federativas tenha menos de oito ou mais de setenta deputados. Por sua vez, o Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário. Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três senadores, com mandato de oito anos.

O Poder Executivo é exercido pelo presidente da República, auxiliado pelos ministros de Estado. A eleição do presidente e do vice-presidente da República se realizará simultaneamente, em primeiro turno, no primeiro domingo de outubro e, em segundo turno, no último domingo de outubro - se houver - do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente. Será considerado eleito presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos. Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos. Se, antes de realizado o segundo turno, ocorrer morte, desistência ou impedimento legal de candidato, convocar-se-á, entre os remanescentes, o de maior votação. Se ainda remanescer, em segundo lugar, mais de um candidato com a mesma votação, qualificar-se-á o mais idoso.

No que se refere aos Estados, a CRFB (BRASIL, 1988) dispõe que o número de deputados da Assembleia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os deputados federais acima de doze, o que se aplica também aos deputados da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Será de quatro anos o mandato dos deputados estaduais, aplicando-se lhes as regras da CRFB, entre outros aspectos, sobre o sistema eleitoral. Por sua vez, observadas as regras do art. 77, a eleição do governador, do vice-governador do Distrito Federal e dos deputados distritais coincidirá com a dos governadores e deputados estaduais, para mandato de igual duração.

Sobre os Municípios, a CRFB (BRASIL, 1988) estabelece que a eleição do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores se dará para mandato de quatro anos, mediante pleito direto e simultâneo realizado em todo o País. A eleição do prefeito e do vice-prefeito será realizada no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato vigente, aplicadas as regras do art. 77, no caso de Municípios com mais de duzentos mil eleitores.

Quanto aos partidos políticos, o texto constitucional dispõe que lhes é assegurada autonomia para definir a sua estrutura interna e estabelecer as regras sobre a escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre a sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais,<sup>1</sup> sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

A CRFB conservou o registro eleitoral obrigatório para as pessoas com idade compreendida entre dezoito e setenta anos e, facultativamente, para os maiores de setenta anos, e ampliou esse direito para os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, e para os analfabetos.

#### 4. A CRFB e o sistema de governo

Como poderes da União, independentes e harmônicos entre si, são estabelecidos consti-

<sup>1</sup> A EC nº 97, de 4 de outubro de 2017 (BRASIL, 2017), vedou as coligações partidárias nas eleições proporcionais e estabeleceu cláusula de desempenho, a partir de 2020, para as eleições dos deputados federais.

tucionalmente o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, na esteira da tradição iniciada com a primeira constituição republicana.

O Poder Executivo é exercido pelo presidente da República, com o auxílio dos ministros de Estado, estes admissíveis e demissíveis *ad nutum*. A eleição do presidente importa a do vice-presidente com ele registrado. Os cargos de presidente e de vice-presidente da República são privativos de brasileiro nato, e os seus ocupantes devem ter a idade mínima de trinta e cinco anos. Ao vice-presidente compete substituir o presidente, no caso de impedimento, e suceder-lhe, em caso de vaga; além das demais atribuições que lhe são conferidas por lei complementar, deverá auxiliar o presidente, sempre que por ele convocado para missões especiais.

Ao presidente da República compete privativamente, entre outras, as seguintes atribuições: nomear e exonerar os Ministros de Estado; exercer a direção superior da administração federal; exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover os seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos.

No que se refere à atividade legislativa, cabe ao presidente iniciar o processo legislativo na forma e nos casos previstos constitucionalmente; sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua execução; vetar projetos de lei, total ou parcialmente. Cabe ainda ao presidente a iniciativa das leis complementares e ordinárias, na forma e nos casos previstos no texto constitucional, como as leis que fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; disponham sobre a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; criação e extinção de ministérios e órgãos da administração pública; militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva. Pode ainda o presidente editar medidas provisórias com força de lei.

Ademais, a CRFB (BRASIL, 1988) veda o aumento de despesa prevista nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, § 3º e § 4º. Tem ainda o presidente da República a prerrogativa de solicitar urgência para a apreciação de pro-

jetos de sua iniciativa, o que significa que, se a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, ficarão sobrestadas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação.

Também compete ao presidente da República manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; decretar o estado de defesa e o estado de sítio; decretar e executar a intervenção federal; conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei; nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os governadores de Territórios, o procurador-geral da República, o presidente e os diretores do Banco Central e outros servidores, quando determinado em lei; nomear parte dos ministros do Tribunal de Contas da União; nomear os magistrados nos casos previstos no texto constitucional, e o advogado-geral da União; nomear membros do Conselho da República; convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional; declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional; celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional; conferir condecorações e distinções honoríficas; permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente; enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos na Constituição; prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior; prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei.

Cabe ainda ao presidente da República<sup>2</sup> decretar a intervenção nos Estados e no Distrito Federal para manter a integridade nacional; repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; reorgani-

---

<sup>2</sup>O art. 36 da CRFB (BRASIL, 1988) estipula as hipóteses de *solicitação* do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de *requisição* do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário; ou ainda, no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, de *requisição* do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral; de *provimento de representação* do Procurador-Geral da República pelo Supremo Tribunal Federal.

zar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas na CRFB (BRASIL, 1988), dentro dos prazos estabelecidos em lei; prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

No que concerne à responsabilidade, consideram-se crimes de responsabilidade do presidente da República os atos atentatórios contra a própria CRFB e, nomeadamente, contra a existência da União; contra o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; a segurança interna do País; a probidade na administração; a lei orçamentária; o cumprimento das leis e das decisões judiciais. Na vigência do seu mandato, o presidente da República não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício das suas funções.

## **5. A dinâmica político-constitucional do sistema de governo**

Como na casa do presidencialismo também existem muitas moradas, sob a ordem constitucional de 1988 desenvolveu-se com maior sofisticação um padrão de governança que a literatura denomina “presidencialismo de coalizão”, assim batizado por Abranches (1988) e desenvolvido em substancial literatura - *v.g.*, Abranches (1988, 2014, 2015), Santos (1997), Figueiredo e Limongi (1999), Reis (2007), Power (2010), Moisés (2011) e Schier (2017). O presidencialismo de coalizão, por definição, exige da presidência da República, entre outros aspectos, o papel de equilíbrio, gestão e estabilização da coalizão; o apoio popular para a implementação das políticas públicas; a popularidade para pressionar a própria coalizão; a posse de agenda para mobilizar a atenção da maioria parlamentar e evitar a sua dispersão; o exercício de atitude proativa na coordenação política dessa maioria para dar-lhe direção e comando. Operacionalmente, o modelo institucional, construído a partir da Nova República e com variações de presidente para presidente, faz com o presidente monte a sua base de apoio concedendo ministérios a membros

dos partidos com representação no Congresso Nacional. Em contrapartida, os parlamentares proporcionam os votos necessários para a aprovação da agenda do Executivo na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

A análise sistemática da dinâmica institucional brasileira, sob a CRFB, tendo por foco o processo decisório no Congresso Nacional, encontrou na formulação das políticas públicas fonte alternativa de explicação para a interação Executivo-Legislativo. Contra as críticas em relação à hipertrofia *cum* fragilidade do presidencialismo brasileiro, surgiram evidências teóricas, empíricas e analíticas que, detalhando a operação dos mecanismos institucionais, denotam razoável grau de apoio obtido pelo presidente da República, sob a ordem constitucional inaugurada em 1988, de modo a afastar a paralisia decisória e a ingovernabilidade. As novas pesquisas – principalmente as que retiram do sistema de governo e da legislação eleitoral e partidária o foco de análise das relações Executivo-Legislativo e o direcionam para a estrutura do próprio processo decisório e do seu impacto no comportamento parlamentar e no desempenho governamental – chegaram a resultados questionadores de muito do que se afirmava sobre o sistema político nacional. Sobretudo, puseram por terra juízos que, sem a devida base empírica, orientavam parte das elites políticas a sustentar um conjunto de propostas de reforma institucional capaz de promover verdadeira *subversão pelo alto* (SANTOS, 1994; TAVARES, 1998).

A observação das regras de organização interna do Congresso Nacional e a extensão dos poderes legislativos do presidente da República permitiram que se tirassem conclusões mais pertinentes sobre o funcionamento do sistema político brasileiro e que se desse uma explicação abrangente para o sucesso do Executivo na aprovação da sua agenda legislativa, o comportamento disciplinado dos parlamentares e o apoio partidário obtido pelos diferentes governos brasileiros sob a vigência da CRFB, do primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso até, pelo menos, o primeiro governo de Dilma Rousseff. A análise da experiência presidencialista no Brasil, sob a CRFB, revelou que o Congresso não é uma instância de veto à agenda do Executivo. Aliás, conforme já chamaram a atenção Shugart e Carey (1992), não é verdade que, sob *presidencialismos* (considere-se a relevância das variações institucionais do sistema presidencial de governo), todo e qualquer parlamentar utiliza *apenas* a estratégia de agir irresponsavelmente e não cooperar com o Executivo. Este – dependendo do arranjo político-constitucional – pode dispor de recursos que induzam os parlamentares a cooperar com o governo e a sustentá-lo.

No Brasil pós-1988, observa-se que a disciplina partidária germina no seio do próprio Congresso. Mesmo admitindo que a legislação elei-

toral leve os parlamentares a cultivar uma atitude individualista, deve-se ressaltar que as políticas de cunho distributivista garantidoras desse tipo de conexão eleitoral dependem do acesso à arena decisória. Assim, o controle centralizado sobre a agenda legislativa impede que as estratégias do “voto pessoal” sejam dominantes. O controle da agenda exercido pelos líderes partidários e pelo Executivo reduz a chance de sucesso das iniciativas individuais dos deputados, dado que os líderes são capazes de reduzir suas oportunidades.

Decerto, as normas que regulam a distribuição dos recursos parlamentares dão origem a um padrão centralizado de organização do Congresso Nacional, que se harmoniza com o papel preponderante do Executivo e com os partidos políticos a estruturar esse padrão centralizado, por força regimental. Esse estado de coisas acarreta problemas que a ordem democrática tem de superar. Entretanto, a disciplina partidária verificada nas votações nominais (FIGUEIREDO; LIMONGI, 1999; LEITÃO, 2015) do Congresso Nacional refuta a tese segundo a qual a forma de governo e as leis eleitorais e partidárias são os únicos determinantes do comportamento parlamentar. Observe-se que o Executivo – do qual se origina a maioria das leis promulgadas no País – raramente tem suas proposições legislativas rejeitadas pelo Congresso, evidenciando que não existem dificuldades nem restrições intransponíveis à capacidade do Executivo para ter suas proposições transformadas em lei. De outra, o alentado número de emendas constitucionais – muitas delas de interesse do Poder Executivo –, cuja aprovação exige ritual difícil e quórum alentado, é também demonstrativo dessa capacidade governamental.

O Executivo brasileiro organiza o apoio à sua agenda legislativa em bases partidárias, em moldes muito similares àqueles encontrados em regimes parlamentaristas. O presidente da República distribui as pastas ministeriais com o objetivo de obter o apoio da maioria dos legisladores; partidos que recebem pastas são membros do governo e devem comportar-se como tal no Congresso, votando a favor das iniciativas patrocinadas pelo Executivo.

Se parte da literatura tendeu a descartar a possibilidade de que coalizões partidárias em apoio ao Executivo se formassem e funcionassem a contento sob o presidencialismo, no Brasil pós-Constituinte, os presidentes organizaram ministérios em bases partidárias, e as coalizões assim construídas funcionaram no Congresso (MENEGUELLO, 1998; FIGUEIREDO; LIMONGI, 1999; LEITÃO, 2015; SCHIER, 2017). Na verdade, como observa Moisés (2011, p. 26), “o comportamento disciplinado da maioria dos deputados e senadores brasileiros ante a orientação de coalizões majoritárias, transmitida pelos líderes de governo ou



pelos líderes partidários, quanto às decisões legislativas é amplamente conhecido”. Assim, autores como Figueiredo e Limongi (1999) e Santos (2003) mostraram que, de modo diferente do que Abranches (1988) formulara inicialmente, o País teria consolidado um sistema político capaz de assegurar não apenas a capacidade do Executivo de ter os seus projetos de lei e políticas aprovados, mas também o domínio, por parte dos presidentes, da agenda do Congresso.

Certamente, instrumento poderoso de que dispõe o Poder Executivo para afirmar sua agenda política está estabelecido pelo art. 62 da CRFB, que lhe garante a faculdade de editar, em casos de relevância e urgência, medidas provisórias com força de lei, por trinta dias, a partir do ato de sua edição. Extrapolando os requisitos constitucionais da “urgência” e da “relevância”, o uso indiscriminado do recurso às medidas provisórias constitui, de fato, delegação indiscriminada de competências, a desatar a dissolução da *ordenação democrática das funções* constitucionalmente estabelecidas em 1988, podendo, se não controlado institucionalmente, acarretar a ruptura do *núcleo essencial dos limites de competência* constitucionalmente fixado (CANOTILHO, 1992).

A visão dominante sobre os efeitos da utilização das medidas provisórias tende a pressupor que a separação de Poderes no sistema presidencialista implica a existência de interesses divergentes no Executivo e no Legislativo. Por essa razão, essas medidas são geralmente vistas como instrumentos eficazes com que o Executivo conta para superar resistências e impor sua vontade ao Congresso. Assim, governos minoritários recorreriam mais frequentemente à edição de medidas provisórias. Mas, como ressaltam Figueiredo e Limongi (1999, p. 14), “as medidas provisórias podem ser instrumentos ainda mais poderosos nas mãos de um Executivo que conte com maioria no Congresso, especialmente em governos de coalizão”, podendo funcionar como “um eficaz mecanismo de preservação de acordos e de proteção da coalizão governamental nas decisões contra medidas impopulares”.

O dado alvissareiro é que, na última década, ocorreram mudanças no que diz respeito à matéria: diminuiu a edição de medidas provisórias e o uso de regime de urgência na tramitação de projetos de lei oriundos do Executivo. Em contrapartida, aumentou a quantidade de proposições de origem parlamentar (ALMEIDA, 2015).

## 6. O “eterno retorno” da reforma política

O sistema político brasileiro atual mescla formas de representação incomuns nas democracias representativas, dado que reúne eleições

majoritárias com segundo turno, eleições majoritárias simples e eleições proporcionais. Ademais, no que concerne à Câmara dos Deputados, o sistema é marcado por uma característica peculiar: os votos preferenciais determinam completamente a ordem dos candidatos, o eleitor vota em apenas um deputado e seu voto não pode ser transferido. Talvez tenha sido Blondel (1957, p. 26) quem, já há algum tempo, melhor tenha definido a particularidade e a potencialidade do sistema proporcional no Brasil:

Votando em um candidato, de fato o eleitor indica, de uma vez, uma preferência e um partido. Seu voto parece dizer: “Desejo ser representado por um tal partido e mais especificamente pelo Sr. Fulano. Se este não for eleito, ou for de sobra, que disso aproveite todo o partido”. O sistema é, pois, uma forma de voto preferencial, mas as condições técnicas são tais que este modo de escrutínio é uma grande melhora sobre o sistema preferencial tal qual existe na França.

Na verdade, é um “modelo proporcional peculiar e diferenciado do modelo proporcional tradicional, que se assenta em listas apresentadas pelos partidos políticos” e que faz com que “o mandato parlamentar, que resulta desse sistema, afigure-se mais como fruto do desempenho e do esforço do candidato de que da atividade partidária” (MENDES, 2014, p. 713). Há pelo menos cinco opções de sistema eleitoral: três de representação proporcional (lista aberta, lista fechada e lista flexível), o sistema majoritário distrital e o sistema dito “distrital misto” (NICOLAU, 2008). Para cada modalidade, podem apresentar-se vantagens e desvantagens, tanto apontadas teoricamente quanto extraídas da experiência aqui e alhures (LIJPHART, 1995; NICOLAU, 2004; SALGADO, 2012; MACHADO, 2016).

No que concerne ao sistema de escolha dos parlamentares, de 1979 para cá se caminhou de modo hesitante entre a instituição, via inspiração do Executivo militar, do sistema distrital misto (majoritário e proporcional) – adotado constitucionalmente pela EC nº 22, de 29 de junho de 1982 (BRASIL, 1982) e revogado pela EC nº 25, de 15 de maio de 1985 (BRASIL, 1985a), e a manutenção do sistema proporcional de lista aberta, introduzido no país em 1932 e aperfeiçoado em 1935.

Na legislatura em curso (2015-2019), um conjunto de propostas de modificação do sistema proporcional veio à tona, com o voto distrital rondando as instituições representativas brasileiras. A seu favor e com argumentos diversos, aliam-se atores políticos contrapostos às surpresas episódicas oferecidas, a cada quatro anos, pelas eleições parlamentares, algumas provocadas por distorções institucionais, outras, pela própria natureza da democracia política. Foi-se mais longe, pro-

pondo-se, inclusive, o “distritão” (tecnicamente denominado “voto singular não transferível”), ou seja, o sistema que cuidaria de tornar cada Estado, nas eleições para deputado federal e deputado estadual, e cada Município, nas eleições para vereador, em uma única circunscrição ou distrito, resultando eleitos, afinal, os mais votados em ordem decrescente.<sup>3</sup> Todavia, analisando a proposta de reforma política relatada pelo deputado Vicente Cândido (PT-SP), a Câmara dos Deputados derrotou as modificações relativas ao sistema eleitoral, nomeadamente, o voto distrital misto, o “distritão” e o sistema de listas fechadas.

Aqui, contra o sistema proporcional, que está sempre sob escrutínio, alega-se que, ao propiciar a divisão das forças políticas, ocasiona dificuldades ou obstáculos para a formação de maiorias e, consequentemente, dificulta ou obstaculiza a governabilidade. Em regra, para substituí-lo, propõe-se um sistema misto e se decanta o modelo alemão como mecanismo que, ao possibilitar a formação de governos, favorece a estabilidade institucional. De modo geral, as conclusões da literatura especializada – baseadas em análises empíricas – acerca do sistema eleitoral majoritário ou distrital são opostas à tese do voto distrital, e desanimadoras. É que tal sistema tende a contribuir para o fisiologismo, possibilitando, inclusive, o abuso do poder econômico; torna paroquial a representação nacional (as “notabilidades de aldeia”, de que já se falava no Império); retira do deputado a liberdade de decidir diante de pontos de vista divergentes colocados nas casas legislativas.

No Brasil, a crise da República Populista, com o desenlace *manu militari* em 1964, foi, fundamentalmente, uma crise de paralisia decisória, oriunda da incapacidade do Executivo – frente a um Legislativo hostil – de tomar decisões políticas adequadas em relação à crescente deterioração do Estado. Entretanto, pós-1988, o processo político nacional tomou caminho diferente, fugindo da paralisação decisória e da ingovernabilidade, desenvolvendo-se o padrão de governança intitulado “presidencialismo de coalizão”, cuja pedra angular é uma relação cooperativa entre os Poderes Executivo e Legislativo e que resultou exitoso por quase duas décadas. Todavia, nomeadamente nos últimos meses do primeiro mandato e prolongando-se pelo primeiro ano do segundo mandato de Dilma Rousseff, a coalizão partidário-governamental passou por séria

---

<sup>3</sup>O atual presidente da República é voz em favor do “distritão” nas eleições proporcionais. Em artigo em *O Estado de S. Paulo*, Temer (2015, p. 2) arrolou razões jurídicas e políticas a justificarem a adoção do mecanismo. Para tanto, extrai da CRFB principiologia de decisão majoritária, a envolver as eleições para o Legislativo e o Executivo, e as decisões judiciais, que se dão por maioria. E salienta que, como ponto fora da curva, “a única exceção à determinação de que a maioria é que fala em nome do povo [...] é o critério de proporcionalidade obtido no quociente de votos”. Ademais, assevera que “entre os valores constitucionais, vontade majoritária e partido político, deve prevalecer o primeiro”, quando condena o voto proporcional e propõe o “distritão”.

crise, resultando na abertura de processo de *impeachment*, de que resultou o afastamento da presidente, a assunção interina do vice-presidente e, em seguida, a sucessão. Aqui, é preciso levantar se a questão relevante não seria a relação entre a presidência da República e o Congresso Nacional.

A história constitucional do Brasil, tanto sob a Constituição de 1946 quanto sob a CRFB, mostra que presidentes que não logram formar maioria ou a perdem não terminam o mandato, como aconteceu com Getúlio Vargas, Café Filho, Jânio Quadros, João Goulart, Fernando Collor e Dilma Rousseff. Por conseguinte, está-se diante de um problema político-institucional real: o presidente que não logra formar maioria ou a perde não termina o mandato. Como observa Octavio Amorim, em entrevista a Klein (2014), “um dos grandes desafios institucionais do Brasil é conseguir ter governos minoritários efetivos”, pois “a fórmula de sobrevivência de uma Presidência minoritária ainda não surgiu no Brasil”. Assim, merece atenção Pérez-Liñán (2016),<sup>4</sup> quando, ao analisar a conjuntura brasileira do *impeachment* presidencial recente, salientou que “las condiciones que impulsan los juicios políticos de hoy son en parte las mismas que impulsaban los golpes militares del pasado: recesión económica, movilización social y élites inescrupulosas. Pero el resultado no es igual”. No entanto, acrescenta o autor, “llamar golpistas a los amplios sectores que piden – equivocadamente [...] – la salida de Dilma por juicio político significa legitimar con un barniz mayoritario a los verdaderos golpistas brasileños, quienes reivindican todavía el golpe militar de 1964” (PÉREZ-LIÑAN, 2016).<sup>5</sup>

Na verdade, o fenômeno do presidencialismo de coalizão assoma como modalidade de governança a distinguir os anos que se seguiram à promulgação da CRFB. Destacando o papel do presidente da República, responsável, em última instância, pela continuidade ou descontinuidade da coalizão e o bom ou mau êxito da governança, tal arranjo institucional e operacional foi, em regra, exitoso no que diz respeito ao quesito governabilidade. Todavia, se foi cruel tanto pela ação desagregadora que exerce sobre os partidos políticos quanto pela ação deletéria relativa à autonomia do Congresso Nacional, não parece que o arranjo institucional se dê sem a permanência do presidencialismo de coalizão, ainda que aperfeiçoado.

---

<sup>4</sup>O mesmo Pérez-Liñán (2007) aborda, comparativamente, diversos países sul-americanos frente ao que denomina “crises presidenciais” e a emergência de recorrentes “juicios políticos”. Talvez não seja temerário esperar que, no *making constitutions* – a expressão é de Negretto (2013) – ou no *remaking constitutions*, definam-se com maior precisão o que, no presidencialismo, é o *impeachment* ou *juicio político*.

<sup>5</sup>Pode-se dizer que o fenômeno que levou à derrocada da presidente eleita em 2014 e à consequente sucessão por parte do vice-presidente, eleito na mesma chapa, constituiu-se numa exacerbação do exercício de *realpolitik*, levado a termo pelo que Pérez-Liñán (2016) denominou de “élites inescrupulosas”.

Atualmente, tramitam nas casas legislativas, entre outras, duas propostas de emenda constitucional (PECs), uma do senador Aloysio Ferreira (PSDB-SP), outra do deputado Beto Rosado (PP-RN), com prospectos de semiparlamentarismo. Ademais, o *cidadão* (segundo o cadastro da proposição no Senado Federal) Gilmar Mendes apresentou detalhada matéria com ajustes à PEC que tramita no Senado. Em linhas gerais, as proposições querem juntar aspectos do parlamentarismo com o do já longo presidencialismo brasileiro. De outra parte, tramita, desde 1997, no Supremo Tribunal Federal, ação contra a constitucionalidade de o Congresso Nacional abolir o presidencialismo. Tudo, sem contar com a candente discussão teórica, jornalística e política sobre a problemática do sistema de governo.

Mas, afinal, em que consiste o semipresidencialismo? Adotado em países como França, Portugal, Finlândia, o presidente da República (chefe de Estado) é eleito pelo voto popular e compartilha o comando do Poder Executivo com o primeiro-ministro (chefe de governo), escolhido com o aval do Parlamento. Em tal modalidade de governança, diferentemente do que ocorre no parlamentarismo puro, reserva-se ao presidente da República papel proativo, e não simplesmente protocolar, atribuindo-se-lhe a prerrogativa de nomear o primeiro-ministro e, ocasionalmente, demiti-lo, dissolver o Congresso e convocar novas eleições. Com similitudes e diferenças, como apontam as pesquisas compiladas por Elgie, Moestrup e Wu (2011), experiências semipresidencialistas, além dos exemplos da Europa Ocidental, podem ser encontradas em diversos países, no Cáucaso e na Ásia Central, no Timor-Leste, em países africanos e asiáticos, em antigas e em novas poliarquias, ou em ensaios com algum traço poliárquico. No mesmo sentido de investigação, deve ser ressaltado o esforço comparativo empreendido por Amorim Neto e Lobo (2009) sobre os experimentos semipresidencialistas em países de língua portuguesa.

De outra parte, convém salientar mais uma vez que a eleição presidencial detém centralidade ímpar na história republicana brasileira. A propósito, Linz (1991) já chamara a atenção para o que considerava ser a origem de todos os problemas do presidencialismo: o confronto de poderes, que se dá quando um presidente sem lastro parlamentar busca o apoio direto na sociedade, ou seja, a reivindicação de uma legitimidade popular superior à do Congresso. Pode-se concluir que, se tal ameaça é real no presidencialismo, pode tornar-se mais aguda no semipresidencialismo, com o deteriorar da *coabitação*, muitas vezes necessária neste último sistema.

Não há de se desconhecer a crise política vivenciada pelo país nos últimos três anos (MORAES, 2018). Há cerca de uma década, Santos

(2007, p. 61) encarecia a estabilidade de então, considerando que “o sistema político brasileiro, apesar das aparências, funciona de maneira satisfatória”, pois se tem “um sistema partidário estabilizado, com taxas de volatilidade cadentes, girando em torno de quatro a cinco partidos em equilíbrio de condições, e que expressa a pluralidade social radicada na sociedade”, além de “uma disputa presidencial mais estabilizada ainda, baseada em torno de dois blocos, um de centro-esquerda e outro de centro-direita, que se revezam e continuarão a se revezar no poder, principalmente e à medida que a radicalização dê espaço ao bom senso e à disputa em torno de uma agenda para o país”.

No calor da decisão que afastou a presidente Dilma Rousseff, entre as diversas opiniões vocalizadas, Figueiredo (2016) reiterou que as instituições representativas e de governo no Brasil – presidencialismo, federalismo, sistema proporcional de lista aberta e multipartidarismo – não constituem obstáculos para o funcionamento e a implementação de políticas públicas em governos de coalizão. Dessarte, os vinte anos de estabilidade econômica e política mostraram suficientemente a viabilidade de tal combinação institucional. O que deu errado, pois, não está nas instituições, mas no “cabo de guerra entre um governo fragilizado pelo baixo desempenho da economia e pelas denúncias de seu envolvimento em práticas corruptas e uma oposição desleal, ou seja, aquela que, segundo os manuais de ciência política, não aceita as regras do jogo”. Conclui que há de se parar com “a mania de culpar as instituições básicas de República – presidencialismo, multipartidarismo, federalismo – por crises que têm raízes sociais, econômicas e políticas” (FIGUEIREDO, 2016, p. 13).

Além disso, deve-se observar que, se o modelo brasileiro permite a pulverização do poder, maior diálogo institucional pode evitar

autoritarismos explícitos ou implícitos. Se, por um lado, pode trazer aparente ingovernabilidade, por outro, faz com que governar requiera mais habilidade no convencimento e na harmonização com o Parlamento. Trata-se apenas de controlar as formas usadas pelo chefe do Executivo para buscar esse convencimento, e não de criticar um modelo institucional que demanda o aval do parlamento eleito de forma independente (MACHADO; HERNANDEZ RIVERA, 2017).

## 7. Considerações finais

É importante registrar que, de tempos em tempos, o Brasil agita-se com fantasias de que a adoção de certas instituições pode, de uma vez por todas, resolver um conjunto extremamente vasto de deficiências e achaques do seu processo de desenvolvimento econômico, social, político e cultural.

Para refrear tal frenesi mudancista – e nem sempre se aquilutam adequadamente as consequências previsíveis do fetichismo institucional –, a literatura mais conspícua atesta que, observados comparativamente experimentos político-constitucionais, cumpre afirmar que tanto o voto proporcional quanto o presidencialismo não são intrinsecamente bons ou maus, mais ou menos democráticos, ou mais ou menos eficientes. O funcionamento satisfatório de qualquer sistema político parece dar-se muito mais em função do arranjo político-institucional mais complexo, em que se inserem, entre outros, o sistema eleitoral e o sistema de governo, do que na obtenção de alguma instituição salvadora.

Pode-se dizer que o voto, como instrumento da cidadania, ora restrita, ora ampliada, acompanha toda a evolução histórica do Brasil, da Colônia aos dias atuais, em que se

vivencia um importante experimento democrático. Em algumas épocas, foi obrigatório; em outras, facultativo; já foi censitário, econômico ou cultural; atualmente, é permitido, inclusive, aos analfabetos. Houve momentos em que as eleições foram caracterizadas por muita coerção, momentos em que se alternaram coerção e sedução; etapas com rarefeita ou com elevada participação popular. A evolução também se deu no sentido da ação de votar, ou seja, o voto falado, o voto escrito e, mais recentemente, o voto eletrônico. Todavia, desde que instituído, em 1932, o voto proporcional permitiu, paulatinamente, a afirmação da cidadania eleitoral e a consecução da democracia eleitoral. De outra parte, a centenária tradição presidencialista brasileira também sugere cautela em relação a uma mudança disruptiva. Talvez, mudanças incrementais no sistema de governo possam ser mais democráticas e eficientes.

O Brasil tem sido um laboratório no sentido da experimentação institucional. Por tudo, não é temerário concluir que a vocação do Brasil é a democracia representativa, majoritária (Executivo e Senado) e proporcional (deputados federais e estaduais, e vereadores), a última já tão bem demonstrada teórica e empiricamente, no passado e no presente. Na verdade, o sistema de voto proporcional – objeto de tanto assédio – é o que, realizados certos aperfeiçoamentos, constitui-se no melhor modelo para a institucionalização da democracia política, como o demonstra a experiência dos últimos trinta anos.

No período de vigência da CRFB, a vida política brasileira passou por muitas vicissitudes, mas – apesar da crise política de largo espectro vivenciada – vem sendo construído um experimento que coloca o País no caminho das democracias. De fato, a dimensão “estruturante” que o texto constitucional atribui ao princípio democrático-político possibilitou que, no seu marco, se realizasse o processo de mudança política, com a construção de instituições representativas e multipartidárias, a restauração da separação dos Poderes e a reconstrução do federalismo.

Evidentemente, identificam-se distorções no funcionamento das instituições políticas brasileiras, cabendo muitas vezes modificá-las para que se evitem consequências negativas, como a difusão da ideia da “antipolítica”, que semeia o sentimento de que o exercício da política está associado, sempre, à corrupção. Todavia, o ensaio de democracia que se experimenta desde os meados da década de 1980 apresenta êxito. O processo político brasileiro, embora enfrente problemas e dilemas, tem caminhado no sentido de evitar os conflitos disruptivos que marcaram perversamente a evolução político-constitucional anterior a 1988.

De fato, o Brasil nunca foi tão democrático como agora, e o espectro que ronda a estabilidade do processo democrático não é o da entropia.

O que se tem de fazer é superar as condições de pobreza, desigualdade, exclusão social e os dramáticos níveis de criminalidade e violência, e buscar meios para reforçar o apoio atitudinal à democracia. Por tudo, parece que o aperfeiçoamento – por meio de mudanças incrementais – do presidencialismo e do sistema de representação proporcional, que são elementos já tradicionais na política brasileira, deve ser o fio condutor da reforma política. E tudo pode ser realizado no marco do texto constitucional de 1988.

### **Sobre os autores**

Filomeno Moraes é doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; livre-docente em Ciência Política pela Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; professor titular do programa de pós-graduação em Direito Constitucional, mestrado e doutorado, da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, CE, Brasil; líder do Grupo de Pesquisa “Estado, Política e Constituição” (CNPq/UNIFOR), Fortaleza, CE, Brasil.

E-mail: filomenomoraes@uol.com.br

Raquel Machado é doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professora do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; líder do Grupo de Pesquisa “Educação para a cidadania: denúncia e esperança”, Fortaleza, CE, Brasil.

E-mail: raquelramosmachado@gmail.com

### **Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>6</sup>**

ELECTORAL SYSTEM AND SYSTEM OF GOVERNMENT UNDER THE CONSTITUTION OF 1988: DILEMMA OF CONTINUITY AND CHANGE

**ABSTRACT:** Although political reform is a recurring theme on the Brazilian agenda, the political crisis, as well as the experience of a new impeachment process, have accentuated the debate, with criticisms mainly of the open list proportional representation system and presidentialism. In the present work, we analyse these systems. The fallibilism method was used, through which one tried to expose ideas considering their possible counterpoints, in a critical bibliographical research. As a result, it was verified that the criticism of the Brazilian model stems from a conjunctural political crisis, and that despite being able to undergo improvements, it worked well for thirty years of validity of the Constitution. In addition, both the systems are more democratic in the Brazilian context. As a conclusion, it was found that the improvement – by incremental changes – of presidentialism and the proportional representation system should be the guiding thread of political reform.

**KEYWORDS:** POLITICAL REFORM. ELECTORAL SYSTEM. SYSTEM OF GOVERNMENT. FEDERAL CONSTITUTION.

---

<sup>6</sup>Sem revisão do editor.



## Como citar este artigo

(ABNT)

MORAES, Filomeno; MACHADO, Raquel. Sistema eleitoral e sistema de governo sob a Constituição de 1988: dilema da continuidade e da mudança. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 219, p. 133-154, jul./set. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p133](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p133)>.

(APA)

Moraes, F., & Machado, R. (2018). Sistema eleitoral e sistema de governo sob a Constituição de 1988: dilema da continuidade e da mudança. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(219), 133-154. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p133](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p133)

## Referências

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.

\_\_\_\_\_. Os ciclos do presidencialismo de coalizão. *Ecopolítica: ensaios*, [S.l.], 2014. Disponível em: <[https://www.academia.edu/6411308/Os\\_Ciclos\\_do\\_Presidencialismo\\_de\\_Coaliz%C3%A3o](https://www.academia.edu/6411308/Os_Ciclos_do_Presidencialismo_de_Coaliz%C3%A3o)>. Acesso em: 4 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Crises políticas no presidencialismo de coalizão. *Sérgio Abranches*, [S.l.], 21 dez. 2015. Disponível em: <<http://sergioabranches.com.br/politica/118-crisis-politicas-no-presidencialismo-de-coalizao>>. Acesso em: 4 jul. 2018.

ALMEIDA, Acir. Processo legislativo: mudanças recentes e desafios. *Boletim de Análise Político-Institucional*, Brasília, n. 7, p. 45-50, jan./jun. 2015. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/boletim\\_analise\\_politico/150714\\_boletim\\_analisepolitico\\_07.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/boletim_analise_politico/150714_boletim_analisepolitico_07.pdf)>. Acesso em: 4 jul. 2018.

AMORIM NETO, Octavio; LOBO, Mariana Costa (Org.). *O semipresidencialismo nos países de língua portuguesa*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2009.

BLONDEL, Jean. *As condições da vida política no estado da Paraíba*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1957.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891.

\_\_\_\_\_. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 19 set. 1946.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 jul. 1965.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971. Lei Orgânica dos Partidos Políticos. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 jul. 1971. [Revogada].

\_\_\_\_\_. Emenda constitucional nº 22, de 29 de junho de 1982. Altera e acrescenta dispositivos à Constituição federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 jul. 1982.

\_\_\_\_\_. Emenda constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985. Altera dispositivos da Constituição federal e estabelece outras normas constitucionais de caráter transitório. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 maio 1985a.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985. Institui a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 jul. 1985b.

\_\_\_\_\_. Emenda constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. Convoca Assembléia Nacional Constituinte e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 nov. 1985c.

\_\_\_\_\_. Anteprojeto constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 set. 1986. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 4 jul. 2018.

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

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

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

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências... *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Emenda constitucional nº 97, de 4 de outubro de 2017. Altera a Constituição federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário... *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

ELGIE, Robert; MOESTRUP, Sophia; WU, Yushan (Ed.). *Semi-presidentialism and democracy*. Londres: Palgrave Macmillan, 2011.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1999.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. O que deu errado? Não culpemos as instituições. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, p. 13, 13 maio 2016.

KLEIN, Cristian. Presidentes sem maioria não terminam o mandato (conversa com o cientista político Octavio Amorim). *Valor Econômico*, São Paulo, 12 set. 2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br>>. Acesso em: 4 jul. 2018.

LAMOUNIER, Bolívar. Os trabalhos da "Comissão Afonso Arinos". In: FORTES, Luiz Roberto Salinas; NASCIMENTO, Milton Meira do (Org.). *A Constituinte em debate*. São Paulo: Sociedade de Estudos e Atividades Filosóficas, 1987. p. 83-99.

\_\_\_\_\_. Rumo ao parlamentarismo?. In: LAMOUNIER, Bolívar (Org.). *A opção parlamentarista*. São Paulo: Idesp Sumaré, 1991. p. 13-59.

LEITÃO, Rômulo Guilherme. *Partidos políticos e redemocratização brasileira*. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

LJPHART, Arend. *Sistemas electorales y sistemas de partidos*. Tradução de Fernando Jiménez Sánchez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

LIMA, José Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal, 2013.

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

MACHADO, Raquel. *Curso de direito eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2016.

MACHADO, Raquel; HERNANDEZ RIVERA, Laura Nathalie. Democratização na era digital: desafios de um diálogo consciente e igualitário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 601-616, 2017.

MENDES, Gilmar. Os direitos políticos na Constituição. In: MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 701-799.

MENEGUELLO, Rachel. *Partidos e governos do Brasil contemporâneo, 1985-1997*. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

MOISÉS, José Álvaro. Desempenho do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão (1995-2006). In: \_\_\_\_\_. (Org.). *O papel do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011. p. 7-29.

MORAES, Filomeno. *A construção democrática*. Fortaleza: UFC, Casa José de Alencar, 1998.

\_\_\_\_\_. *Constituição econômica brasileira: história e política*. Curitiba: Juruá, 2011.

\_\_\_\_\_. Constitucionalidade e realidade política no Brasil: a propósito da Constituição federal de 1988. In: SILVEIRA, Alessandra (Coord.). *Interconstitucionalidade: democracia e cidadania de direitos na sociedade mundial – atualização e perspectivas*. Braga: FCT; Unio, 2018. v. 2, p. 17-35. Disponível em: <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/54595/1/UNIO-CONPEDI%20E-book%202017%20VII.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

MORAES, Filomeno; VERDE SOBRINHO, Luís Lima. Quedas democráticas de governo: o *impeachment* no presidencialismo brasileiro comparado ao voto de desconfiança nos sistemas parlamentaristas. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 21, n. 21, p. 45-71, dez. 2016. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/906/480>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

NEGRETTO, Gabriel L. *Making constitutions: presidents, parties, and institutional choice in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2013.

NICOLAU, Jairo. *Sistemas eleitorais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2004.

\_\_\_\_\_. Cinco opções, uma escolha: o debate sobre a reforma do sistema eleitoral no Brasil. In: MULHOLLAND, Timothy; RENNÓ, Lúcio R. (Org.). *Reforma política em questão*. Brasília: Ed. UnB, 2008. p. 129-141.

O'DONNELL, Guillermo. Transições, continuidades e alguns paradoxos. In: REIS, Fábio Wanderley; O'DONNELL, Guillermo (Org.). *A democracia no Brasil: dilemas e perspectivas*. São Paulo: Vértice, 1988a. p. 41-71.

\_\_\_\_\_. Hiatos, instituições e perspectivas democráticas. In: REIS, Fábio Wanderley; O'DONNELL, Guillermo (Org.). *A democracia no Brasil: dilemas e perspectivas*. São Paulo: Vértice, 1988b. p. 72-90.

PÉREZ-LIÑAN, Anibal. *Presidential impeachment and the new political instability in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2007.

\_\_\_\_\_. Brasil: es preciso repensar el juicio político. *Clarín*, [Buenos Aires], 25 abr. 2016. Disponível em: <[http://www.clarin.com/opinion/Brasil-preciso-repensar-juiciopolitico\\_0\\_1564643616.html](http://www.clarin.com/opinion/Brasil-preciso-repensar-juiciopolitico_0_1564643616.html)>. Acesso em: 5 jul. 2018.

POWER, Timothy. Optimism, pessimism, and coalitional presidentialism: debating the institutional design of Brazilian democracy. *Bulletin of Latin America Research*, Oxford, v. 29, n. 1, p. 18-33, 2010.

REIS, Bruno P. W. O presidencialismo de coalizão sob pressão: da formação de maiorias democráticas à formação democrática de maiorias. *Plenarium*, Brasília, v. 4, n. 4, p. 80-103, maio 2007.

SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Sistemas eleitorais: experiências iberoamericanas e características do modelo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 139-172.

SANTOS, Fabiano. Patronagem e poder de agenda na política brasileira. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, p. 465-491, 1997.

\_\_\_\_\_. Escolhas institucionais e transição por transação: sistemas políticos no Brasil e Espanha em perspectiva comparada. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 4, p. 637-669, 2000.

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

\_\_\_\_\_. Agenda oculta da reforma política. *Plenarium*, Brasília, v. 4, n. 4, p. 60-69, maio 2007.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Retorno: máscaras institucionais do liberalismo oligárquico*. Rio de Janeiro: Opera Nostra, 1994.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Presidencialismo de coalizão: contexto, formação e elementos na democracia brasileira*. Curitiba: Juruá, 2017.

SHUGART, Matthew Soberg; CAREY, John M. *Presidents and assemblies: constitutional design and electoral dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

TAVARES, José Antônio Giusti. *Reforma política e retrocesso democrático: agenda para reformas pontuais no sistema eleitoral e partidário brasileiro*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1998.

TEMER, Michel. O “distritão”. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, p. 2, 14 dez. 2015.

VIANNA, Luiz Werneck. *Travessia: da abertura à Constituinte*. Rio de Janeiro: Taurus, 1986.

\_\_\_\_\_. *A transição: da Constituinte à sucessão presidencial*. Rio de Janeiro: Revan, 1989.

# O regime constitucional da segurança pública

Dos silêncios da Constituinte às deliberações do Supremo Tribunal Federal

MARIA PIA GUERRA

ROBERTO DALLEONE MACHADO FILHO

**Resumo:** O artigo analisa historicamente a construção legislativa e jurisprudencial da atual organização da segurança pública no Brasil, no intuito de estabelecer balizas para a definição do seu regime constitucional e democrático. A Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 inovou ao incluir no texto constitucional um capítulo próprio sobre segurança pública. O conteúdo, no entanto, reproduziu o modelo criado pelo regime militar (1964-1985), apenas parcialmente alterado pelo governo de transição. Os três Poderes têm sido instados a dar soluções para os dilemas daí decorrentes, relativos à descentralização associada ao engessamento institucional – traduzida, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pelo conceito de taxatividade do artigo 144 da Constituição de 1988, a ser objeto de uma definição em diversas ações ainda não julgadas. Importa neste momento, além da definição da taxatividade, estabelecer critérios para o exercício da função policial.

**Palavras-chave:** Assembleia Nacional Constituinte. Constituição de 1988. Segurança pública.

## 1. Introdução

Os trinta anos passados desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988) permitem uma distância interessante para identificar as continuidades e rupturas do texto constitucional em relação ao seu passado, assim como os limites e as possibilidades do texto constitucional em relação ao seu futuro.

Recebido em 21/5/18

Aprovado em 5/6/18

Um balanço destes trinta anos – tanto quanto qualquer estudo em perspectiva diacrônica – abre-se não apenas para o passado, como também para o futuro.

Neste artigo, propomo-nos analisar a construção do regime constitucional de segurança pública com base no modelo adotado em 1988. O tema interessa-nos por dois motivos. Primeiro, pela escassez de estudos sobre a segurança pública sob viés constitucional, decorrência de um fechamento próprio do espírito de corpo dos órgãos policiais (OLIVEIRA JUNIOR, 2011), de uma orientação penal-judiciária dos currículos das faculdades de Direito (LIMA, 2010) e de uma tardia criação de campo de saberes sobre a segurança no Brasil (LIMA; BUENO; MINGARDI, 2016). Em que pese terem os constituintes, pela primeira vez, inserido um capítulo próprio sobre segurança pública no texto constitucional, há ainda, como disse o ministro Gilmar Mendes, “um tipo de política constitucional que precisa ser definida” (BRASIL, 2011, p. 38). Segundo, em virtude da existência, na Assembleia Nacional Constituinte (ANC), de uma dinâmica própria de constitucionalização que alçou textos da legislação ordinária ao âmbito constitucional. O resultado é uma forma de interpretação nas esferas legislativa e judicial que, inversamente, analisa a CRFB à luz da legislação ordinária. Essa dinâmica pode ser percebida no processo de criação e efetivação do capítulo sobre segurança pública: as regras infraconstitucionais do regime de 1964-1985 foram transcritas, com exceções, no texto constitucional, depois novamente transcritas – em alguns casos em sua totalidade, desconsiderando mesmo as exceções constitucionais – na legislação ordinária do período democrático. Suspeitamos, para futuros estudos, de que a dinâmica possa também ser identificada em outras temáticas, tal como

a organização da administração direta e indireta, com repercussões na teoria e na prática constitucional brasileira.

O texto está dividido em três partes. Na primeira, identificaremos as principais mudanças na segurança pública promovidas pelo regime autoritário de 1964 a 1985, em especial a opção por um modelo federalizado e a militarizado. Na segunda, analisaremos os debates da Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e da Segurança da ANC, associando as permanências e as modificações – relativas à federalização e ao controle – à atuação dos grupos de interesse. Na terceira, buscaremos, de modo relativamente inédito, reconstruir o percurso histórico de modificação e interpretação do artigo 144 da CRFB, analisando os desafios pendentes para uma definição democrática e constitucional do regime institucional da segurança pública.

## **2. Premissas: breve descrição do modelo legado pelo regime militar**

As principais reformas na organização da segurança pública ocorreram durante o regime militar, particularmente entre 1967 e 1970. Até então, a segurança pública era matéria de competência estadual e de organização preponderantemente civil. Segundo a Constituição de 1946 (BRASIL, 1946), cabiam à União a defesa externa e a organização das Forças Armadas, ao passo que incumbia aos Estados a defesa interna e organização das polícias. O interesse pelo tema ressurgiu por influência da Doutrina de Segurança Nacional (DSN), que expandiu o conceito original de *inimigo* para incluir não apenas o estrangeiro, mas também o *nacional propagador de ideologias exógenas* infiltrado na sociedade (COIMBRA, 2000). Defender a sociedade,

uma atribuição tipicamente policial, passou a ser responsabilidade das Forças Armadas.

Naqueles anos, portanto, a segurança foi (a) federalizada e (b) militarizada por uma série de atos normativos, (c) os quais foram apenas parcialmente revogados durante a redemocratização. Por federalização (OLIVEIRA, 1976), entendemos o processo de tomada do controle da matéria pelo governo federal. A direção e o controle foram absorvidos pela esfera federal, ainda que a manutenção e a execução direta tenham sido mantidas em mãos dos Estados. Por militarização entendemos o processo de espelhamento das polícias em relação ao modelo militar, uma consequência da simbiose então existente entre governo federal e Forças Armadas.

Inicialmente, o governo instituiu mecanismos de controle federal informal, como o aval para os nomes indicados às secretarias de segurança pública, condição para a posse de governadores (SALLUM JUNIOR, 1996). Em seguida, uma sequência de decretos-leis modificou a estrutura formal: (i) criou a Inspeção Geral das Polícias Militares (IGPM) (Decreto-lei nº 317/1967) (BRASIL, 1967), responsável pela normatização, orientação e fiscalização das polícias militares em todo o País, destinada, nas palavras do inspetor general de brigada Augusto Pereira, a ser o “elo entre a federação e os Estados” que garantiria a execução nos marcos da DSN (SÃO PAULO, 1969a); (ii) exigiu aceite do ministro da Guerra para a nomeação de secretários de segurança (Decreto-lei nº 317/1967); (iii) deu *status* militar ao cargo de comandante das polícias militarizadas (Decreto-lei nº 11/1966, Decreto nº 57.775/1966) (BRASIL, 1966a, 1966b), determinando também que fossem nomeados generais, apenas excepcionalmente membros da corporação em último grau da carreira, mediante aceite da IGPM (Decreto-lei nº 317/1967), exigência intensificada, a seguir, para aceite do ministro do Exército (Decreto-lei nº 667/1969) (BRASIL, 1969a); (iv) determinou ainda a participação das Forças Armadas no planejamento, execução operacional, definição de material bélico e localização das unidades policiais militares (Decreto nº 66.862/1970) (BRASIL, 1970). O resultado, além de uma possível padronização nacional, foi a criação de uma dupla cadeia de comando das polícias entre os governadores e as Forças Armadas, que na ditadura se resolvia em favor da última.

É interessante notar que esse processo de federalização foi também de burocratização, que instituiu mecanismos mais gerais de coordenação, aparelhamento e controle no âmbito estadual. Tomando como exemplo o caso de São Paulo, cujo governo ampliou a remuneração e o número de cargos da polícia militar paralelamente à sua criação (Decretos-leis estaduais nºs 218/1970 e 141/1969) (SÃO PAULO,

1969b, 1970b), criou a delegacia geral da polícia civil para coordenação (Decreto estadual nº 52.213/1969) (SÃO PAULO, 1969c), criou o departamento estadual de polícia científica (Decreto estadual nº 5.821/1975) (SÃO PAULO, 1975), deu critérios técnicos para distribuição de efetivos da polícia civil (Decreto estadual nº 52.213/1969) e permitiu a remoção por interesse público apenas para agentes, não para delegados, uma vitória corporativa da nascente associação de delegados (Lei estadual nº 207/1979) (SÃO PAULO, 1979). Também organizou alguns órgãos de controle. Até 1964 as investigações de infrações de conduta de policiais ocorriam de modo descentralizado e assistemático, pelo serviço disciplinar de polícia (Decreto estadual nº 25.440/1956 e Lei estadual nº 199/1948) (SÃO PAULO, 1948, 1956), pelas comissões de correição para a polícia civil e pelos conselhos de disciplina para a Força Pública (SÃO PAULO, 1967). Em 1968, o governo estadual criou a corregedoria geral de polícia, para investigar as infrações que envolviam membros de mais de uma organização policial e que não poderiam, portanto, ser adequadamente investigadas por órgãos de controle internos. E em 1977 criou a corregedoria de polícia civil, para centralizar as sindicâncias referentes a membros da polícia civil, a qual oscilou, porém, entre uma vinculação ao secretário de segurança pública e o delegado geral de polícia, indicando, na realidade, disputas internas por autonomia do órgão policial (Lei Orgânica da Polícia de São Paulo e Decretos estaduais nºs 49.884/1968 e 52.213/1969) (SÃO PAULO, 1968, 1969c).

Esses elementos de organização da burocracia policial, embora elogiáveis, eram insuficientes em ao menos dois sentidos. Primeiro, reduziam-se a um modelo de “maçãs podres”, que buscava identificar e responsabilizar internamente os desvios individuais inaceitáveis. Dessa forma, não previam um sistema de controle integrado, com órgãos de controle interno e externo, nem desenvolviam incentivos institucionais para a adequação de toda corporação ao Estado de direito. Segundo, porque conviveram com a sistematização da repressão e tortura, seja por meio de órgãos clandestinos, como Operação Bandeirantes e os DOI-CODI, que tinham participação dos órgãos policiais, seja por medidas polêmicas como gratificações por ato de bravura (Lei estadual nº 207/1979), que incentivavam operações de combate e haveriam de ser, nos anos 1990, bastante criticadas pelos impactos negativos no aumento da violência policial.

Os diplomas normativos federais previam também a militarização da segurança: (i) ampliaram o escopo de atuação das polícias para a persecução de “atividades subversivas, terrorismo e ações de bandos armados nas guerrilhas rurais e urbanas” (Decreto nº 66.862/1970) (BRASIL, 1970); (ii) atribuíram às polícias militarizadas a competência para o



policimento ostensivo, que se faz nas ruas em contato direto com a população (Decreto-lei nº 317/1967 e Decreto nº 1.072/1969) (BRASIL, 1969b); (iii) e, principalmente, determinaram a extinção das guardas civis e a criação de polícias militares em todos os Estados (Decreto nº 1.072/1969).

A militarização foi um processo de amadurecimento interno às Forças Armadas. Tomando novamente como exemplo o Estado de São Paulo, até 1964 o policiamento ostensivo era exercido prioritariamente pela Guarda Civil, que detinha a atribuição de policiamento dos grandes centros urbanos, deixando à Força Pública o policiamento do interior do Estado, das áreas adjacentes aos quartéis e das situações de conflito que requeriam polícia de choque (BATTIBUGLI, 2006, p. 53; SYLVESTRE, 1985). Em 1967, embora o policiamento ostensivo tenha sido entregue à Força Pública, permaneceu não exclusivo (Decreto-lei nº 317/1967). Em consulta, o próprio II Exército informou que não caberia falar em exclusividade a favor das polícias militarizadas (SYLVESTRE, 1985), o que se explica, possivelmente, pela grande reação das guardas civis, que, no Estado de São Paulo, mobilizaram esforços em negociações na Assembleia Legislativa durante a elaboração da Constituição Estadual e da Lei Orgânica de Polícias. Somente em 1969 a exclusividade foi definida, de modo impositivo e verticalizado, superando tratativas que ocorriam entre as organizações no âmbito estadual (Decreto nº 1.072/1969). Poucos meses depois foi criada a Polícia Militar do Estado de São Paulo (PMESP), resultante da fusão da Guarda Civil com a Força Pública, com notória prevalência da última (Decreto-lei estadual nº 217/1970) (SÃO PAULO, 1970a).

O processo de redemocratização do País atingiu apenas parcialmente o sistema de segurança pública.

Primeiro porque as críticas à arbitrariedade do regime militar concentraram-se na repressão política a seus opositores, promovida pelos órgãos de tortura clandestinos (PINHEIRO, 1991). Tais críticas estenderam-se em grau apenas reduzido à repressão violenta e cotidiana dos órgãos policiais, fossem ou não militarizados, algo que pode ter origem numa naturalização da violência própria da sociedade brasileira (BENEVIDES, 1983), mas que foi intensificada pela coincidência temporal, nos anos 1980, entre o fim do regime militar, a grave crise econômica e social e o aumento expressivo das taxas de criminalidade, em especial do roubo e do homicídio (CALDEIRA, 2000).

Segundo porque as críticas ao sistema de segurança pública concentraram-se nos malefícios da federalização, decorrência de uma aversão social ao autoritarismo que foi ressignificada, muito pelo fortalecimento dos governadores após as eleições de 1982, como aversão à concentra-

ção de poderes na esfera federal (SALLUM JUNIOR, 1996). Uma nova leva de diplomas legais, portanto, devolveu aos governadores a competência para a direção e o controle das polícias estaduais: (i) definiu que o oficial do Exército em exercício na função de comandante da PM passaria à disposição dos governadores pelo prazo de dois anos (Decreto nº 82.020/1978) (BRASIL, 1978); (ii) determinou que o exercício do comando das PMs fosse atribuído preferencialmente a oficial da ativa do último posto da corporação (Decreto-lei nº 2.010/1983) (BRASIL, 1983); e (iii) restringiu o controle direto do Exército às operações de defesa interna e defesa territorial, como convocação de guerra e calamidade pública (Decreto nº 88.777/1983) (BRASIL, 1983c).

Tal devolução, no entanto, manteve dispositivos que autorizaram a permanência ou retomada de um controle pelas Forças Armadas: (i) vinculou o comando da Polícia Militar ao comando do Exército em casos de perigo à ordem pública (Decreto nº 88.777/1983); (ii) incluiu a Polícia Militar, em “seus aspectos de organização, legislação, efetivos, disciplina, ensino, adestramento e material bélico”, no sistema de informações do Exército (Decreto nº 88.777/1983); e (iii) rescindiu, pouco antes da posse dos governadores de oposição, os convênios que compartilhavam com as polícias estaduais a competência para repressão política, formalmente atribuída às polícias federais, não sem antes, porém, enviar aos órgãos federais, que estavam fora do alcance da oposição política, o arquivo e o pessoal antes alocados nos Estados (GÓES, 1998; BRASIL, 1983b).

Os limites dessa forma de redemocratização são bem explicados por Arretche (1996), que observa que a gestão democrática é definida pela vinculação a princípios democráticos, independentemente do nível de governo. A descentralização não foi acompanhada de reformas estruturais, já que mesmo as tentativas de alguns governadores de oposição, como André de Franco Montoro em São Paulo e Leonel Brizola no Rio de Janeiro, tiveram sucesso limitado. No caso de São Paulo, o ambicioso projeto de Montoro para a segurança pública divulgado na campanha eleitoral foi adaptado e mitigado logo após a posse.<sup>1</sup> Substituiu as medidas de reforma das corregedorias – que alcançariam os integrantes na ativa – por medidas de reformas do currículo e da estrutura das academias de polícia, que alcançariam de modo mais intenso apenas os futuros membros. Omitiu quaisquer medidas de *vetting* – expurgo de

---

<sup>1</sup> O projeto identifica seis áreas prioritárias: estrutura da polícia civil, controle e saneamento, condições de trabalho, combate à criminalidade, soluções federais e novos rumos para a polícia militar (MINGARDI, 1992). Previa medidas para as prisões para averiguação, controle excessivamente burocrático, o despreparo na investigação e ineficiência da existência de duas polícias. Destacavam-se o fortalecimento da corregedoria, as medidas de “inteligenciamento”, o fim da tortura nas investigações e a estabilidade para delegados.

oficiais envolvidos em práticas de repressão – em nome da eficiência da administração e, provavelmente, da pacificação de conflitos internos.<sup>2</sup> Também não foi capaz de reequipar as polícias e reduzir a defasagem salarial, que seria postulada em 1988 por meio de inédita greve da PMESP, tendo em vista as limitações orçamentárias decorrentes da crise econômica. A falta de apoio, que pode ser medida pelas sucessivas trocas de secretários de segurança durante o governo (MINGARDI, 1992, p. 152), levou ao abandono do projeto. Dessa forma, as reformas da redemocratização restringiram-se à descentralização.

### 3. O modelo adotado pela Constituição de 1988

Essa breve descrição do modelo de segurança criado pelo regime militar, apenas parcialmente alterado durante a redemocratização, é pressuposto para compreender o sentido e os limites do modelo de segurança instituído pela CRFB.

A ANC só pode ser adequadamente entendida no contexto da transição, no processo de influências recíprocas de dissolução do regime militar, de mudança de regime político e de criação de uma sociedade democrática. Por certo, a agenda constituinte é complexa e multifacetada e não se esgota nos dilemas transicionais de opção por um novo regime político-jurídico. A ANC, em particular, adquiriu uma dinâmica própria que a afastou dos arranjos da transição em sua fase inicial, rumando de uma *liberalização* controlada para uma *democratização* disputada (SALLUM JUNIOR, 1996). Também produziu uma dinâmica nova que transmitiu à Nova República, tanto pelo rearranjo formal das instituições como pelo realinhamento dos grupos políticos (GOULART, 2013). Ainda assim, a ANC foi limitada e até certo ponto condicionada por seu ponto de partida: a transição de um regime autoritário.

Isso é particularmente relevante para o campo da segurança pública. A ANC não produziu um novo modelo de segurança: tendo como ponto de partida as regras existentes, aprimoradas por um debate público qualificado, ela constitucionalizou o modelo anterior. Conferiu os atributos de supremacia e rigidez constitucional às regras criadas pelo regime militar, parcialmente modificadas, somente no que se refere à descentralização federativa, pelos governos de transição. Cristalizou um modelo

---

<sup>2</sup>Nas palavras do então governador: “Na situação de penúria, o Conselho não poderia prescindir de nenhum policial, portanto ele não passaria sua administração vasculhando o passado, mas queria que todos, os bons e os que foram maus, tivessem uma oportunidade de concorrer conosco para o bem comum [...] o passado só seria questionado emergencialmente” (MINGARDI, 1992, p. 99).

problemático, pois a um só tempo descoordenado e engessado; omissivo no que se refere às competências do governo federal e aos mecanismos de controle e responsividade; excessivamente detalhado e, assim, proibitivo, no que se refere à capacidade de os Estados adaptarem o arranjo às suas especificidades e interesses; reducionista na concepção de um sistema de segurança jurídico-penal, adstrito às funções de prender-julgar-punir, que pouco se atém às funções político-administrativas e à necessária articulação institucional entre os seus integrantes.

Esse resultado explica-se pela participação dos grupos de interesse na ANC, os quais estrategicamente orientaram sua atuação por demandas históricas, buscando consolidar posições adquiridas no período anterior e conquistar novas prerrogativas então disputadas pelos diversos órgãos de segurança. A atuação estratégica, que é parte do jogo político, ao ser conjugada com o jogo constitucional, obteve efeitos diferenciados na ANC. Seria ingênuo idealizar um espaço de deliberação política que não fosse formado no embate de distintos interesses e visões de mundo. Seria também ingênuo, porém, não reconhecer que alguns interesses obtiveram naquele momento uma vitória diferenciada porque qualificada pela rigidez constitucional. À época, o jornal *Folha de S.Paulo* revelou seu incômodo com o que denunciava ser o perigo do corporativismo, afirmando: “Não se pode fazer do arranjo institucional democrático do país um veículo para consagrar, com a aura inatingível do texto constitucional, mecanismos que atendam a alguns em detrimento dos interesses de todos” (FOLHA DE S.PAULO, 1986). Independentemente do acerto do texto final – se atendia apenas ao interesse de alguns ou se era benéfico também ao restante da sociedade –, o fato é que o detalhamento, que aqui problematizamos, decorreu de uma atuação organizada e de um debate restrito às corporações policiais.

O fechamento do debate público relativo à segurança não é uma exclusividade do Brasil. Organizações policiais são dotadas de um tradicional *espírito de corpo*, moldado, entre outros elementos, pela exposição compartilhada a situações de conflito, pela desvalorização social do policial, pela repetição de medidas simbólicas de autoafirmação (uniformes e fardas, passagens de comando, formaturas), as quais influenciam as expectativas do público e produzem uma visão de que “só o policial é capaz de entender o serviço de polícia” (BITTNER, 1970 apud OLIVEIRA JUNIOR, 2011, p. 79). Para o Brasil, porém, é possível dizer que foi particularmente intenso, em decorrência de uma prática institucional histórica de insulamento social das políticas de segurança (ROCHA, 2013), que ia da inexistência de um sistema de controle externo (GUERRA, 2016) à pouca sistematização das informações

e estatísticas, seja por preferência de uma organização insulada, seja por resistência ao ônus político do reconhecimento da insegurança (LIMA, 2005).

O tema foi deixado à Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e da Segurança, parte da Comissão de Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, que reunia majoritariamente os representantes dos órgãos militares e de segurança e facilitava, assim, a composição dos votos (FONTOURA; RIVERO; RODRIGUES, 2009, p. 193). Das audiências públicas organizadas, participaram 22 convidados, dos quais 21 se vinculavam às organizações policiais ou às Forças Armadas e apenas Márcio Thomas Bastos, presidente da OAB, exclusivamente era ligado à sociedade civil.

Entre os participantes, a Associação Nacional dos Delegados de Polícia (ADEPOL) conquistou a limitação da carreira de delegado a bacharéis e a confirmação da competência para a investigação e inquérito policial (art. 144, § 4º, da CRFB), mas teve restringida a sua atribuição de determinar autonomamente a prisão, uma das alterações mais importantes no campo da segurança pública após 1988 (LIMA; BUENO; MINGARDI, 2016). A limitação da carreira a bacharéis em Direito foi defendida à época como forma de profissionalização e contenção da ingerência política na polícia, em argumentação que equiparava delegados e magistrados para aquela e outras prerrogativas. Atualmente, recebe críticas de alguns autores por considerarem-na insuficiente para a criação de redes de saber profissional e reducionista quanto às muitas funções de administração da segurança para além do processo penal (BONELLI, 2003). A competência para a condução do inquérito policial foi defendida em face das críticas de policiais militares, que denunciavam abuso de poder e sugeriam o compartilhamento da função de investigação (BRASIL, 1987d, p. 105), contra críticas de membros do Ministério Público, que pediam a ampliação do conceito de investigação, assim como contra propostas de criação de juizados de instrução criminal em que atuariam juízes em supervisão aos delegados. Esta última proposta foi rejeitada também por representantes da magistratura nacional, segundo os quais não existiriam juízes em número suficiente nem candidatos aptos a integrar a carreira (MAGALHÃES, 1987).

Os representantes das polícias militares conquistaram sua própria sobrevivência institucional, bem como a confirmação da competência exclusiva para o policiamento ostensivo (art. 144, § 5º, da CRFB). O anteprojeto da Comissão Afonso Arinos havia proposto desmilitarizar as polícias, entendendo que o policiamento deveria ser atividade eminentemente civil. Em reação à perspectiva de sua extinção, o vasto

contingente de policiais militares, estimado à época em 500 mil integrantes (JORNAL DO BRASIL, 1988), organizou encontros, elaborou documentos e enviou milhares de cartas à ANC. Puderam, dessa forma, reverter o resultado e confirmar a exclusividade para o policiamento ostensivo. Restaram divergências apenas sobre o grau de vinculação às Forças Armadas. Repetindo a fórmula anterior “forças de reserva do Exército”, encontraram um meio caminho entre as demandas de inclusão dos militares no sistema de segurança e a preocupação, demonstrada dentre outros por Márcio Thomas Bastos e pelo deputado Roberto Brandt, sobre a particular excepcionalidade da situação a autorizar a tal intervenção, cabível apenas em estado de sítio ou estado de defesa (BRASIL, 1987b, p. 57) ou “tão excepcional que até então nunca teria ocorrido” (BRASIL, 1987a, p. 44).

Por sua vez, o Ministério Público, que na década anterior se alçara à condição de responsável pela tutela de direitos coletivos e difusos (MACIEL; KOERNER, 2014), tornou-se a escolha natural para a entrega do controle externo das polícias. A atribuição, que foi relativamente pacífica, superou outras propostas, consideradas possivelmente ineficientes, como a elaborada pela Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) para a criação de *ombudsman* ou procuradorias do povo (COMPARATO, 2005; BRASIL, 1981), órgãos de controle que teriam a participação da sociedade civil. Somente nos anos 1990 órgãos com esse perfil, como as ouvidoras de polícia, começaram a ser progressivamente implantados no Brasil. Outras demandas relevantes do Ministério Público, como a desvinculação do Poder Executivo e a equiparação com a magistratura, foram conquistadas com derrotas parciais e concessões, a exemplo da indicação do Procurador-Geral pelo chefe do Poder Executivo e da perda das prerrogativas de exercício da advocacia e de atividades político-partidárias (COMPLOIER, 2015).

Por fim, quanto à repartição federativa, a ANC reproduziu a orientação definida no início da transição política – a descentralização – intensificada por uma exclusão mais acentuada do governo federal. Mesmo propostas de criação de um órgão de uniformização, anunciadas por um representante da ADEPOL, foram rejeitadas ainda na subcomissão sob o argumento, anunciado pelo deputado Ottomar Pinto, de que contrariaria o princípio da autonomia federativa, que a ANC estaria “lutando para preservar” (BRASIL, 1987c, p. 96). Restou à União a previsão de lei nacional, nunca elaborada, para disciplinar a organização e o funcionamento dos órgãos de segurança pública (art. 144, § 7º, da CRFB). Restou aos municípios a previsão de guardas municipais destinadas não ao policiamento ostensivo, mas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei (art. 144, § 8º, da CRFB).

O resultado dessas negociações foi o modelo desenhado no art. 144 da CRFB. Com poucas alterações e concessões, principalmente relativas ao Ministério Público, o modelo é a constitucionalização do regramento anterior. Detalhou as atribuições das organizações policiais que haviam sido definidas pela legislação ordinária durante o regime militar. E repassou a competência material aos Estados, conforme a legislação do período de transição, à exceção da excepcional previsão “forças de reserva do Exército”.

Note-se que já à época existia nesse modelo alguma contradição, a tomar pela fala do deputado Roberto Brandt: “Gostaria que a nova Constituição [...] reservasse aos Estados o poder de reorganizá-las livremente e determinar os seus objetivos em função da prioridade que cada população estadual atribui à segurança dos seus indivíduos” (BRASIL, 1987a, p. 44)<sup>3</sup>. Estando as prerrogativas esmiuçadas, poderiam os Estados criar novos órgãos de segurança pública ou modificar-lhes as competências? Ainda, quais seriam as responsabilidades da União e dos Municípios?

#### **4. As tentativas de reformulação do modelo constitucional após 1988**

Os desafios desse modelo de repartição federativa, que combina descentralização e engessamento, foram sentidos nos anos seguintes. No âmbito executivo, depois da promulgação da CRFB, o governo federal retirou-se do campo das políticas de segurança, deixando para os Estados o ônus da administração. Iniciou um processo de retomada de responsabilidades no governo de Fernando Henrique Cardoso, por meio do Plano Nacional de Segurança Pública e do Fundo Nacional de Segurança Pública, seguido e intensificado no governo Luiz Inácio Lula da Silva pelo Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci). Optou-se por planos que atribuíam à União o papel de fomento, selecionando e financiando projetos com base em critérios nacionais para serem executados em cooperação entre os entes federativos. Os limites do fomento, no entanto, podem ser sentidos pelos poucos resultados duradouros dos projetos – que receberam cerca de R\$ 3,5 bilhões entre os anos de 2007 e 2010 – para a reorganização da segurança após o seu abandono, durante o governo de Dilma Rousseff (CERQUEIRA et al., 2017; SOARES, 2007).

---

<sup>3</sup> Debate semelhante foi travado entre o representante da OAB Marcio Thomas Bastos e o deputado constituinte Ottomar Pinto (BRASIL, 1987b, p. 57).

Embora não tenham tido sua competência detalhada no texto constitucional, também os Municípios foram ao longo das últimas décadas pressionados para a atuação no setor. De acordo com Peres, Bueno e Tonelli (2016, p. 38), os gastos municipais na segurança passaram de 0,03% em 2000 para 0,08% do PIB em 2015. Da mesma forma, porém, sem coordenação nacional ou regional, sobrepondo-se às polícias militares e espelhando em instituição civil o modelo militarizado de policiamento ostensivo, vem obtendo resultados limitados e de constitucionalidade discutível (PERES; BUENO, 2013).<sup>4</sup>

No âmbito legislativo, somente na Câmara dos Deputados foram apresentadas mais de 180 propostas de emendas à constituição destinadas a alterar o artigo 144, das quais 92 ainda estão em tramitação. Dentre elas estão as que alteram o rol de agentes e órgãos de segurança previstos no texto constitucional, decorrência da defesa da carreira por seus integrantes, tais como as propostas de (i) inclusão dos agentes de trânsito (PEC nº 398/2017) (BRASIL, 2017c), (ii) inclusão das guardas municipais, que equipara, inclusive, o seu regime de previdência aos dos policiais civis e militares (PEC nº 275/2016) (BRASIL, 2016), (iii) criação da Polícia Portuária Federal (PEC nº 450/2005) (BRASIL, 2005) e (iv) criação de corpos de segurança socioeducativa para a segurança dos estabelecimentos de adolescentes infratores (PEC nº 365/2017) (BRASIL, 2017b). Há também as propostas que alteram o rol de órgãos com o objetivo de intensificar a participação do governo federal, como as de (i) criação – permanente, uma vez que existe como programa temporário – da Força Nacional de Segurança Pública (PEC nº 195/2012) (BRASIL, 2012b); e (ii) criação da Guarda Nacional Brasileira (PEC nº 534/2002) (BRASIL, 2002a).

Estão também propostas que buscam alterar diretamente o regime de repartição federativa, tais como as de: (i) federalização das polícias, que incorpora as polícias civis estaduais à polícia federal e unifica as polícias militares estaduais em uma polícia militar da União (proposta jocosamente apelidada por seus opositores de “PEC da Coreia do Norte”) (PEC nº 6/2017) (BRASIL, 2017a); (ii) inclusão da garantia da segurança pública entre as competências comuns da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e a da legislação sobre segurança pública entre as

---

<sup>4</sup>Em comparação com as políticas de saúde e de educação, as quais, por uma série de motivos, como a existência de redes de saber especializados (LIMA; BUENO; MINGARDI, 2016) e a vinculação de receitas orçamentárias, ao longo dos últimos trinta anos foram organizadas em um sistema nacional, que delimitou atribuições e construiu parâmetros para a distribuição de recursos e para a avaliação dos resultados, nada semelhante ocorreu com a política de segurança pública (PERES et al., 2014). Existe ainda hoje um vácuo regulatório quanto à organização das polícias no país sobre elementos fundamentais como a definição nacional de estrutura e gastos mínimos, a formação básica, os protocolos de atuação e os protocolos de registro de informações.



competências concorrentes da União, Estados e Distrito Federal (PEC nº 33/2014) (BRASIL, 2014a); e (iii) criação de um Fundo Nacional de Desenvolvimento da Segurança Pública, aprovada no Senado Federal (PEC nº 24/2012) (BRASIL, 2012a).

Por fim, há as propostas que visam a alterar estruturalmente o modelo de policiamento adotado pela CRFB, dentre as quais se destaca a PEC nº 51/2013 (BRASIL, 2013), em debate na Comissão de Constituição e Justiça do Senado. Na defesa de seu idealizador, a PEC pretende: desmilitarizar a polícia militar, reorganizando-a em modelo civil sem vínculos com as Forças Armadas; retirar a dupla porta de entrada para as carreiras policiais, garantindo aos agentes a oportunidade de promoção numa carreira única; instituir um ciclo completo de trabalho policial (preventivo, ostensivo, investigativo), repartido entre as organizações por critérios funcionais ou criminais, conforme a legislação estadual; definir as competências dos Municípios; expandir as competências da União para uniformização da produção de dados e da formação policial; e, ainda, definir e institucionalizar o controle externo por meio de ouvidorias de polícia com a participação da sociedade civil (SOARES, 2007).

A intensa conflituosidade do tema, elevado pelo constituinte à política constitucional, não ficou distante do Poder Judiciário e do STF. Entre as tentativas de reformulação levadas à Corte nos últimos trinta anos destacam-se as ADIs 236, 1.182 e 2.827 (BRASIL, 2001, 2006, 2011). Em 1992, o governador do Estado do Rio de Janeiro ajuizou ADI contra a previsão da constituição estadual que criava uma polícia penitenciária (art. 180 da Constituição Estadual do Rio de Janeiro) (RIO DE JANEIRO, 1989), sob o argumento de que o rol de órgãos de segurança pública previsto pela CRFB seria exaustivo (BRASIL, 2001). Pediu e teve concedido o provimento cautelar para suspensão dos efeitos, alegando que os conflitos entre as organizações comprometiam a manutenção da ordem pública, uma vez que os postulantes da polícia penitenciária, ao verem negados benefícios próprios de carreiras policiais, reagiram demonstrando insatisfação e ameaça de paralisação de serviços (BRASIL, 2001, p. 61).

Essa foi a primeira ação em que o Supremo Tribunal Federal (STF) discutiu o quadro institucional de segurança pública produzido pela CRFB. À época, o STF ainda não se manifestara sobre os limites do poder constituinte decorrente (BRASIL, 2001, p. 20); por isso, o debate concentrou-se sobre a autonomia dos Estados para a auto-organização. Assim, de um lado, o governador do Rio de Janeiro elogiou “como Suprema Corte vinha freando os excessos dos constituintes estaduais” (BRASIL, 2001, p. 4). De outro, a Assembleia Legislativa defendeu-

se, alegando atuar conforme a CRFB ao considerar as “peculiaridades, perspectivas e demandas do Estado” (BRASIL, 2001, p. 6), as quais, no caso, correspondiam a uma situação penitenciária calamitosa. No mesmo sentido, o Ministério Público expôs em seu parecer as posições doutrinárias que oscilavam entre o reconhecimento de uma autonomia restrita – particularmente em relação aos princípios de estrutura e pré-ordenação dos Estados (HORTA, 1964 apud BRASIL, 2001, p. 11) – e o reconhecimento de uma autonomia ampla, em decorrência da rejeição, pelo texto constitucional, da figura da *adaptação* das cartas estaduais à federal, tal como prevista pela Constituição de 1967 (OLIVEIRA, 1988 apud BRASIL, 2001, p. 16).

O relator e autor do voto vencedor, ministro Octávio Gallotti, sem adentrar em pormenores doutrinários relativos ao poder constituinte decorrente, argumentou que a CRFB, ao se referir expressamente a dois órgãos estaduais, a polícia civil e a polícia militar, demonstrou intenção de se ver reproduzida nas constituições estaduais. Seria “vício irretorquível”, assim, excluir, acrescentar ou modificar os órgãos de segurança naquela previstos (BRASIL, 2001, p. 37).<sup>5</sup> Como complementaria, de modo expresso, o ministro Carlos Velloso, o elenco da CRFB seria taxativo (BRASIL, 2001, p. 44).

Foram vencidos os ministros Moreira Alves, Marco Aurélio, Paulo Brossard e Sidney Sanches. O ministro Marco Aurélio sustentou não existir ofensa direta à CRFB, uma vez que o gênero “polícias civis”, previsto no art. 144, § 4º, da CRFB incluiria a polícia civil estadual e a polícia penitenciária, ambas organizações de

natureza civil. É de se notar, porém, conforme lembrou o ministro Sepúlveda Pertence, que mesmo tal polícia penitenciária de natureza civil, a seguir a literalidade da previsão constitucional, poderia apenas exercer o policiamento judiciário, jamais o policiamento ostensivo intramuros.

Os demais demonstraram seu incômodo com os resultados da declaração de inconstitucionalidade, algo que pode ser medido pela forma “consequencialista” com que argumentaram. Assim expressou o ministro Moreira Alves, contrapondo-se à afirmação do ministro relator Gallotti, para quem a reconhecida situação penitenciária poderia ser resolvida com “melhor treinamento e remuneração compatível”: a extinção da polícia penitenciária acaba por “enfraquecer o policiamento dentro dos presídios, onde ele, aliás, se faz mais necessário. Não me parece que este enfraquecimento tenha sido querido pela Constituição, que, aliás, a propósito, deveria ter-se restringido às linhas estruturais” (BRASIL, 2001, p. 51).

A existência de um elenco taxativo de órgãos de segurança foi reafirmada em 2005 no julgamento da ADI 1.182 (BRASIL, 2006). Discutia-se ali a inclusão do Departamento de Trânsito entre os órgãos de segurança pública previstos na Lei Orgânica do Distrito Federal. Embora o caso tenha sido solucionado pela constatação de violação formal subjetiva, consistente na usurpação de iniciativa privativa do governador para a matéria de organização administrativa, o ministro relator Eros Grau ao final constatou: “O artigo 144 da Constituição aponta os órgãos incumbidos da segurança pública. Entre eles não está o Departamento de Trânsito. Resta, pois, vedado aos Estados-Membros a possibilidade de estender o rol, que esta corte já afirmou ser *numerus clausus*, para alcançar o Departamento de Trânsito” (BRASIL, 2006, p. 64).

<sup>5</sup>Dos ministros que o seguiram, Ilmar Galvão ofereceu argumento distinto: vício de iniciativa, já que a organização da administração direta seria matéria de competência privativa do chefe do Poder Executivo (BRASIL, 2001, p. 43).

O tema retornou, ainda, em 2010, no julgamento da ADI 2.827, em que se discutia a inclusão do Instituto Geral de Perícias dentre os órgãos de segurança previstos pela Constituição do Rio Grande do Sul. O requerente, o Partido Social Liberal, pedia a declaração de inconstitucionalidade da Lei Orgânica e da Lei Complementar que haviam detalhado as suas competências. Em defesa, a Assembleia Legislativa e o governo do Estado sustentaram ser “inadmissível a interpretação no sentido de que os Estados não podem criar órgão técnico-científico específico para realização de perícias, pelo simples fato de a Constituição não o ter previsto” (BRASIL, 2011, p. 28).

O ministro relator Gilmar Mendes, seguindo a orientação jurisprudencial anterior, deu provimento parcial para declarar a inconstitucionalidade do artigo da Lei Orgânica estadual que ampliava o rol taxativo do texto constitucional. Manteve, porém, a constitucionalidade do detalhamento de competências e atribuições da Lei Complementar. Seguiu-se um interessante debate sobre os efeitos da exclusão do rol taxativo. Poderia um órgão que não integrasse o sistema de segurança pública exercer ou apoiar as funções de investigação próprias da polícia judiciária? A taxatividade do rol não exigiria também a taxatividade das funções? A solução dos ministros foi dissociar o conceito de polícia judiciária do conceito de investigação:

O Senhor Ministro Ayres Britto – Ou seja, o instituto deixa de figurar dentro da estrutura de segurança e passa a operar *a latere*, ao lado.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator) – Prestando o serviço que presta, tanto a atividade policial como as outras atividades, inclusive administrativa, com seu quadro de pessoal e tudo.

O Senhor Ministro Ayres Britto – O que não impede a polícia civil de fazer perícias, de fazer suas investigações.

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski – Curiosamente eu estava aqui consultando a internet e verifiquei que o Instituto de Criminalística, que é um instituto assemelhado, em São Paulo, faz parte da estrutura da Polícia Civil local.

A Senhora Ministra Carmen Lúcia – Na Polícia Federal também nós temos o Instituto de Criminalística.

O Senhor Ministro César Peluso (Presidente) – Mas não é exclusivo.

A Senhora Ministra Carmen Lúcia – Aqui não é exclusivo.

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski – Aqui não é exclusivo, mas nada impede, a mim me parece, que...

O Senhor Ministro César Peluso (Presidente) – Não é uma atividade exclusiva da polícia judiciária.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator) – Não é atividade.

O Senhor Ministro César Peluso (Presidente) – Atende ao Judiciário, diretamente. Atende ao Ministério Público, diretamente. Pode até atender a interesses particulares, em certas circunstâncias.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator) – À Administração Pública como um todo. Serviço de identificação, a rigor, interessa a todos (BRASIL, 2011, p. 36).

Pela leitura do texto constitucional é possível distinguir duas funções para a polícia civil: a polícia judiciária e a apuração de infrações penais: a primeira materializada no apoio ao poder judiciário para a execução, entre outros, de mandados de busca e apreensão e mandados de prisão; e a segunda concretizada nos procedimentos ligados à colheita de provas e elementos de informação quanto à autoria e materialidade criminosas (art. 144 da CRFB). A decisão na ADI 2.827 reduziu a amplitude

da segunda função, permitindo a existência de outros órgãos de investigação também para o processo criminal.

Note-se que o debate tinha como pano de fundo a proteção contra demandas corporativistas de equiparação de carreira:

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator) – [...].

Agora veja a consequência. Se se admitir que, por decisão do constituinte estadual, no caso do legislador, se possa incluir novos órgãos no âmbito da Polícia Civil, isso terá repercussões inclusive de outra índole, de natureza salarial.

De alguma forma, nós estamos vivenciando este quadro, ora falado na tribuna, no Congresso Nacional, o que pode se configurar um *bypass* da própria iniciativa legislativa. Hoje, fazem-se essas emendas constitucionais para se fazerem as equiparações, quer dizer, se começamos a listar órgãos outros como órgãos de segurança pública, em nome deste poder de conformação no âmbito estadual, muito provavelmente isso terá repercussão até mesmo no que diz respeito à organização de carreira.

A Senhora Ministra Carmen Lúcia – Podem criar outros órgãos também que nada tem a ver com a atividade fim (BRASIL, 2011, p. 36-37).

Minoritário, o ministro Marco Aurélio, reformando seu entendimento na ADI 236, passou a sustentar a inexistência de um rol institucional taxativo previsto na CRFB. Taxativas seriam as funções, tal como a apuração das infrações criminais, salvo as militares, que delimitariam o quadro dentro do qual o Estado poderia reorganizar, com maior autonomia, os seus órgãos. O ministro distinguia, por isso, o caso do precedente invocado – a ADI 1.182 –, já que naquela oportunidade foi debatida a inclusão de um departamento de trânsito, atribuição não prevista no art. 144 da CRFB (BRASIL, 2011, p. 39).

Além dos casos reconhecidos pela jurisprudência do STF, há outros ainda em debate. Na ADI 2.575 (BRASIL, 2014b), de relatoria do ministro Dias Toffoli, começou-se a discutir a constitucionalidade da criação, pela Constituição do Estado do Paraná, de uma polícia científica, no rol dos órgãos com competência em matéria de segurança pública. O argumento trazido pelo partido requerente sustentava que a polícia científica não estava incluída entre os órgãos que a CRFB, de maneira taxativa, havia definido como integrante da segurança pública. Em seu voto, Dias Toffoli assentou que não podem os Estados criar novos órgãos de segurança pública; por isso, a fim de preservar a norma, sugeriu a interpretação conforme, de modo a afastar qualquer interpretação que pudesse denotar vinculação a esse órgão entre aqueles que dispõem de competência para a segurança pública (BRASIL, 2014b).

Abrindo a divergência, o ministro Roberto Barroso sustentou que a polícia técnica não poderia integrar outro órgão que não estivesse subordinado à polícia civil. Isso porque a polícia civil, por expressa previsão constitucional, teria a missão de “apuração de infrações penais”, providência que, em seu entender, dependeria da realização de perícias técnicas. Noutras palavras, a subordinação de um órgão a outro decorreria da própria função constitucional da polícia civil (BRASIL, 2014b).

Em resposta, o relator sugeriu uma razão teleológica pela qual seria possível justificar a autonomia do órgão. Ele indicou que uma das reclamações da polícia brasileira seria sua alta taxa de letalidade, sugerindo, assim, que outro órgão, autônomo, poderia auxiliar a exercer uma espécie de controle da atividade policial. O julgamento foi suspenso com um pedido de vista do ministro Teori Zavascki e ainda aguarda o seu desfecho (BRASIL, 2014b).

Embora a discussão sobre a constitucionalidade de uma polícia científica seja, como o próprio relator reconheceu, uma matéria próxima aos precedentes já julgados, há nesse caso clareza sobre a exata controvérsia do desenho institucional da CRFB. É no próprio texto, isto é, no alcance da *função* das polícias que reside, a um só tempo, sua taxatividade e os limites de uma inovação legislativa.

## 5. Repensando o regime constitucional

Sob essa perspectiva, é fácil perceber que as novidades apresentadas pelo texto constitucional de 1988 não fazem remissão a experiências constitucionais passadas, cujo marco era simplesmente a segurança nacional, mas às leis do regime de 1964-1985, que federalizaram e militarizaram a segurança pública. Assim, o Decreto-lei nº 317/1967, que reorganizou

as polícias, dispunha que “as polícias militares, consideradas forças auxiliares, reserva do Exército, serão organizadas na conformidade deste decreto-lei” (BRASIL, 1967). Entre as competências destinadas às polícias estavam:

Art. 2º Instituídas para a manutenção da ordem pública e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, compete às Polícias Militares, no âmbito de suas respectivas jurisdições:

- a) executar o policiamento ostensivo, fardado, planejado pelas autoridades policiais competentes, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos;
- b) atuar de maneira preventiva, como força de dissuasão, em locais ou áreas específicas, onde se presume ser possível a perturbação da ordem;
- c) atuar de maneira repressiva, em caso de perturbação da ordem, precedendo o eventual emprego das Forças Armadas;
- d) atender à convocação do Governo Federal, em caso de guerra externa ou para prevenir ou reprimir grave subversão da ordem ou ameaça de sua irrupção, subordinando-se ao Comando das Regiões Militares, para emprego em suas atribuições específicas de polícia e de guarda territorial (BRASIL, 1967).

Perceba-se que, a rigor, a única competência mantida pela CRFB foi a de policiamento ostensivo, sem que se faça qualquer referência à forma pela qual será executado. Nas legislações estaduais, no entanto, a polícia militar manteve rigorosamente as mesmas atividades que haviam sido a elas atribuídas pelo Decreto-lei nº 317. Na Lei nº 16.575/2010 (PARANÁ, 2010), do Estado do Paraná, por exemplo, as competências de prevenção e repressão foram expressamente mantidas. Mais preocupante, porém, tem sido a manutenção de um regime disciplinar reproduzido à seme-

lhança do concebido para o Exército. Com efeito, o regime disciplinar estabelecido pelo Decreto-lei – que se manteve nas alterações posteriores – previa, em seu art. 17, que “as polícias militares serão regidas por Regulamento Disciplinar redigido à semelhança do Regulamento Disciplinar do Exército e adaptado às condições especiais de cada Corporação” (BRASIL, 1967).

A principal controvérsia sobre a natureza militar das polícias reside precisamente na estrutura disciplinar de comando que se caracteriza, nos termos do Regulamento Disciplinar do Exército, pela “rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes do organismo militar” (art. 8º do Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002) (BRASIL, 2002b). O estrito cumprimento das ordens significa, por sua vez, que “cabe ao subordinado, ao receber uma ordem, solicitar os esclarecimentos necessários ao seu total entendimento e compreensão” e “quando a ordem contraria preceito regulamentar ou legal, o executante poderá solicitar a sua confirmação por escrito, cumprindo à autoridade que a emitiu atender à solicitação” (art. 9º, §§ 2º e 3º, do Decreto nº 4.346/2002). De outro lado, em caso de transgressão a tais comandos, é causa de justificação a ação cometida “em obediência a ordem superior” (art. 18, IV) (BRASIL, 2002b).

Tais elementos foram replicados nos regulamentos das polícias militares de diversas unidades da federação. No Estado do Paraná, o regulamento disciplinar é, ainda hoje, o mesmo do Exército. O Decreto nº 12.112 do Estado de Santa Catarina (SANTA CATARINA, 1980) prevê, em seu art. 16, 4, causa de justificação para os atos cometidos em obediência à ordem superior. Mesma solução prevê o Regulamento da Polícia Militar do Rio de Janeiro (art. 17, III, do Decreto nº 6.579/1983) (RIO DE JANEIRO, 1983). Há Estados, no entanto, como São Paulo e Minas Gerais, que reconhecem como justificável a desobediência a ordem manifestamente ilegal.

Seja como for, se é certo que a disciplina é, nos termos do art. 142 da CRFB, elemento estruturante das Forças Armadas, é difícil justificar que os mesmos princípios sejam aplicados às forças destinadas à segurança pública. Isso porque, de acordo com os “Princípios Básicos das Nações Unidas Para o Uso da Força e de Armas de Fogo por Policiais”, governos e agências de polícia devem garantir que nenhuma sanção, criminal ou disciplinar, seja imposta a oficiais que, em cumprimento ao Código de Conduta e aos próprios princípios básicos, se recusem a cumprir uma ordem para uso da força e das armas de fogo, ou que relatem esse uso por outros oficiais. Além disso, a obediência a ordem superior não é

causa de justificação para o policial que sabia que a ordem que causou graves danos ou a morte de alguém era manifestamente ilegal e que tinha oportunidades razoáveis para recusar-se a obedecer.

Isso não significa, necessariamente, que as polícias militares sejam incompatíveis com o regime constitucional. A própria constitucionalidade da estrutura anterior sugere precisamente o contrário. No entanto, a proporcionalidade como princípio inerente de uma ordem democrática, especialmente no que tange às ações de segurança pública, parece sinalizar um indesejável engessamento de instituições que deveriam ser mais flexíveis.

A difícil questão que se deve colocar para o STF é, portanto, esta: a constitucionalização da estrutura dos órgãos de segurança pública, a qual, a rigor, simplesmente manteve a estrutura do regime autoritário, pode ser interpretada de modo a conceder uma margem de conformação mais ampla pelo legislador ou apenas uma reforma constitucional seria capaz de sanar as dificuldades do texto? O ponto é menos uma interpretação sobre um eventual silêncio eloquente do que um exame sobre o espaço de conformação permitido ao legislador. Afinal, como aprofundar a institucionalização da segurança pública?

Para responder a essas questões, é preciso examinar se há um conceito constitucionalmente fixado de segurança pública e se a garantia da ordem democrática por meio da segurança pública depende da definição de competência de um órgão determinado. A resposta para ambas as condições é negativa. O texto constitucional limita-se a reconhecer que a segurança é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos. Além disso, define que esse serviço público tem por fim a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. A função dos órgãos de se-

gurança pública é, pois, precisamente a missão do serviço público, a qual, nos exatos termos da CRFB, é de responsabilidade de todos.

A funcionalização da atividade de segurança pública deixa antever que é preciso reconhecer aos órgãos margem de atuação que lhes permita bem executar sua atribuição. Noutras palavras, os órgãos de segurança pública devem ter os poderes necessários para desempenhar essa tarefa. Além disso, o próprio Estado pode definir outras ações que são necessárias para a preservação da ordem pública e da incolumidade. Isso porque não parece factível pressupor que por meio da apuração de infrações penais (art. 144, §§ 1º e 4º), do patrulhamento ostensivo das rodovias e ferrovias federais (art. 144, §§ 2º e 3º), da polícia ostensiva (art. 144, § 5º) e da segurança viária (art. 144, § 10) haja a completa garantia da preservação da ordem pública. Há, portanto, uma margem de conformação do legislativo, federal ou estadual, para criar novos órgãos para o desempenho dessa missão.

A limitação do exercício desse poder de conformação, por sua vez, não difere das limitações próprias ao exercício de qualquer direito e, como tal, devem observar a estrita proporcionalidade. Por essa razão, são os direitos fundamentais o principal limite para a atuação conformadora da atividade do Estado no âmbito da segurança pública. É um equívoco supor que a proteção da pessoa humana, bem último a que se destina a segurança pública, é realizada de modo mais eficaz se apenas poucos órgãos forem responsáveis por ela. A responsabilidade, tal como indica o texto constitucional, é de todos.

Não são, portanto, os órgãos de segurança pública que garantem a proteção dos direitos fundamentais, mas a lei. É a lei que deve pautar a atuação dos órgãos e é em cumprimento a ela que as polícias devem agir. Os direitos e

liberdades só podem ser restringidos por lei, a mesma lei que autoriza a atuação dos agentes de segurança pública. Essa atuação, por sua vez, deve ainda ser adequada, necessária e proporcional. O registro, a justificação e a publicidade dos argumentos que atestam a presença de tais requisitos são indispensáveis não apenas para o controle interno e externo da atividade policial, como também para validar a legalidade da atuação dos órgãos de polícia. Se a ação não é proporcional, ela é arbitrária. E é precisamente contra a arbitrariedade que se erigiu a ordem democrática de 1988.

## 6. Conclusões

A análise da história de criação do regime constitucional da segurança pública revela uma faceta pouco explorada do processo constituinte. Na ANC, a organização de grupos de pressão permitiu que diversos temas infraconstitucionais fossem constitucionalizados. Se, por ocasião da aprovação do texto final, tais medidas aparecem como marco inovador, a impossibilidade de se presumir palavras vagas, quando da aplicação da norma, torna difícil a tarefa do intérprete de compatibilizar o que diz o texto em sua inteireza com os dispositivos que constavam de legislações fiéis à ordem anterior.

A militarização das polícias e a tese da taxatividade dos órgãos de segurança pública parecem, assim, assentar-se nessa estranha dualidade. Ao transpor para a CRFB os conceitos previstos na legislação infraconstitucional, os constituintes fizeram com que a aplicação futura desses dispositivos dependesse da leitura da legislação anterior. Na legislação estadual isso é evidente: embora as polícias militares detivessem apenas as funções de policiamento ostensivo, nos regulamentos estaduais elas mantiveram as funções preventivas e repressivas que lhe foram atribuídas pelo regime militar. De modo análogo, o STF, ao interpretar essas mesmas normas, vislumbrou um atributo de exclusividade dos órgãos listados na CRFB para o desempenho das atividades de segurança pública.

É possível que a consolidação dessa interpretação esteja ligada a questões práticas: as pessoas que primeiro se debruçaram sobre essas normas ainda viviam a organização institucional anterior, razão pela qual a continuidade, ainda que em meio a uma nova ordem constitucional, parece encontrar em momentos constitucionais menos rupturas do que se poderia supor.

Outra possível explicação, ainda que apenas uma variação da anterior, está nas brechas da própria constitucionalização da legislação in-



fraconstitucional. Seja por uma limitação de espaço, seja por falta de tempo, nem todas as disposições legais lograram a transposição ao texto constitucional. A constitucionalização foi, assim, marcada por silêncios. Se não chega a surpreender que esses espaços vazios sejam preenchidos pelo Judiciário, não deixa de causar estranheza o fato de, passados trinta anos da promulgação do texto, ainda se ouvirem as vozes do regime anterior.

## Sobre os autores

Maria Pia Guerra é doutora em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; professora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil.

E-mail: mapiaguerra@live.com

Roberto Dalledone Machado Filho é doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; professor da Escola de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil.

E-mail: dalledone@gmail.com

(Parte da pesquisa foi desenvolvida no âmbito de projeto financiado pelo PNUD/Ministério da Justiça.)

## Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>6</sup>

THE CONSTITUTIONAL REGIME OF LAW ENFORCEMENT: FROM THE SILENCES OF THE CONSTITUENT ASSEMBLY TO THE RULINGS OF THE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ABSTRACT: The article historically analyzes the legislative and jurisprudential construction of the current police organization in Brazil, in order to establish standards for the definition of its constitutional and democratic regime. The National Constituent Assembly of 1987-1988 innovated by including in the constitutional text a proper chapter for police organization. Notwithstanding, the chapter mirrored the authoritarian police model of the military regime (1964-1988), which the transitional governments had only partially altered. The three branches have been politically pressured to provide solutions to the dilemmas arising from the police decentralization associated with its institutional locking – translated in the Brazilian judiciary by the concept of *numerus clausus* of the Article 144, Federal Constitution. By this point, beyond establishing *numerus clausus*, the Brazilian Supremo Tribunal Federal ought to built criteria for the exercise of the police function.

KEYWORDS: NATIONAL CONSTITUENT ASSEMBLY. FEDERAL CONSTITUTION OF 1988. POLICE.

---

<sup>6</sup>Sem revisão do editor.

## Como citar este artigo

(ABNT)

GUERRA, Maria Pia; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. O regime constitucional da segurança pública: dos silêncios da Constituinte às deliberações do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 219, p. 155-181, jul./set. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p155](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p155)>.

(APA)

Guerra, M. P., & Machado, R. D., F<sup>o</sup>. (2018). O regime constitucional da segurança pública: dos silêncios da Constituinte às deliberações do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(219), 155-181. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p155](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p155)

## Referências

ARRETCHE, Marta T. S. Mitos da descentralização: mais democracia e eficiência nas políticas públicas?. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 31, p. 44-66, jun. 1996.

BATTIBUGLI, Thaís. *Democracia e segurança pública em São Paulo (1946-1964)*. 2006. 307 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://nevusp.org/wp-content/uploads/2015/01/down183.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

BENEVIDES, Maria Victoria M. *Violência, povo, polícia: violência urbana no noticiário de imprensa*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

BONELLI, Maria da Glória. Os delegados de polícia entre o profissionalismo e a política no Brasil, 1842-2000. In: LATIN AMERICAN STUDIES ASSOCIATION, 24., 2003, Dallas. *Proceedings...* Dallas: Lasa, 2003. p. 1-30.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. *Diário Oficial da União*, 19 set. 1946.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 57.775, de 10 de fevereiro de 1966. Define exercício de função militar e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 11 fev. 1966a.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 11, de 7 de julho de 1966. Considera o exercício do cargo de Comandante de Polícia Militar Estadual, do Distrito Federal e de Território, para os fins que especifica, nas mesmas condições que o exercício de Comando de Tropa no Exército. *Diário Oficial da União*, 8 jul. 1966b.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 317, de 13 de março de 1967. Reorganiza as Polícias e os Cargos de Bombeiros Militares dos Estagiados [sic], dos Territórios e do Distrito Federal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 14 mar. 1967. [Revogado].

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969. Reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Território e do Distrito Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 3 jul. 1969a.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 1.072, de 30 de dezembro de 1969. Dá nova redação ao art. 3º, letra “a” do Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969 e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 30 dez. 1969b.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 66.862, de 8 de julho de 1970. Aprova o Regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200). *Diário Oficial da União*, 9 jul. 1970. [Revogado].

\_\_\_\_\_. Decreto nº 82.020, de 20 de julho de 1978. Introduz modificações no Art. 8º e cria o Art. 32 do Regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200), aprovado pelo Decreto nº 66.862, de 8 de julho de 1970. *Diário Oficial da União*, 21 jul. 1978.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Proposta de emenda à Constituição nº 78, de 1981. Cria a Procuradoria Geral do Povo, órgão constitucional destinado à fiscalização dos atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta, a investigação das violações a lei e a preservação dos direitos fundamentais do cidadão. Autoria: Dep. Mendonça Neto et al. *Diário do Congresso Nacional*, 14 nov. 1981. [Situação: Tramitação Encerrada]. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/18872?o=d>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.010, de 12 de janeiro de 1983. Altera o Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969, que reorganiza as Polícia Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 13 jan. 1983a.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Aviso ministerial nº 18, de 21 de janeiro de 1983. *Diário Oficial da União*, 24 jan. 1983b.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 88.777, de 30 de setembro de 1983. Aprova o regulamento para as policias militares e corpos de bombeiros militares (R-200). *Diário Oficial da União*, 4 out. 1983c.

\_\_\_\_\_. Assembléia Nacional Constituinte. Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança. [Ata da] 6ª reunião ordinária, realizada em 22 de abril de 1987. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, 18 jul. 1987a. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup97anc18jul1987.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Assembléia Nacional Constituinte. Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança. Ata da 7ª reunião ordinária, realizada em 23 de abril de 1987. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, 19 jul. 1987b. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup98anc19jun1987.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Assembléia Nacional Constituinte. Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança. [Ata da] 9ª reunião ordinária, realizada em 28 de abril de 1987. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, 20 jul. 1987c. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup99anc20jul1987.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Assembléia Nacional Constituinte. Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança. [Ata da] 10ª reunião ordinária, realizada em 29 de abril de 1987. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, 21 jul. 1987d. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup100anc21jul1987.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

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

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 236-8/RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Octavio Gallotti. *Diário da Justiça*, 1º jun. 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266262>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Proposta de emenda à Constituição nº 534, de 2002. Altera o art. 144 da Constituição Federal, para dispor sobre as competências da Guarda Municipal e criação da Guarda Nacional. Autoria: Sen. Romeu Tuma. *Diário da Câmara dos Deputados*, 30 maio 2002a. [Situação: Pronta para Pauta no Plenário (PLEN)]. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/montaPdf.asp?narquivo=DCD30MAI2002.pdf&npagina=410>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 27 ago. 2002b.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Proposta de emenda à Constituição nº 450, de 2005. Dá nova redação ao art. 144, criando a Polícia Portuária Federal. Autoria: Dep. Laura Carneiro. *Diário da Câmara dos Deputados*, 7 set. 2005. [Situação: Arquivada]. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/montaPdf.asp?narquivo=DCD07SET2005.pdf&npagina=107>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.182-1/DF. Requerente: Governador do Distrito Federal. Requerida: Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator: Min. Eros Grau. *Diário da Justiça*, 10 mar. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266686>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2.827/RS. Requerente: Partido Social Liberal – PSL. Requerido: Governador do Estado do Rio Grande do Sul; Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, 6 abr. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621461>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Proposta de emenda à Constituição nº 24, de 2012. Institui o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Segurança Pública. Autoria: Sen. João Capiberibe et al. *Diário do Senado Federal*, 10 maio 2012a. [Situação: Enviada à Câmara dos Deputados]. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=10/05/2012&paginaDireta=16828>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Proposta de emenda à Constituição nº 195, de 2012. Dá nova redação ao art. 144, da Constituição Federal, para incluir a Força Nacional de Segurança Pública entre os órgãos de segurança pública. Autoria: Dep. Vanderlei Siraque. *Diário da Câmara dos Deputados*, 12 jul. 2012b. [Situação: Arquivada]. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/montaPdf.asp?narquivo=DCD12JUL2012.pdf&npagina=299>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Proposta de emenda à Constituição nº 51, de 2013. Altera os arts. 21, 24 e 144 da Constituição; acrescenta os arts. 143-A, 144-A e 144-B, reestrutura o modelo de segurança pública a partir da desmilitarização do modelo policial. Autoria: Sen. Lindbergh Farias et al. *Diário do Senado Federal*, 25 set. 2013. [Situação: Em Tramitação]. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=25/09/2013&paginaDireta=65935>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Proposta de emenda à Constituição nº 33, de 2014. Altera os art. 23 e art. 24 da Constituição Federal para inserir a segurança pública entre as competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Autoria: Sen. Ricardo Ferraço et al. *Diário do Senado Federal*, 29 out. 2014a. [Situação: Enviada à Câmara dos Deputados]. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=29/10/2014&paginaDireta=00092>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2.575/PR. Requerente: Partido Social Liberal – PSL. Intimada: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná; Associação de Criminalística do Estado do Paraná. Relator: Min. Dias Toffoli. *Diário da Justiça Eletrônico*, 4 dez. 2014b. Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20141203\\_238.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20141203_238.pdf)>. Acesso em: 11 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Proposta de emenda à Constituição nº 275, de 2016. Dá nova redação ao § 8º do art. 144 da Constituição Federal de 1988. Autoria: Dep. Cabo Sabino. *Diário da Câmara dos Deputados*, 17 nov. 2016. [Situação: Aguardando Constituição de Comissão Temporária pela Mesa]. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1507877&filename=Tramitacao-PEC+275/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1507877&filename=Tramitacao-PEC+275/2016)>. Acesso em: 11 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Proposta de emenda à Constituição nº 6, de 2017. Altera os arts. 21, 22, 42 e 144 da Constituição e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) para federalizar os órgãos de segurança pública. Autoria: Sen. Rose de Freitas et al. *Diário do*

Senado Federal, 23 fev. 2017a. [Situação: Em Tramitação]. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=23/02/2017&paginaDireta=00603>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Proposta de emenda à Constituição nº 365, de 2017. Acresce dispositivo ao art. 144 da Constituição Federal, criando os corpos de segurança socioeducativa. Autoria: Dep. Laudívio Carvalho. *Diário da Câmara dos Deputados*, 12 out. 2017b. [Situação: Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)]. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/montaPdf.asp?narquivo=DCD0020171012001790000.PDF&npagina=86>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Proposta de emenda à Constituição nº 398, de 2017. Altera o [art.] 144, da Constituição Federal, para dispor sobre os agentes de trânsito. Autoria: Dep. Cabo Sabino. *Diário da Câmara dos Deputados*, 21 dez. 2017c. [Situação: Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)]. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020171221002260000.PDF>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania*. São Paulo: Ed. 34; Edusp, 2000.

CERQUEIRA, Daniel et al. *Política Nacional de Segurança Pública orientada para a efetividade e o papel da Secretaria Nacional de Segurança Pública*. Brasília: Ipea; FBSP, 2017. Disponível em: <[http://obvul.org/wp-content/uploads/2017/10/20170712\\_atlas-violencia2.pdf](http://obvul.org/wp-content/uploads/2017/10/20170712_atlas-violencia2.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2018.

COIMBRA, Cecília Maria Bouças. Doutrinas de segurança nacional: banalizando a violência. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 5, n. 2, p.1-22, 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v5n2/v5n2a02.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

COMPARATO, Bruno Konder. *As ouvidorias de polícia no Brasil: controle e participação*. 2005. 262 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-25052007-143115/pt-br.php>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

COMPLOIER, Mylene. O Ministério Público e Assembleia Nacional Constituinte: as origens de um texto inovador. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 10, n. 1, p. 275-305, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/download/3374/1819>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

FOLHA DE S.PAULO. Corporativismo na Constituição. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, p. 2, 13 fev. 1986.

FONTOURA, Natália de Oliveira; RIVERO, Patrícia Silveira; RODRIGUES, Rute Imanishi. Segurança pública na Constituição federal de 1988: continuidades e perspectivas. *Políticas Sociais: acompanhamento e análise*, Brasília, v. 3, n. 17, p. 135-196, 2009. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/bps\\_completo.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/bps_completo.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2018.

GÓES, Eda Maria. *Imagens da polícia: relações entre cidadania e violências nas representações da polícia paulista: janeiro/83 – março/85*. 1998. 245 f. Tese (Doutorado em História) – Faculdade de Ciências e Letras de Assis, Universidade Estadual Paulista, São Paulo, 1998. Disponível em: <[https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/103076/goes\\_em\\_dr\\_assis.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/103076/goes_em_dr_assis.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 12 jun. 2018.

GOULART, Jefferson O. Processo constituinte e arranjo federativo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 185-215, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n88/a07n88.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

GUERRA, Maria Pia. *Polícia e ditadura: arquitetura institucional da segurança pública de 1964 a 1988*. Brasília: Ministério da Justiça/Comissão de Anistia, 2016.

JORNAL DO BRASIL. Constituição definirá atribuição da polícia. *Jornal do Brasil*, [S.l.], 12 abr. 1988.

LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira; MINGARDI, Guaracy. Estado, polícias e segurança pública no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 49-85, jan./abr. 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n1/1808-2432-rdgv-12-1-0049.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

LIMA, Renato Sérgio de. *Contando crimes e criminosos em São Paulo: uma sociologia das estatísticas produzidas e utilizadas entre 1871 e 2000*. 2005. 205 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-04022006-201043/pt-br.php>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico*, São Paulo, v. 2, p. 25-51, 2010. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/aa/885>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. O processo de reconstrução do Ministério Público na transição política (1974-1985). *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 8, n. 3, p. 97-107, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/view/49977/32321>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

MAGALHÃES, Ana Cristina. Policiais lutam contra instituição de vínculo automático com Judiciário. *Gazeta Mercantil*, Brasília, p. 8, 17 dez. 1987.

MINGARDI, Guaracy. *Tiras, gansos e trutas: cotidiano e reforma na polícia civil*. São Paulo: Scritta, 1992.

OLIVEIRA, Eliezer Rizzo de. *As Forças Armadas: política e ideologia no Brasil (1964-1969)*. 1976. 211 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1976.

OLIVEIRA JUNIOR, Almir de. Uma sociologia das organizações policiais. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 65-87, jul./dez. 2011. Disponível em: <<https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/50/57>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

PARANÁ. Lei nº 16.575, de 28 de setembro de 2010. Dispõe que a Polícia Militar do Estado do Paraná (PMPR) destina-se à preservação da ordem pública, à polícia ostensiva, à execução de atividades de defesa civil, além de outras atribuições previstas na legislação federal e estadual. *Diário Oficial do Estado do Paraná*, 29 set. 2010.

PERES, Ursula Dias; BUENO, Samira. Pacto federativo e financiamento da segurança pública no Brasil. In: MINGARDI, Guaracy (Org.). *Política de segurança: os desafios de uma reforma*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013. v. 1, p. 125-144.

PERES, Ursula Dias; BUENO, Samira; TONELLI, Gabriel Marques. Os municípios e a segurança pública no Brasil: uma análise da relevância dos entes locais para o financiamento da segurança pública desde a década de 1990. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 36-56, ago./set. 2016. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/os-municipios-e-a-seguranca-publica-no-brasil-uma-analise-da-relevancia-dos-entes-locais-para-o-financiamento-da-seguranca-publica-desde-a-decada-de-1990/>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

PERES, Ursula Dias et al. Segurança pública: reflexões sobre o financiamento de suas políticas públicas no contexto federativo brasileiro. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 132-153, fev./mar. 2014. Disponível em: <<http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/361>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Autoritarismo e transição. *Revista USP*, São Paulo, v. 9, n. 45, p. 45-56, mar./maio1991. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/25547/27292>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

RIO DE JANEIRO. Decreto nº 6.579, de 5 de março de 1983. Aprova o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro – RDPM e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro*, 7 mar. 1983.

\_\_\_\_\_. Constituição do Estado do Rio de Janeiro de 1989. *Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro*, 5 out. 1989.

ROCHA, Alexandre Pereira da. *A gramática das polícias militarizadas: estudo comparado entre a Polícia Militar do Estado de São Paulo – Brasil e Carabineros – Chile, em regimes políticos autoritários e democráticos*. 2013. 303 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/14293/1/2013\\_AlexandrePereiraRocha.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/14293/1/2013_AlexandrePereiraRocha.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2018.

SALLUM JUNIOR, Brasílio. *Labirintos: dos gerais à nova República*. São Paulo: Hucitec, 1996.

SANTA CATARINA. Decreto nº 12.112, de 16 de setembro de 1980. Aprova o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina (R DPMSC). *Diário Oficial do Estado de Santa Catarina*, 17 set. 1980.

SÃO PAULO. Lei nº 199, de 1º de dezembro de 1948. Organiza a carreira de Delegado de Polícia. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, 2 dez. 1948.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 25.440, de 3 de fevereiro de 1956. Institui na 8ª Divisão Policial o Serviço Disciplinar da Polícia e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, 4 fev. 1956.

\_\_\_\_\_. Força Pública do Estado de São Paulo. *Boletim Geral*, São Paulo, n. 182, 1967.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 49.884, de 26 de junho de 1968. Dispõe sobre a reorganização do Serviço Disciplinar da Polícia (S.D.P.) e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, 27 jun. 1968.

\_\_\_\_\_. Força Pública do Estado de São Paulo. *Boletim Geral*, São Paulo, v. 2, n. 4, 24 jun. 1969a.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 141, de 24 de julho de 1969. Dispõe sobre a criação de cargos no Quadro da Secretaria da Segurança Pública e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, 25 jul. 1969b.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 52.213, de 24 de julho de 1969. Dispõe sobre reforma administrativa da Secretaria da Segurança Pública e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, 25 jul. 1969c.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 217, de 8 de abril de 1970. Dispõe sobre a constituição da Polícia Militar do Estado de São Paulo, integrada por elementos da Força Pública do Estado e da Guarda Civil de São Paulo. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, 9 abr. 1970a.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 218, de 9 de abril de 1970. Dispõe sobre a revalorização dos padrões e referências numéricas dos componentes da Polícia Militar do Estado de São Paulo. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, 10 abr. 1970b.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.821, de 6 de março de 1975. Cria o Departamento Estadual de Polícia Científica, na Secretaria da Segurança Pública. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, 7 mar. 1975.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 207, de 5 de janeiro de 1979. Lei Orgânica da Polícia do Estado de São Paulo. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, 6 jan. 1979.

SOARES, Luiz Eduardo. A Política Nacional de Segurança Pública: histórico, dilemas e perspectivas. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 21, n. 61, p. 77-97, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v21n61/a06v2161.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

SOUZA, Celina. Federalismo e descentralização na Constituição de 1988: processo decisório, conflitos e alianças. *Dados – Revistas de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 3, p. 513-560, 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v44n3/a03v44n3.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

SYLVESTRE, Vicente. *Guarda Civil de São Paulo: sua história*. São Paulo: [s.n.], 1985.

VILELA, Sumaía. Ministro sugere criação de Guarda Nacional para apoiar policiamento dos estados. *Agência Brasil*, Brasília, 12 dez. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-12/ministro-sugere-criacao-de-guarda-nacional-para-apoiar-policiamento-dos>>. Acesso em: 12 jun. 2018.





# A Constituição de 1988 e o debate sobre parlamentarismo e presidencialismo

Modelos, trajetórias e alternativas institucionais

LUCAS FUCCI AMATO

**Resumo:** Este artigo discute a questão dos sistemas de governo, avaliando criticamente a experiência brasileira e nela posicionando a Constituição de 1988. Não se trata de uma reconstituição histórica dos debates constituintes sobre presidencialismo e parlamentarismo, mas de uma observação dos modelos e da prática desses sistemas. Primeiramente, é destacada a interdependência dos Poderes Executivo e Legislativo segundo as trajetórias de países que tomamos como referência institucional e ideológica. Depois, o argumento da estabilidade garantida pelo parlamentarismo é analisado à luz das experiências parlamentaristas brasileiras e do modelo presidencialista atual. O terceiro passo do argumento é a apresentação do presidencialismo como potência desestabilizadora dos interesses corporativos e clientelistas que se entrincheiram no Parlamento. O último tópico dedica-se à avaliação de mecanismos que, evitando impulsos populistas e autoritários do governo, habilitariam o presidencialismo a executar seu programa de reformas, sem abrir mão da mediação deliberativa pela representação parlamentar.

**Palavras-chave:** Presidencialismo. Parlamentarismo. Clientelismo. Corporativismo. Populismo.

## Introdução

Em vez de propor uma reconstituição dos debates sobre sistemas de governo na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 ou de limitar-se a considerar como destino a opção presidencialista da

Recebido em 4/5/18  
Aprovado em 22/5/18

Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988), reiterada no plebiscito de 1993, este artigo propõe-se a enquadrar o presidencialismo e o parlamentarismo como desenhos alternativos de interdependência dos Poderes que abrangem uma série de variações de configuração institucional e de contextualização em determinada estrutura social e trajetória histórica.

O argumento é desenvolvido em quatro passos. No primeiro, o presidencialismo é descrito em sua especificidade como inovação do republicanismo estadunidense em relação ao paradigma do parlamentarismo britânico. A definição do sistema de governo é, então, localizada na trajetória institucional de alguns países que tomamos como exemplo. A seguir, as experiências parlamentaristas e presidencialistas são contextualizadas na história brasileira, em paralelo com a evolução dos procedimentos eleitorais. Destacam-se a excepcionalidade dos ensaios parlamentaristas no País e os arranjos por meio dos quais se reproduz o atual sistema presidencialista. Na terceira etapa, o presidencialismo é posto em relação com as dinâmicas clientelistas e corporativistas que parasitam a representação partidária e com os ciclos de populismo e autoritarismo engendrados com base no contato do sistema político com uma estrutura social de marcadas desigualdades de acesso e posicionamento nos sistemas sociais (política, economia, educação, saúde etc.). Finalmente, é defendida uma proposta de “parlamentarização” do presidencialismo que, em vez de enfraquecer o chefe de governo diretamente eleito, facilite sua consonância com a representação parlamentar.

## 1. Sistemas de governo e interdependência de Poderes

A binariedade estrita entre presidencialismo e parlamentarismo cede diante das trajetórias e contextos em que o governo é praticado – fatores que definirão muito mais as variedades de cooperação ou conflito entre Executivo e Legislativo do que a simples leitura das instituições simbolizadas nos textos normativos constitucionais (CHEIBUB; ELKINS; GINSBURG, 2014). É também classificação diante da qual se recomenda ceticismo, caso observemos com acuidade as experiências dos países que tomamos como paradigmas de instituições e ideias políticas.<sup>1</sup> A começar pela tradição “constitucional” mais perene e continuada, a britânica, na qual se observa a fusão parlamentar dos Poderes: o exercício do governo diretamente responsável diante do Parlamento, por ele escrutinado e mantido por um esquema hidráulico de governo

---

<sup>1</sup> Ver Möllers (2013, cap. 1).

e oposição. Essa tradição permaneceu longamente imune ao estabelecimento do controle judicial de constitucionalidade dos atos do governo, antes sobrevivendo por uma ênfase na separação estrita do centro do direito em relação ao centro da política: o prestígio da independência das cortes. Apesar de Locke e das observações laudatórias de Montesquieu, o constitucionalismo britânico permanece largamente indiferente ao tema da separação de Poderes.

A inovação do presidencialismo, por sua vez, revelou-se surpreendentemente contingente e alinhada aos objetivos dos fundadores da república americana. Madison observou o que Montesquieu afirmara sobre a organização do Estado britânico como o espelho da liberdade política e constatou que, nesse caso tão paradigmático, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário não são de modo algum separados; na verdade, os membros de um Poder cumprem funções que caberiam a outro e há uma composição cruzada dos departamentos de governo (HAMILTON; MADISON; JAY, 2008, n. 47-58). O equilíbrio da dinâmica de um Poder conter o outro Poder advém de que, afinal, nenhum titular de um deles detém todo o poder: quem julga não faz as leis, quem faz as leis não as executa – os Poderes não estão unidos em uma mesma pessoa ou corpo decisório. Entretanto, há interpenetrações e controles de um Poder sobre o outro. Madison conclui que a mera demarcação das zonas de competência de cada Poder não é salvaguarda suficiente contra a tirania (HAMILTON; MADISON; JAY, 2008, n. 47-58). É preciso fragmentar o poder, mas sempre há sobreposições. Na construção de um esquema que oponha interesses e grupos rivais *contra a prevalência da maioria*, cada Poder deve ser um freio às ambições do outro, fazendo do “interesse privado de cada indivíduo” a “sentinela sobre os direitos públicos”. Seria preciso buscar uma solução interna ao centro organizado do poder, sem apelar a mecanismos de externalização da decisão (convocar o povo, representado por uma comissão, para resolver impasses e redefinir os limites constitucionais, seria confiar na paixão da multidão, das facções e de seus representantes, em vez de na razão dos homens prudentes que chegam ao centro de comando do governo; isso levaria a pressões por estender a esfera de ação de cada poder e, assim, ao desrespeito a um esquema claro de distribuição constitucional dos poderes). Além de manter as cadeias decisórias fechadas na estrutura interna do Estado, busca-se a independência entre os Poderes (sem interferências entre os agentes dos diferentes ramos) associada a controles múltiplos. O problema (da época) é que, diante da estreiteza das funções executivas e da contenção do Judiciário, o Legislativo avultava como o Poder naturalmente superior (o que Madison considerava atributo intrínseco do regime republicano). Os legisladores podem fa-

zer as normas gerais, têm acesso ao bolso dos contribuintes, sustentam redes de dependência social e exercem a capacidade de interferir na composição e no orçamento dos outros ramos do governo. O desenho constitucional dá ao legislador poderes mais extensos e menos sujeitos a limites precisos. Assim, cada Poder não estaria equipado com igual capacidade de autodefesa. A solução seria dividir o Legislativo, criando um freio interno por meio do bicameralismo. Tudo nesse desenho do centro constitucional organizado é justificado como garantia indispensável da propriedade e dos direitos individuais, e explicitamente quer blindar os interesses da minoria contra a “tirania da maioria”. Deve-se prevenir a tomada do Estado por uma facção e dificultar coalizões majoritárias, promovendo-se uma fragmentação ampla dos grupos e interesses (HAMILTON; MADISON; JAY, 2008, n. 47-58).

Tal institucionalidade de freios e contrapesos, talhada para uma república de cidadania reduzida, entra em fricção flagrante com a funcionalidade da democracia eleitoral. Como já diagnosticava Weber (1994), mesmo nos países de larga tradição liberal e em qualquer variante de sistema de governo democrático, seja no parlamentarismo inglês, seja no presidencialismo norte-americano, a competição eleitoral depende de lideranças plebiscitárias; na contemporaneidade, deslocou-se de vez a dominância ativa do Legislativo – mantendo-se, contudo, sua capacidade de bloqueio à iniciativa governamental. Outros eram os tempos idílicos em que os negócios públicos estariam sem perturbações nas mãos da deliberação parlamentar reduzida a uma aristocracia prudente.

O constitucionalismo norte-americano apenas evolutiva e tardiamente adicionou ao esquema inicial da separação de Poderes a atuação do Judiciário federal e da Suprema Corte no controle de constitucionalidade. Essa espécie de intervenção judicial no governo só veio a se tornar rotina muito depois do paradigmático caso *Marbury v. Madison*, de 1803. Durante cinco décadas, a Suprema Corte absteve-se de aplicar a “lógica” do juiz Marshall para invalidar a legislação federal, o que só veio a fazer no desastroso caso *Dred Scott v. Sandford* (1857), em que o Tribunal negou a competência do Congresso para proibir a escravidão nos territórios federais e firmou o entendimento de que descendentes dos escravos africanos importados pelo país, mesmo que já fossem libertos, não poderiam gozar da proteção da cidadania, da Constituição e do Judiciário dos Estados Unidos. A dose foi repetida em outros julgamentos, como o do caso *Lochner v. New York* (1905), no qual a Suprema Corte considerou inconstitucional (diante da liberdade de contrato implícita na cláusula constitucional do devido processo) uma lei que limitava a jornada de trabalho diária e semanal. Os conflitos gerados pela indisposição da Corte para com as reformas sociais e econômicas de

Roosevelt levaram-no a afirmar em 1937 a necessidade de “salvar a Constituição da Corte, e a Corte dela mesma”. Depois, a partir da década de 1950, a Suprema Corte expandiu sua atuação, ganhando simpatia por suas posições progressistas em matéria de direitos civis e políticos (uma marca é o caso *Brown*).

O crescente espaço ocupado pela Suprema Corte, dados os impasses programados pelo sistema de freios e contrapesos (inicialmente pensados como garantia da propriedade contra o populismo), associa-se à sua orientação e composição abertamente determinadas pelo conflito político-partidário. Ao mesmo tempo, movimentos sociais e grupos de pressão buscam obter dos juizes o que não conseguem validar por meio da decisão parlamentar.

Os poderes presidenciais são reconhecidamente flutuantes, dependentes das consonâncias ou dissonâncias com a formação da vontade parlamentar. Há quem aponte (LEVINSON; PILDES, 2006) que a própria lógica de precaução dos freios e contrapesos imaginados por Madison foi superada pela institucionalização da divisão partidária no presidencialismo americano, que promove uma interpenetração muito mais drástica entre os dois centros da autoridade política. Na medida da força relativa de cada partido em cada um dos Poderes, haverá maior competição ou colaboração entre os ramos do governo.

Assim como os Estados Unidos fornecem o paradigma mundial da judicialização das questões constitucionais, o constitucionalismo alemão do pós-guerra enfatizou exemplarmente o papel da Corte constitucional, com seus respectivos apoios argumentativos. A jurisprudência da Corte relativa à separação de Poderes não deixa de reconhecer, porém, um princípio de prioridades relativas entre os Poderes: deve-se garantir a decisão final ao órgão que disponha das melhores capacidades

pessoais, materiais e organizacionais, conforme o tema e o escopo da escolha.

Na França, diferentemente, desde a Revolução de 1789 uma tradição republicana enfatizou a desconfiança das cortes, vistas como garantidoras dos privilégios do Antigo Regime e da velha ordem corporativa e estatal. A seu modo, também há um esquema de ligação estreita entre Parlamento e Executivo, por meio de um regime de coabitação “semipresidencial”. O controle de constitucionalidade foi acoplado tardiamente, no final do século XX, pela atividade de um órgão conciliar que vem ganhando feições judiciais, com atribuições compartilhadas com as cortes superiores. A Corte Europeia de Direitos Humanos adicionou elementos supranacionais ao jogo puramente interno de política e direito.

Os sistemas semipresidencialistas foram classicamente descritos por Duverger (1980) como uma diarquia e definidos por três elementos: (1) a eleição direta, por sufrágio universal, do presidente da república; (2) a atribuição a ele de amplos poderes; (3) sua divisão da chefia do governo com um primeiro-ministro e um gabinete dependentes do apoio parlamentar e com amplos poderes executivos e governamentais. Como uma espécie de tipo ideal, um ou outro de seus componentes não está presente nas experiências concretas. Há constituições que dão ao chefe de Estado poderes de controle, de remissão a uma corte constitucional, de dissolução do parlamento, de convocação de referendo e mesmo de dispensa discricionária do primeiro-ministro, que então depende do apoio e confiança tanto do parlamento quanto do presidente. Na verdade, o perfil de um sistema semipresidencialista específico não pode ser traçado apenas com base no rótulo textual das constituições, mas precisa considerar a sinergia da definição

constitucional e da prática política rotinizada com seus entendimentos tácitos e costumes locais. Como nas criações do parlamentarismo inglês e do presidencialismo norte-americano, há uma evolução das práticas nacionais e um desenho institucional contingente, ao sabor das ideias disponíveis e dos pactos obtidos.

Nessa variante de república parlamentarista, o poder efetivo do presidente diante do primeiro-ministro depende da capacidade de liderança de cada qual, impondo em termos dinâmicos uma sucessão de presidentes fortes ou fracos, menos ou mais dependentes dos poderes de agenda parlamentares. O sistema tende ao parlamentarismo em países nos quais, mesmo que eleito diretamente, o presidente usualmente não exerce até mesmo boa medida de suas prerrogativas constitucionais. Por outro lado, o presidente pode na prática extrapolar suas atribuições, adentrando as competências do primeiro-ministro e do parlamento, e estes podem politicamente cancelar tal extrapolação, deixando de invocar os limites jurídicos.

Há constituições que colocam o presidente estritamente na chefia de Estado, sobretudo em situações análogas a um Estado de exceção, com funções quase ditatoriais de gerenciamento e arbitragem de crises nacionais, por oposição à rotina conduzida pela composição entre chefe de governo (primeiro ministro), gabinete e parlamento. Presidentes fortes por sua legitimação nacional e capacidade de comando podem subverter essa divisão constitucional, tomando mesmo a linha de frente do governo e submetendo o primeiro-ministro e o gabinete à obediência. A tendência vira completamente, em direção a um “superpresidencialismo”.

Em suas variantes, o semipresidencialismo é um sistema de poder flutuante da chefia de Estado, que bem poderá avançar sobre o comando do governo ou retraindo-se a funções excepcionais, conforme o domínio que tiver sobre a maioria parlamentar. É dinâmica a divisão de trabalho entre, de um lado, o presidente e, de outro, o primeiro-ministro, o gabinete e o parlamento. Essa dinâmica, de oscilação entre um parlamentarismo puro, desempenhando o presidente um papel análogo ao da rainha da Inglaterra, e um “superpresidencialismo”, com dominância incisiva sobre o parlamento, pode ser interpretada como estabilização de uma instabilidade.

Mais uma vez a trajetória é importante na definição do sistema de governo: afinal, países que adotaram o semipresidencialismo só o fizeram ao introduzir a eleição presidencial como segunda base de apoio popular ao lado da eleição parlamentar. Daí o “dualismo” desse regime, ao passo que as instâncias subnacionais de governo continuaram regidas pelo “monismo” parlamentar, sem eleição direta para o executi-

vo; note-se também a tendência centralista, não federativa, de Estados como Portugal e França (ALENCASTRO, 2015). Portanto, tratou-se de um elemento de maior abertura em países de tradição parlamentarista. A via inversa – de retrotração ao parlamentarismo de instituições com larga história de reprodução segundo o esquema presidencialista – revela dois defeitos invertidos (ALENCASTRO, 1993, p. 29-30). De um lado, presidente e primeiro-ministro podem apoiar-se em alianças partidárias distintas. Há, então, o risco de o presidente, eleito diretamente como chefe de Estado, juntar-se à oposição ao primeiro-ministro para tomar deste seu posto de chefia do governo. Afinal, o presidente tem legitimidade ampliada e pretenderá restaurar suas funções executivas diante de um chefe de governo eleito apenas pelo parlamento. De outro lado, se o presidente e o primeiro-ministro se apoiam na mesma maioria partidária, não apenas pode haver disputa interna pela primazia, como também se poderá neutralizar a função de contrapeso que um faz ao outro – e o parlamento, então, com primeiro-ministro e presidente alinhados, não controlará nada.

## **2. Parlamentarismo e presidencialismo na experiência brasileira**

Há que se notar que o parlamentarismo foi adotado na história política do Brasil com mecanismos e conjunturas muito peculiares. Primeiro, na experiência do Segundo Reinado, associado à faculdade do imperador de dissolver o Parlamento para compor novo gabinete. O art. 98 da Constituição de 1824 (IMPERIO DO BRAZIL, 1824) garantia ao imperador as prerrogativas de nomear os senadores, dissolver a Câmara dos Deputados, suspender ou adiar a Assembleia Geral (que reunia o Senado e a Câmara de Deputados), nomear e demitir livremente os ministros de Estado, suspender juízes, perdoar e moderar penas. Assim, a pretensa estabilidade do parlamentarismo era assentada na necessidade de formação de consenso no Legislativo, derivando desses representantes a composição do governo. Com a detenção do Poder Moderador pelo imperador, o processo inverteu-se e gerou alta rotatividade na composição ministerial – entre 1847 e 1889, houve 32 gabinetes, o que resulta numa duração média de menos de um ano e meio por gabinete. Nenhum grande abalo na linha de governo foi sentido por essa instabilidade. A estabilidade não estava tanto lastreada na instituição do parlamentarismo transfigurado pelo exercício do Poder Moderador (sobretudo a partir da criação do cargo de presidente do Conselho de Ministros em 1847, também nomeado e demitido pelo

imperador). Afinal, tratava-se mais de um presidencialismo monárquico, no sentido de que o imperador dissolvia a Câmara e convocava novas eleições unilateralmente, e o Parlamento não lançava mão de moção de desconfiança, atualizando a responsabilidade política dos ministros diante do Legislativo. Pode-se considerar que a fonte de tal estabilidade política (a despeito da alternância de gabinetes liberais e conservadores) repousava sobre a estrutura social quase estamental, com privilégios hereditários, poder privado rural e escravidão. O filtro estabilizador – a permitir que o imperador trocasse a composição do governo sem alterar seu sentido – era dado pelo desenho institucional do processo eleitoral, combinado com os movimentos do Estado unitário.

Consideremos que, em seus antecedentes, há o período colonial, caracterizado pelo exercício do voto censitário, centrado ao redor das câmaras locais, que concentravam indistintamente funções executivas, legislativas e judiciárias, sendo dominadas pela nobreza da terra e atuando como reafirmadoras dos poderes privados. Durante o Império, houve experiência variável de reafirmação do poder provincial das câmaras locais, com movimentos de descentralização e centralização do Estado nacional – como no caso do Ato Adicional de 1834 (IMPERIO DO BRAZIL, 1834), que criou as assembleias legislativas provinciais, e o seu contraponto, a Lei de Interpretação de 1840 (IMPERIO DO BRAZIL, 1840), que restringiu as competências dessas assembleias. Notas determinantes eram o sufrágio indireto, com censo progressivo de renda e ampla discricionariedade (senão arbitrariedade) das mesas e juntas eleitorais que geriam o processo de alistamento, votação e apuração. Já no final do Império, estabeleceu-se sufrágio direto, num só grau, e cujo caráter censitário foi prontamente excluído com a instauração

da República, que também ampliou o direito de votar e ser votado – excluindo “apenas” mulheres, mendigos, analfabetos, religiosos etc. (NICOLAU, 2004). Nessa medida, o povo incluído como referente do sistema político era diminuto e os postulantes a representá-lo eram significativamente homogêneos em termos sociais, raciais, econômicos e ideológicos. O poder pessoal do imperador podia manobrar esses poderes sem alterar o rumo de seu governo.

Diferentemente, na experiência do parlamentarismo republicano de 1961-1963, a excepcionalidade do expediente da troca de sistema de governo e sua frágil legitimação num contexto de volatilidade política conduziram do mesmo modo à instabilidade do governo, com a sucessão de três primeiros ministros em menos de um ano e meio. A democracia de 1946 expressa bem a emergência de conflitos de classe numa estrutura crescentemente urbana e industrial. A combinação de hierarquia de ordens sociais e exclusão escravocrata dá lugar à crescente autonomia das demandas e da formação de ideologias pelas camadas médias urbanas, da nova classe operária e, sucessivamente, do próprio campesinato.

Tanto a estrutura social quanto as instituições políticas vieram a ser alteradas profundamente a partir da Revolução de 1930, que teve como uma de suas bandeiras a “garantia do voto”. Dos códigos eleitorais da década de 1930 e da Constituição de 1934 (BRASIL, 1934), de breve duração, resultaram mudanças fundamentais, como a instituição do voto feminino e a organização da justiça eleitoral, o que reforçou o sigilo do sufrágio e sufocou em medida relevante o coronelismo – ora contrabalançado por mecanismos corporativistas como a representação profissional, ora pelo autoritarismo centralizador explícito. Por meio daquelas reformas seria possível uma alteração substan-



cial no grau de “colonização” da legalidade eleitoral pelos poderes locais, pelo favor e pela violência, afirmando-se uma racionalidade impessoal e burocrática. A vigência excepcional e fugaz do constitucionalismo de 1934, porém, comprometeu esses desdobramentos. Todavia, já na democracia de 1946, houve a integração da justiça eleitoral ao Judiciário, a determinante nacionalização dos partidos e a mudança estrutural marcada pela transição da predominância rural da população à prevalência urbana, com a desestruturação das formas tradicionais de cerceamento do exercício do voto (NICOLAU, 2004). A mudança da estrutura social repercutiu na forma da instabilidade política, por meio dos vetos oligárquicos entrincheirados no Parlamento contra governos reformistas da democracia dita “nacional-populista” (ou, em termos econômicos, “nacional-desenvolvimentista”).

No plebiscito sobre forma e sistema de governo de 1963, o presidencialismo garantiu 82% da preferência popular diante do parlamentarismo. Também no plebiscito constitucional de 1993, convocado após derrota do parlamentarismo no plenário da Assembleia Nacional Constituinte, houve reafirmação majoritária do presidencialismo, com mais que o dobro de votos do parlamentarismo. Isso não gerou, porém, estabilidade unívoca, nem do lado da política (impedimento de dois presidentes), nem do lado do direito (instabilidade do texto e sentido das normas constitucionais).

Sem discutir o mérito dos processos de *impeachment* (com a tentativa de renúncia, no primeiro caso, e a motivação de manobras contábeis no orçamento público, no segundo)<sup>2</sup>, vale enfatizar de um lado a influência parlamentar no desenho e na implementação da CRFB, mesmo sob um sistema presidencialista. Essa influência é, por um lado, meramente negativa (veto em troca de “facilidades” no Executivo) e, por outro, focada na dignificação legislativa ou constitucional de interesses corporativos ou particularistas (como nas emendas orçamentárias). A iniciativa legislativa do que há de mais relevante permanece concentrada no Executivo, quando não é radicalizada na forma das medidas provisórias. Por outro lado, o entrincheiramento de interesses menos

---

<sup>2</sup> Queiroz (2015, 2017) diagnosticou um descompasso entre a previsão constitucional do *impeachment*, em um sistema presidencialista cuja estabilidade é lastreada no mandato fixo e na excepcionalidade dos “crimes de responsabilidade”, e a Lei nº 1.079/1950 (BRASIL, 1950), que os tipifica. O caráter penal do impedimento fica, então, comprometido pela largueza na tipificação daqueles crimes, que foram definidos em um debate legislativo liderado pelos defensores da parlamentarização do sistema político brasileiro – isto é, tais “crimes” aproximaram-se da responsabilização puramente política do governo pelo Parlamento, como ocorre com o voto de desconfiança no parlamentarismo. Há então uma contaminação do presidencialismo pelo parlamentarismo (o mandato fixo do chefe de governo pode ser interrompido por uma responsabilização mais política do que jurídico-penal), sem a estabilidade dada pela distinção e manutenção da chefia de Estado características do sistema parlamentarista.

ideológico-partidários que setoriais e regionais persiste em todas as fases e ciclos do processo legislativo: a começar pela indefinição, em “fórmulas de compromisso dilatatório”, de direitos, procedimentos e competências, inclusive no texto constitucional – o que não é mero “idealismo” jurídico, mas cumpre a função de dar um alibi simbólico, enquanto se posterga a um futuro distante os mecanismos institucionais que concretizariam as expectativas programadas (NEVES, 2007); e a prosseguir pela “batalha regulamentar” (FARIA, 1989, cap. 6) na concretização legislativa e na especificação administrativa dos termos em que as proclamações constitucionais e legislativas serão de fato implementadas ou bloqueadas.

Do lado do direito, ainda, a rigidez, diante da extensão das matérias e detalhamentos organizacionais constitucionalizados, não garantiu qualquer estabilidade do corpo constitucional. Afinal, em três décadas de vigência, a CRFB foi radicalmente redefinida em alguns aspectos (como a ordem econômica), por emendas que beiram uma centena. Diante dessa volatilidade e da indefinição calculada das normas jurídicas, o Judiciário, ao mesmo tempo em que se sobrecarrega, em sua função de controlar a consistência do direito, avoluma-se sobre as competências (e incompetências) da decisão política.

Os dilemas institucionais e os desvios improvisados na forma de interpenetração dos poderes políticos têm uma contraparte semântica, nas matrizes que influenciaram nosso constitucionalismo. Pode-se identificar na CRFB a convergência de duas tradições que marcaram a República no Brasil: transplantes de um “liberalismo protodemocrático” nos moldes dos Estados Unidos e de um “weimarismo tardio”, isto é, de uma linhagem social-democrata europeia (UNGER, 2011). Da primeira origem, copiou-se um modelo de autocontenção do poder e precaução mediante a produção continuada de impasses, sobretudo pelo bloqueio parlamentar à iniciativa governamental. Da segunda, uma propensão à proclamação de direitos sociais e uma válvula de escape da normalidade constitucional: o Estado de exceção.

Nos regimes autoritários, a legalidade pôde ser tripudiada nos termos de uma autólise do próprio direito, subordinado ao instrumentalismo político despótico: caso das disposições transitórias e finais da Constituição de 1937 (arts. 175-187) (BRASIL, 1937), com a declaração do estado de emergência e a substituição da legislação pelos decretos-leis do Executivo; igualmente, caso dos atos institucionais do regime militar e de outras medidas de exceção, como as Emendas nºs 7 e 8 à Constituição de 1969 (BRASIL, 1969, 1977a, 1977b) (o “Pacote de Abril”, de 1977, com mudanças *ad hoc* no procedimento eleitoral e fechamento do Congresso por duas semanas). Contudo, também nos

períodos democráticos a exceção se fez presente de uma forma ou de outra; por exemplo, sob a Constituição de 1891 (BRASIL, 1891), nas imoderadas declarações de estado de sítio e intervenção federal nos estados, exorbitadas nos termos da Emenda Constitucional de 1926. No constitucionalismo de 1988, o equivalente funcional de um Estado de exceção permanente reside no abuso das medidas provisórias pelo Executivo, desconsiderando seus requisitos de relevância e urgência (art. 62).

Em vez da solução de apelo popular (afastada pelos federalistas norte-americanos) e do recurso militar marcante da trajetória republicana brasileira, o constitucionalismo de 1988 buscou nova via. A combinação de altas promessas (pela via da extensão progressiva nas declarações de direitos) com um desenho de impasse institucional (os freios e contrapesos do presidencialismo imaginado por Madison) acabou por provocar (em termos globais, a partir da Segunda Guerra Mundial; e, no Brasil, especialmente a partir da redemocratização) a convocação de um novo agente híbrido como superador desse travamento decisório no centro político: a jurisdição constitucional, sobretudo aquela centralizada no Supremo Tribunal Federal (STF), que é a um só tempo Corte constitucional (sede do controle concentrado, abstrato, direto de constitucionalidade), sede da prerrogativa de foro por exercício de função de Estado e última instância recursal do Poder Judiciário.

A judicialização da política tem três dimensões: o recurso à arena forense para a adjudicação de direitos relacionados a políticas públicas ou para uma continuidade da disputa político-partidária e a contaminação decisória de critérios jurídicos por preferências políticas. Em qualquer caso, o Judiciário carece das precauções dadas pelo mandato fixo e pela pressão eleitoral. No deslinde de impasses institucionais, em vez de exercer um papel garantista contramajoritário, aparece como aquela organização que deve formular, nos termos da argumentação jurídica, soluções ainda que precárias e provisórias a dilemas e conflitos de interesse dos quais os poderes políticos se evadem. Não obstante, o STF impõe-se apenas na medida em que concertada – ainda que de forma extrainstitucional, e sem a publicidade e o controle procedimental devidos – com os Poderes políticos. Caso contrário, a autoridade judicial corre o risco da desconfirmação.

Especialmente o recurso simbólico da declaração de direitos ajudou a inflacioná-los: isto é, a gerar expectativas (de acesso a bens e serviços) muito superiores à capacidade de atendimento pelo Estado, seja pela via política (bloqueada por impasses e concessões que evitam as reformas estruturais das quais depende a fruição efetiva daqueles direitos prometidos), seja pela via judicial (talhada para a adjudicação individual, e

não para o desenho, implementação ou controle de políticas públicas). Note-se que o acesso aos recursos prometidos como direitos dá-se primariamente pelos sistemas funcionais de referência (educação, religião, ciência, saúde, economia, arte, esporte, família), em segundo lugar pelas políticas públicas implementadas pelo aparato burocrático do Executivo (administração pública) e apenas subsidiariamente pela interpretação e aplicação dos direitos textualizados na CRFB. A tentativa do Judiciário de compensar a incompetência da política – e da política de compensar a incompetência da economia e dos demais âmbitos – gera distorções distributivas e movimentos de reversão das conquistas sentenciadas ou “decretadas”.

### **3. O presidencialismo como desestabilização plebiscitária**

A forma institucional da democracia representativa lastreia o voto na identificação universalista e ideológica com partidos; é pressuposto do mandato representativo, por oposição ao mandato imperativo, não a correspondência estrita entre vontade do representante e vontade do representado, mas o desdobramento das decisões coletivamente vinculantes tomadas no Estado em uma decisão de segunda ordem: a decisão sobre quem vai decidir. A agregação genérica de consenso no procedimento eleitoral permite que a política se assente incongruentemente sobre os diversos grupos, classes, papéis e distinções sociais. Não há uma correspondência biunívoca entre segmentos sociais e partidos que “monopolizem” sua representação. É a identificação com pautas e temas representados no debate, na formação da opinião pública, que primeiro sinaliza e instiga a identificação de preferências do eleitor. Esse debate é, então, processado e programado pelas organizações partidárias, grupos de interesse e movimentos sociais, moldando suas propostas e reivindicações. Há, obviamente, movimento nos dois sentidos: a “sociedade civil organizada” pauta a opinião pública pelos meios de comunicação e a mídia ressoa demandas capturadas e representadas pelos grupos em disputa por poder.

Assim, as demandas econômicas, jurídicas, educacionais, sanitárias, científicas, religiosas, familiares e também as propriamente políticas “irritam” o sistema político, sendo traduzidas em pautas da opinião pública. A opinião pública apenas repercute diretamente na representação, na formação da vontade estatal, mediante procedimentos – voto em instâncias participativas, plebiscitos ou referendos, iniciativas legislativas ou, sobretudo, eleições. Há, porém, uma mediação entre a esfera pública e o centro estatal do poder. Essa mediação é feita não apenas pelos par-

tidos, mas também por outras organizações, como movimentos sociais e grupos de pressão.

É nesse sentido que a ciência política contemporânea nota a convivência do padrão de representação partidária, baseado na identificação universalista e abstrata com valores políticos e programas de governo, com outros padrões de mediação da opinião pública, isto é, com outros agentes construtores do voto e da representação. Um primeiro padrão de construção eleitoral parasitário ao reconhecimento ideológico e programático com linhas partidárias é atuante principalmente no nível local. É o clientelismo. Em vez de dirigir-se de modo impessoal e abrangente à opinião pública, o candidato ou representante busca o contato direto com o eleitor e a comunicação realiza-se nos termos da troca de voto por favores, de apoio político por benefícios particulares. A política aqui está imersa numa rede de reciprocidades e patronagem, sem agregação impessoal de interesses. Bens, serviços e cargos são a moeda fundante da lealdade. Nessa reprodução mimética da estrutura social, relações de dominação e identidades comunitárias são reforçadas no nível político. Um poderoso local pode mobilizar seus dependentes e subordinados conforme os favores obtidos ou prometidos por determinado político. Há uma coação difusa que, se não garante confiança, é eficaz pelo medo de punição ou promessa de prêmios.

Essa estrutura de poder local entrincheirada nas necessidades, carências e subordinações da comunidade teve expressão na formação da vontade governamental, sobretudo no caso da República Velha. Uma específica estrutura de poder local, fundada na dominação econômica com lastro na propriedade fundiária, configurava o “coronelismo” (LEAL, 2012). As disputas entre coronéis locais selecionavam as oligarquias com escala regional. A política de governadores permitia ao presidente da República manter seu apoio com base na satisfação das demandas, formação de consensos e rotação de posições dentro desse pequeno círculo de curto-circuito entre poder econômico e político. Pode-se interpretar que a instituição do presidencialismo e do federalismo pela Constituição de 1891 contou com um fenômeno paralelo, uma “parainstitucionalização” de mecanismos de apoio e tomada de decisão assentados em simbiose ou parasitismo com a estrutura social dominante. Nela as pretensões liberais, universalistas e emancipatórias consagradas na semântica constitucional e formalizadas nas instituições constitucionais encontravam sua contextualização – seus limites e suas condições de funcionamento. O contrapeso do poder oligárquico em sua hierarquia (dos poderes locais aos estaduais, que disputavam o Partido Republicano de cada estado; e, finalmente, a alternância entre oligarquias de Minas Gerais e São Paulo), com a instituição da política dos

governadores a partir do governo de Campos Sales (1898-1902), substituiu o poderio militar que implantou e garantiu a República nos seus primeiros anos.

Afora o parasitismo particularista, na forma do clientelismo, a representação partidária pode estar submetida a outra configuração, a do corporativismo, que foi a forma institucional preferida em meados do século XX, quando se diagnosticava a crise do Estado liberal. Desde as encíclicas papais (*Quadragesimo Anno*, de 1931) até as práticas do *New Deal* de Roosevelt nos Estados Unidos e das social-democracias na Europa (notadamente na fase áurea do Estado de bem-estar social, até a década de 1970, mas em alguma medida até hoje), é uma experiência de configuração política que tomou a forma mais radical nos regimes autoritários, como o fascismo italiano.

Semanticamente, encontra-se a teorização dessas práticas na crítica “protofascista” da democracia parlamentar feita por Pareto, Mosca e Michels (LAMOUNIER, 1981, p. 241-244). Segundo entendiam, a “lei de ferro das oligarquias” seria intrínseca a toda forma de organização; a estrutura descentralizada e participativa tende a centralizar-se sob o comando de certas elites ou oligarquias. A alternativa seria controlar a emergência das massas populares pelo contrapeso de uma liderança política forte. Contra a oligarquia entrincheirada na burocracia, busca-se a dominação carismática e personalista, capaz de dar unidade ao Estado e à sociedade. A polarização entre massa e líder constitui uma autoridade autocrática capaz de dar conteúdo e eficácia ao que seriam os “formalismos” e “artificialismos” da democracia liberal.

Sob uma configuração corporativista, o Estado, centro do sistema político, controla estreitamente a periferia política – o campo dos partidos, grupos e movimentos. No limite, há

partido único e poucos grupos ou movimentos sociais, de base nacional e reconhecimento submetido à burocracia centralizada do Estado. Mais comumente, o corporativismo é uma configuração que pode subsistir em democracias multipartidárias, desempenhando o Estado o papel de árbitro dos conflitos entre capital e trabalho, promovendo então “concertações”, “pactos” ou “contratos sociais”, que normalmente se reduzem às negociações salariais entre grandes empresas (sobretudo quando o Estado participa de sua governança, como investidor institucional) e as parcelas mais organizadas e sindicalizadas do trabalho, de modo que os interesses dessas partes são contrapostos aos interesses desprotegidos da maioria desorganizada e desmobilizada, das pequenas empresas, dos trabalhadores terceirizados, precários ou de setores menos intensivos em capital e mão de obra (UNGER, 1999, p. 42-46).

No Brasil, o exemplo histórico mais característico do corporativismo ocorreu durante o regime autoritário do Estado Novo, período mais longo da história nacional em que o Parlamento permaneceu fechado (de 1937 a 1945). Em vez do controle oligárquico, o controle burocrático afirmava-se como filtro e direcionador da soberania popular. Um de seus mecanismos foi a representação funcional, corporativa, classista ou profissional no sistema político (e, no próprio Judiciário, na justiça do trabalho), aliada a um controle estatal dos sindicatos oficiais e de suas lideranças. A Constituição de 1934 (art. 23) (BRASIL, 1934), por sua vez, consagrava a representação profissional na Câmara dos Deputados, escalonando que, em cada círculo profissional, haveria um representante patronal e outro trabalhista; em cada grupo, delegados das associações eleitos indiretamente por “graus sucessivos”. Na ordem de 1937, dissolvido o Parlamento, é a

concertação entre capital e trabalho que garante alguma “representação” da sociedade dentro do Estado e sob seu controle. A instabilidade gerada pela expansão do voto entre 1930 e 1964 teve naquele interlúdio autoritário o contrapeso da mediação sindical.

É justamente como terceiro elemento da configuração de uma democracia de massas – ao lado do clientelismo e do corporativismo – que devemos localizar o populismo. Ele é, acima de tudo, uma reação à concentração oligárquica do poder, um apelo direto à sustentação do centro de poder governamental pela opinião pública. Contra as elites representadas no Parlamento, busca o peso das massas excluídas e desorganizadas. Menos que uma pretensão de insinceridade e demagogia por parte dos governantes e seu corpo de reformadores, o populismo aqui diz respeito a uma dificuldade de organização democrática da maioria; é mais um atalho à mobilização popular, desatenta de uma política comandada por interesses poderosos. Sua fraqueza, porém, está na suscetibilidade aos ciclos de confiança e desconfiança na política. Na medida em que os riscos políticos são elevados, tanto se pode dinamizar o potencial de reforma estrutural quanto se abrem espaços para o contrafluxo conservador, que inviabilize ou desfça os resultados de eventuais mudanças. Então, o movimento autoritário é capaz de desmobilizar o apoio popular (que fora insuficiente para manter o governo democrático) e “reentrincheirar” o Estado junto às forças sociais dominantes, capazes de garanti-lo enquanto sirva como atalho para a retomada de uma política rotineira, voltada a menos “intervenção” na distribuição desigual de poderes e oportunidades em que se assenta a reprodução econômica, educacional, midiática, cultural. Os atalhos populista e autoritário (UNGER, 1999, p. 59, 1990, p. 58) são a expressão políti-

ca de uma cisão nos demais âmbitos sociais, a começar pela economia e pela educação, entre incluídos e excluídos. A desigualdade estrutural elevada é que gera o apoio revoltado dos excluídos a um governo que, se não consegue efetuar mudanças institucionais profundas, ao menos oferece compensações e assistência social; é também a latitude dessa desigualdade que produz a deixa para os incluídos apoiarem o movimento de fechamento autoritário contra as demandas das massas. Em termos da política econômica, reproduz-se então o pêndulo entre um populismo inflacionário e redistributivo (que acaba por ser ineficiente e destrutivo da economia instituída) e uma ortodoxia financeira e monetária, que se não reestrutura a economia a ponto de torná-la mais inclusiva, ao menos a regenera para mantê-la funcional aos já incluídos nos setores “modernos”, com o compromisso dilatório de no futuro incluir os “atrasados”. Quando o autoritarismo já não é mais necessário para garantir tal “regeneração”, abre-se espaço para a transição a um governo democrático moderado. Como os resultados que este apresenta serão insignificantes diante das carências de uma sociedade cindida em um dualismo econômico e educacional, jurídico e cultural, um governo que prometa mais mobilizará maior apoio. Reproduz-se então o círculo vicioso de moderação, populismo e autoritarismo (UNGER, 2001, p. 139-143).

O ponto fraco do populismo está em que a força desse governo pessoal demandaria uma mobilização contínua e reiteração do apoio ao governante para além da fugacidade de sua eleição direta. Como tal sustentação direta do líder pelas massas não se faz espontaneamente, mas exige a mediação organizacional, um expediente utilizado é justamente o corporativismo: adensar a periferia política, mas ao mesmo tempo mantê-la à sombra do governo em exercício, garantindo que os sindicatos e

movimentos sociais não passem da afirmação do governo à sua crítica. Em vez de se esperar e induzir a auto-organização da “sociedade civil”, cria-se artificialmente um bloco de apoio do governo, fora do Estado, embora bem próximo a ele. O outro expediente utilizado para essa renovação continuada do apoio demandado por um governo reformista é reproduzir continuamente o exercício do voto – mediante eleições antecipadas, plebiscitos e referendos. Assim o governante garante um canal de comunicação mais direto com o povo, desprendendo-se do circuito fechado dos poderes constituídos. Se o corporativismo eleva os riscos de captura dos movimentos sociais pelo Estado e de captura do Estado por interesses privados, o assembleísmo plebiscitário assentado na prerrogativa unilateral do Executivo (de convocar o engajamento popular direto) tende a resultar no enfraquecimento dos controles parlamentares e na concentração de poder no Executivo. Na medida em que reforça os riscos dessa política dita “extrainstitucional”, fora do centro organizado do Estado, o líder pode também não suscitar o apoio suficiente dos grupos e movimentos sociais que garantiriam, no lugar da representação parlamentar, o apoio a seus projetos reformistas. Para garantir a eficácia do governo, pode então cortar de vez os vínculos com a periferia política (assentada na competição partidária e na pluralidade de grupos de interesse e movimentos) e mesmo com o eleitorado (por meio do voto). Daí o espaço aberto ao autoritarismo. O fechamento parlamentar (como na ditadura varguista) ou a eleição indireta do presidente em um regime bipartidário controlado por cassações e expurgos (como na ditadura militar) garantem a coesão do Estado autoritário e sua busca de legitimação pela eficiência – a unidade de comando “bonapartista” ou “bismarckiana” à burocracia pública dá condições de planejamento e direção capazes de impulsionar a atividade produtiva como se produzisse uma mobilização de recursos próxima à de uma economia de guerra.

Assim é que as teorias da modernização, que no nível teórico deram justificativa internacional aos regimes autoritários latino-americanos, diagnosticaram um descompasso entre as forças emergentes da mobilidade e mudança social e a institucionalização de sua participação política; e apresentaram o autoritarismo político como correção transitória, mas necessária, aos impulsos de “desinstitucionalização” acentuados por um governo assentado em programas de reforma estrutural (as “reformas de base”: agrária, urbana, bancária, fiscal, universitária e eleitoral) e com pouco apoio dos poderes sociais (econômico, midiático, cultural) dominantes nos partidos e representados no congresso (HUNTINGTON, 1968, cap. 4). A força militar, que apoiou a instauração da República, em parte sustentou a revolução de 1930 (tenentismo)



e tutelou os governos eleitos sob as instabilidades do constitucionalismo de 1946, veio a ser reativada para dar o golpe em 1964.

Da argumentação alinhavada até aqui extrai-se a observação de que é insuficiente a representação partidária e sua canalização por procedimentos e competências numa interdependência de poderes mais presidencialista ou mais parlamentarista, e apenas atua sob a mediação de outros poderes – o poder pessoal do governante, uma rede de poderes, favores e dependências pessoais ou a negociação com interesses poderosos e bem comunicados. Daí que haja uma espécie de neocorporativismo que, longe de ser a exceção vinculada a regimes autocráticos, tornou-se a regra das democracias representativas (SCHMITTER, 1974). É o caso do pluralismo de grupos de interesse (DAHL, 1989). Assim, permanecem dinâmicas complementares de captura dos movimentos sociais e grupos de pressão pelo estado e, sobretudo, de captura do Estado por grupos de interesse setoriais, que “colonizam” a representação política em nome de pautas e interesses minoritários, em geral a favor de setores socialmente poderosos (poder econômico, religioso, midiático). É uma dinâmica de privatização do Estado e particularização do mandato representativo. A política torna-se, então, refém desses novos acertos oligárquicos. No mínimo, eles conseguem barrar o avanço de medidas reformadoras de interesse majoritário; no máximo, conseguem cristalizar como direito favorecimentos materiais e simbólicos aos grupos e poderes em que ancoram sua lealdade. A imagem clássica do liberalismo e do contratualismo – o vínculo direto entre o indivíduo e o Estado, sem “organizações intermediárias” – carece de qualquer acuidade descritiva no cenário da política contemporânea.

Da mesma forma que o corporativismo, o clientelismo está longe de permanecer como mera referência histórica. Pelo contrário, encontra-se ativo sobretudo no nível de representação parlamentar local (ALMEIDA; LOPEZ, 2011). Isso porque não se trata de um “resquício pré-moderno”, mas de um atendimento às demandas emergentes nos próprios processos de modernização, com as inclusões e exclusões que surgem fundadas nas hierarquias organizacionais, na divisão social de posições ocupacionais, no acesso precário a serviços públicos e nos pertencimentos a diferentes associações religiosas, culturais e outras. Para suprir esse déficit de serviços públicos, o candidato ou eleito pode prometer, em troca de voto, apoio e mobilização, empregos e acesso a benefícios sociais, remédios ou tratamentos de saúde, vagas em escolas ou direcionamento da atividade policial. Nos termos da teoria da escolha racional, há um jogo perfeitamente racional, instrumental ou estratégico, entre atores em busca de maximização de seus interesses.

Dadas as bases locais da representação parlamentar, esse fator clientelístico e particularista continua a ter seu peso no plano nacional, e é de se supor que apenas seria reforçado em sistemas eleitorais distritais. O legislativo estadual e, especialmente, o nacional aliam, de maneira ainda mais evidente, os apoios corporativos de grupos de interesse, que pautam os vetos e as iniciativas legislativas, as emendas orçamentárias, as bases eleitorais e programáticas dos candidatos e eleitos. As bancadas parlamentares que representam, mais do que qualquer localidade ou ideologia, setores econômicos, religiosos ou do próprio aparato estatal, são uma realidade que faz os *lobbies* e partidos entrarem em simbiose.

Menos que uma convergência programática, num cenário de ampla fragmentação partidária, a fórmula do “presidencialismo de coalizão” expressa um fenômeno de cooptação entre Executivo e Legislativo, uma concentração de poder, uma “parainstitucionalização” das instituições presidencialistas análoga aos efeitos da política oligárquica da República Velha. Num sistema presidencialista, trata-se de uma acomodação aos poderes concretos assentados no Parlamento, sobretudo mediante mecanismos de barganha particularista na forma de emendas orçamentárias e cargos e verbas na administração pública, barganha assentada igualmente nas pressões corporativas setoriais e nas demandas de favorecimento regional e local – tal como na pirâmide oligárquica que sustentava o presidente sob o constitucionalismo de 1891. As coalizões contemporâneas fundam-se tanto na fragmentação partidária (multipartidarismo e representação proporcional) quanto na diversidade regional (federalismo), de modo que a formação de coalizões não se tornaria desnecessária nem mesmo em situação de apoio majoritário do partido governista no Parlamento (ABRANCHES, 1988). Com a formação de coalizões, o Executivo ganha espaço para fugir a controles parlamentares (mediante comissões parlamentares de inquérito) e continuar na liderança da pauta legislativa. O controle da agenda e pauta legislativa pelo Executivo, em troca dos retornos em cargos, emendas orçamentárias e apoio eleitoral à base aliada, acaba por minar a autonomia do Legislativo na formulação de políticas públicas (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998) – que na teoria do presidencialismo seriam apenas executadas, mas não definidas pelo governo. O Executivo desarma o Legislativo e desconfirma sua capacidade deliberativa; o Parlamento cria dificuldades para vender facilidades, tomando o espaço da administração pública profissional, impessoal e continuada. A desagregação mútua dos Poderes pode não levar à paralisa decisória, como sob o constitucionalismo de 1946 (LIMONGI, 2006), mas é capaz de sustentar apenas iniciativas governamentais que não

firmam frontalmente interesses poderosos de minorias bem representadas. Enquanto se adiam reformas estruturais, trocando-as por soluções paliativas, fragmentárias e incoerentes – uma legislação ineficaz, amorfa e autocontraditória –, produz-se a pressão para as mudanças só se viabilizarem diante de graves crises.

Em face dessas dinâmicas “parainstitucionais” – clientelísticas e corporativistas – que contextualizam o exercício da democracia representativa e do mandato vinculado a partidos políticos, deve-se verificar sua simbiose com os diferentes sistemas de governo. Pelo exposto, há que se considerar que a reflexividade política garantida pela eleição direta do chefe de governo desestabiliza o acerto oligárquico que de outro modo, no sistema parlamentarista, seria a base de sustentação direta do executivo.

#### **4. A reforma do presidencialismo: mais democracia**

Nas propostas de reforma do sistema de governo em direção a um semipresidencialismo, em geral se mantém a eleição direta do presidente da República (característico da República, e não do presidencialismo), mas reduzem-se suas prerrogativas de direção governamental, em favor de primeiro-ministro eleito indiretamente pelo Legislativo (chave do parlamentarismo), ou indicado pelo presidente, mas dependente da confiança parlamentar. O presidente, no limite, reduz-se às funções simbólicas e cerimoniais de chefe de Estado. O programa de governo e sua implementação são decididos como derivação da vontade parlamentar. Com isso, se “parlamentarizaria” o sistema político brasileiro, dando-lhe estabilidade. Porém, na verdade, a busca de sustentação pela maioria na eleição presidencial (sobretudo no sistema em dois turnos) diminui a propensão do eleito de atuar como representante de setores e interesses mais estreitos; ele depende de fato de apoio majoritário, buscado incongruentemente em diversos setores, classes, regiões etc. Com efeito, a eleição presidencial adquire caráter plebiscitário e dá legitimação para o presidente negociar com o Congresso a execução de seu programa de governo, especialmente nos primeiros meses subsequentes à consagração eleitoral. Se aproximar o centro de governo do Executivo diminui as tensões entre os Poderes, esvazia também o potencial dos interesses majoritários expressos na eleição direta do governo, mas sub-representados na fragmentação parlamentar.

A nota característica do presidencialismo quanto ao processo decisório governamental – a negociação entre duas fontes de poder po-

lítico diretamente emanadas do voto direto (presidente e parlamento) – introduz de fato um elemento desestabilizador em comparação com a formação de consenso reduzida a um parlamento do qual deriva o gabinete de governo, que vem a ser controlado pela ameaça da moção de desconfiança com a perda da base de apoio majoritária no parlamento. A redução das funções do presidente da República na chefia de governo – sentido das reformas em direção ao parlamentarismo ou semipresidencialismo – garante maior unidade de vontade do Estado, isto é, dos poderes políticos. Essa consonância seria, portanto, a solução para os impasses gerados pelo presidencialismo, ao distanciar o Poder Legislativo do Poder Executivo, proporcionando ocasiões sucessivas de divergência e impasse. O efeito oligárquico, sem a escolha direta do chefe de governo, seria um preço a se pagar contra tal travamento da decisão estatal. A solução seria menos democracia – colocar a decisão de segunda ordem (a escolha sobre quem decidir – no caso, a eleição do chefe de governo) sob uma fonte derivada de autoridade (o Legislativo eleito diretamente).

Há dois argumentos a considerar contra tal proposta: o primeiro, quanto à acuidade descritiva desse diagnóstico, o segundo quanto às alternativas institucionais que ele deixa de considerar e que dão o pano de fundo para julgar a preferência relativa entre os arranjos de poder. No que diz respeito ao diagnóstico, não é mais verdade que o presidencialismo promova a separação e o equilíbrio entre os Poderes políticos, garantindo a distensão entre o processo legislativo e o processo administrativo, executivo e governamental. A iniciativa legislativa do Executivo, as medidas provisórias e a própria colonização dos ministérios pelas indicações dos partidos com força congressional formam um cenário de absoluta interpenetração dos Poderes. Num cenário de acentuação parlamentar na escolha e na prerrogativa de destituição do governo, a tendência seria reforçar essa coincidência, sem contar com o potencial desencontro entre a vontade do Executivo, referida a uma maioria inorgânica, e a vontade do parlamento, sede de apoios mais estritos e ligações mais densas com determinados setores, grupos e poderes.

De outro lado, o preço desse potencial desestabilizador, dessa não coincidência, pode ser minorado por uma série de mecanismos que institucionalizem mais participação em vez de confiar em maior concentração de poder no circuito fechado dos poderes constituídos. Se democracia é decompor decisões em mais subdecisões (LUHMANN, 2005, p. 28; AMATO, 2017, p. 226-227), a eleição direta do chefe de governo é mais uma decisão alinhada à expressão direta do voto popular (por contraposição à escolha apenas dos representantes que elegeriam

o governante e escolheriam seus ministros); significa mais democracia. Como evitar o defeito principal do presidencialismo – os impasses, o travamento do centro decisório do estado pela dissonância entre a vontade do executivo e a vontade majoritária do parlamento – sem produzir o “reentrincheiramento” dos interesses poderosos esperável de uma diminuição das competências presidenciais e de um reforço em direção à dominância parlamentar?

De um lado, a perda do fator plebiscitário da eleição direta do chefe de governo, que garante o maior peso do voto ideológico e da representação partidária, no presidencialismo, significaria reforçar os outros mecanismos democráticos – assistencialismo e corporativismo. De outro, a acentuação do poder pessoal, com a concentração de competências governamentais no presidente, pode gerar uma inflação política: promessas além do factível, que acabam desmoralizando o próprio poder. Então, abre-se espaço ao ciclo de populismo-autoritarismo-moderação, em que as forças da contrarreforma tentam uma estratégia deflacionária de recuperação do valor do poder político.

Esses dois lados do dilema institucional justificam por que os interesses entrincheirados no sistema político brasileiro apresentam uma tradição de repelência aos mecanismos de democracia semidireta, indiciada pelo escasso uso dos plebiscitos e referendos em nível nacional (apenas os plebiscitos sobre forma e sistema de governo de 1963 e 1993, e o referendo sobre desarmamento de 2005). Se a parlamentarização em condições de alta assimetria no acesso aos sistemas sociais (à política, à economia, à educação, à saúde, à cultura) e de desmobilização da maioria e domínio da política pelas minorias organizadas tende a um reforço oligárquico, o drible da repre-

sentação parlamentar – seja por prerrogativas unilaterais de dissolução do Legislativo e convocação de eleições antecipadas, plebiscitos e referendos a todo instante, seja pela concertação com grupos e movimentos à margem do mandato parlamentar e partidário – abre as portas para a reação autocrática.

Importa, então, imaginar mecanismos, procedimentos e competências para parlamentarizar o presidencialismo de forma a evitar tanto a concentração oligarquizante derivada da perda do dualismo de bases de apoio popular imediato (eleição direta do Executivo e do Legislativo) quanto a paralisia decisória provocada pelo esquema de vetos múltiplos desenhado no presidencialismo americano e hoje compensado, não só no Brasil, por um ativismo judicial que captura a tomada de decisões coletivamente vinculantes das mãos da legitimação democrática.

A observação dos sistemas de governo conduz a alguns dilemas institucionais: “Madison *versus* Mussolini” (UNGER, 2007, p. 186), ou hipertrofia política *versus* governo dos juizes. Um exemplo ilustrativo das saídas possíveis é dado pelas sugestões de Unger (2001, p. 147-159), que encaminham uma série de mecanismos e válvulas de escape escalonadas no sentido de pressionar a superação de impasses decisórios entre Legislativo e Executivo.<sup>3</sup>

O presidente, que centraliza o comando do governo, garante uma legitimação extraordinária pela maioria absoluta dos votos válidos (se preciso, em segundo turno). Sua eleição é que tem maior capacidade de suscitar apoio de qualidade ideológica e partidária, uma verdadeira escolha de programa de governo, embora este seja apresentado sob uma liderança personalista. Nessa medida, a

<sup>3</sup> Ver também Amato (2018).

prioridade democrática seria dar condições à execução do programa escolhido nas urnas. Assim, de um lado, o Congresso poderia ter a prerrogativa de censurar ministros e forçar sua troca pelo presidente, mas, de outro lado, o programa de reformas legitimado deveria ter prioridade legislativa sobre a agenda ordinária das iniciativas parlamentares.

Com a focalização do debate político no programa de governo, o presidente teria maior chance de aprovar as reformas propostas nos meses subsequentes à sua consagração eleitoral. Passado esse período (geralmente de seis meses a um ano), e persistindo a rejeição do Congresso às propostas do Executivo, haveria a solução secundária de externalização do conflito, isto é, da atribuição de sua solução a um árbitro externo: o próprio povo. Em vez de persistir na imobilidade decisória ou confiar sua superação pelo improviso do apelo judicial, confiar-se-ia na realização de plebiscitos ou referendos. Em vez de decidirem exaustivamente a matéria na qual não puderam consentir, os dois poderes poderiam “pré-decidi-la”, concordando nos termos da consulta popular. A convocação bilateral dessa consulta evita radicalizar o conflito no centro organizado da política, seja na forma de domesticação do Executivo pelo Parlamento, seja na forma de desconirmação da autoridade do Parlamento por um presidente que apele diretamente às massas (o populismo que eleva os riscos da degeneração autoritária). Os plebiscitos permanecem também centrados nas linhas definidoras do programa de governo (são como que um reforço da legitimação dada ao candidato que o representou), e não um expediente ordinário para assuntos corriqueiros da política normal.

Todavia, se não for possível nem mesmo esse consenso de segunda ordem (não sobre o mérito de alguma reforma programada pelo governo, mas sobre os termos da consulta plebiscitária), pode-se institucionalizar uma última válvula de superação do impasse: a convocação unilateral de eleições antecipadas. O Legislativo ou o Executivo poderiam convocar novas eleições. Contudo, um dispositivo de segurança seria permitir que essa convocação unilateral fosse apenas para eleições bilaterais: ao dissolver o outro Poder, aquele que as convocasse teria também que correr o risco de novas eleições. Nessa medida, um cálculo de precaução entra em jogo. Em vez de provocar a queda recorrente de governos, esse desenho teria um efeito acautelador: de forçar em última instância um entendimento entre os Poderes políticos para evitar a mútua dissolução.

Segundo essas linhas sugeridas para o desenho institucional do sistema de governo, há maior responsabilização do Parlamento em contribuir para o sucesso do programa de reformas escolhido popularmente, por contraste com uma estratégia de bloqueio e negociações

particularistas e corporativistas para a formação de coalizões. Porém, há também uma responsabilização do Executivo diante do Legislativo que excede o recurso estrito do impedimento, de caráter penal, e aproxima-se do voto de desconfiança parlamentar, para a dissolução e reordenação do Executivo. Observamos, pois, que não há uma escolha binária entre presidencialismo e parlamentarismo, tampouco um conteúdo intrínseco e um resultado predestinado a cada sistema de governo. Há, sim, maleabilidade de sua abertura democrática, com medidas de segurança contra a autofagia democrática “cesarista”.

## Considerações finais

A constitucionalização não termina com a conclusão de um processo constituinte que dê à luz uma nova Carta. Afinal, a constitucionalização é processo histórico complexo que abrange a generalização das normas constitucionais como horizonte para a ação e a institucionalização de procedimentos, organizações e mecanismos diversos que confiram realidade às expectativas proclamadas. O desenho, a implementação e a revisão das instituições constitucionais são contingentes e sobre as trajetórias e as opções tomadas influem variáveis contextuais, dados da estrutura social prevalente e das ideias doutrinárias disponíveis.

A adoção do sistema presidencialista na CRFB, reiterando a mais que centenária tradição republicana do constitucionalismo brasileiro, apresentou limites – ilustrativamente, nas dificuldades de composição do apoio parlamentar ao governo e na crescente judicialização, entendida como deslocamento precário da função de tomada de decisões coletivamente vinculantes, das arenas políticas para os termos e protagonistas de processos judiciais. Esses limites do presidencialismo brasileiro, avaliados em comparação com o passado constitucional do Brasil, foram suficientes para evitar os riscos do populismo e da degeneração autoritária. Do ponto de vista de um futuro possível, são constrangimentos passíveis de correção. A evolução do constitucionalismo brasileiro – na prática política, na mutação jurisprudencial ou mesmo na inovação normativa em nível legislativo-ordinário ou constitucional – pode caminhar tanto para reforçar os poderes corporativos e particularistas contra a execução de reformas programadas e escolhidas nos procedimentos eleitorais de eleição direta do chefe de governo quanto para habilitar o exercício desse governo, tornando-o ao mesmo tempo mais responsivo diante de um Parlamento mais responsável no debate e na escolha de soluções estratégicas para o País.

## Sobre o autor

Lucas Fucci Amato é doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; estágio doutoral como pesquisador visitante na Harvard Law School, Cambridge, Massachusetts, Estados Unidos; professor do Instituto de Direito Público (IDP), São Paulo, SP, Brasil; professor colaborador no programa de pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil.  
E-mail: lucasfamato@gmail.com

## Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>4</sup>

THE 1988 CONSTITUTION AND THE DEBATE ON PARLIAMENTARIANISM AND PRESIDENTIALISM: INSTITUTIONAL MODELS, PATHS AND ALTERNATIVES

ABSTRACT: This paper discusses the question of systems of government, by critically evaluating the Brazilian experience and positing in this scenario the 1988 Constitution. It isn't a historical recover on the constituent debates on presidentialism and parliamentarianism, but an observation on the models and practices of these systems. Firstly, we highlight the variable interdependence between the executive and legislative branches according to the trajectories of countries that we take as an institutional and ideological paradigm. Then, the argument about the stability enhanced by parliamentarianism is analyzed in face of the Brazilian parliamentarian experiences and of the present presidential model. The third step of the argument is the presentation of presidentialism as a destabilizing potency in face of the corporatist and clientelist interests that get to be entrenched into the parliament. The last topic evaluates mechanisms that, in avoiding populist and authoritarian moves of the government, could enable it to execute its reform program, without doing without the deliberative mediation of parliamentary representation.

KEYWORDS: PRESIDENTIALISM. PARLIAMENTARIANISM. CLIENTELISM. CORPORATISM. POPULISM.

## Como citar este artigo

(ABNT)

AMATO, Lucas Fucci. A Constituição de 1988 e o debate sobre parlamentarismo e presidencialismo: modelos, trajetórias e alternativas institucionais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 219, p. 183-208, jul./set. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p183](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p183)>.

(APA)

Amato, L. F. (2018). A Constituição de 1988 e o debate sobre parlamentarismo e presidencialismo: modelos, trajetórias e alternativas institucionais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(219), 183-208. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p183](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p183)

---

<sup>4</sup>Sem revisão do editor.



## Referências

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. Cultura democrática e presidencialismo no Brasil. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 35, p. 21-30, 1993.

\_\_\_\_\_. De novo, a panaceia parlamentarista. *Folha de S.Paulo*, [S.l.], 16 ago. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2015/08/1668700-de-novo-a-panaceia-parlamentarista.shtml>>. Acesso em: 23 maio 2018.

ALMEIDA, Acir; LOPEZ, Felix G. *Representação política local: padrões de atuação dos vereadores em quatro cidades mineiras*. Brasília: Ipea, 2011. (Texto para discussão, n. 1.625). Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1625.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1625.pdf)>. Acesso em: 23 maio 2018.

AMATO, Lucas Fucci. *Construtivismo jurídico: teoria no direito*. Curitiba: Juruá, 2017.

\_\_\_\_\_. *Inovações constitucionais: direitos e poderes*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. *Diário Oficial da União*, 24 fev. 1891.

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

\_\_\_\_\_. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. *Diário Oficial da União*, 10 nov. 1937.

\_\_\_\_\_. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. *Diário Oficial da União*, 12 abr. 1950.

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

\_\_\_\_\_. Emenda constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. *Diário Oficial da União*, 13 abr. 1977a.

\_\_\_\_\_. Emenda constitucional nº 8, de 14 de abril de 1977. Altera artigos da Constituição Federal, incluindo-se em seu Título V os artigos 208, 209 e 210. *Diário Oficial da União*, 14 abr. 1977b.

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

CHEIBUB, José Antonio; ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom. Beyond presidentialism and parliamentarism. *British Journal of Political Science*, London, v. 44, n. 3, p. 515-544, 2014.

DAHL, Robert A. *Democracy and its critics*. New Haven: Yale University Press, 1989.

DUVERGER, Maurice. A new political system model: semi-presidential government. *European Journal of Political Research*, Amsterdam, v. 8, n. 2, p. 165-187, June 1980.

FARIA, José Eduardo. *O Brasil pós-constituente*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HUNTINGTON, Samuel P. *Political order in changing societies*. New Haven: Yale University Press, 1968.

IMPERIO DO BRAZIL. Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824. *Collecção das Leis do Imperio do Brazil*, 31 dez. 1824.

\_\_\_\_\_. Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834. Faz algumas alterações e adições á Constituição Política do Imperio, nos termos da Lei de 12 de Outubro de 1832. *Collecção das Leis do Imperio do Brazil*, 31 dez. 1834.

\_\_\_\_\_. Lei nº 105, de 12 de maio de 1840. Interpreta alguns artigos da Reforma Constitucional. *Collecção das Leis do Imperio do Brazil*, 31 dez. 1840.

LAMOUNIER, Bolívar. Representação política: a importância de certos formalismos. In: LAMOUNIER, Bolívar; WEFFORT, Francisco C.; BENEVIDES, Maria Victoria (Org.). *Direito, cidadania e participação*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1981. p. 230-257.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of parties, not powers. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 119, n. 8, p. 2.311-2.386, June 2006.

LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 76, p. 17-41, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n76/02.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2018.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. *Lua Nova*, São Paulo, n. 44, p. 81-106, 1998. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a05n44.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2018.

LUHMANN, Niklas. Organización y decisión. In: \_\_\_\_\_. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Introducción de Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos, 2005. p. 1-98.

MÖLLERS, Christoph. *The three branches: a comparative model of separation of powers*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NICOLAU, Jairo. *História do voto no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Impeachment e lei de crimes de responsabilidade: o cavalo de Troia parlamentarista*. *Estadão*, [S.l.], 16 dez. 2015. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/blogs/direito-e-sociedade/impeachment-e-lei-de-crimes-de-responsabilidade-o-cavalo-de-troia-parlamentarista/>>. Acesso em: 23 maio 2018.

\_\_\_\_\_. A natureza jurídica dos crimes de responsabilidade presidencial no direito brasileiro: lições a partir do *impeachment* de Dilma Rousseff. *e-Pública*, Lisboa, v. 4, n. 2, p. 220-245, 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v4n2/v4n2a11.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2018.

SCHMITTER, Philippe C. Still the century of corporatism?. *The Review of Politics*, Notre Dame, v. 36, n. 1, p. 85-131, 1974.

UNGER, Roberto Mangabeira. *A alternativa transformadora: como democratizar o Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1990.

\_\_\_\_\_. *Democracia realizada: a alternativa progressista*. Tradução de Carlos Graieb, Marcio Grandchamp e Paulo César Castanheira. São Paulo: Boitempo, 1999.

\_\_\_\_\_. *A segunda via: presente e futuro do Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2001.

\_\_\_\_\_. *The self awakened: pragmatism unbound*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2007.

\_\_\_\_\_. A Constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 257, p. 57-72, maio/ago. 2011.

WEBER, Max. *Political writings*. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 1994.

# Como os Tribunais Superiores vêm honrando a Constituição Cidadã

## O caso do direito à imagem

EUGÊNIO FACCHINI NETO

KARINE SILVA DEMOLINER

**Resumo:** Este estudo analisa a extensão e efetividade da tutela da imagem pelos Tribunais Superiores, a partir da norma estabelecida no art. 5º, X, da Constituição de 1988. O texto divide-se em duas partes. A primeira apresenta considerações doutrinárias sobre o conceito, importância e extensão do direito à imagem como simultaneamente direito fundamental e direito de personalidade. A segunda analisa como a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem interpretando e protegendo essa garantia fundamental na vigência da atual Constituição. Encerra-se o trabalho com algumas considerações finais e o reconhecimento da necessidade de se firmar entendimento acerca da autonomia do direito à imagem como conceito distinto do que é chamado de imagem-atributo, que entendemos representar conceito distinto, integrante por vezes do direito à identidade, outras vezes integrante do direito geral de personalidade ou do direito à honra. Utiliza-se o método de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com problematização de casos.

**Palavras-chave:** Direito à imagem. Direito fundamental e de personalidade. Constituição de 1988. Evolução jurisprudencial.

## Introdução

Cinco de outubro de 1988. O Brasil vivia um dia histórico: inaugurava-se um novo tempo com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988), chamada Constituição Cidadã por Ulysses Guimarães, então presidente da Câmara dos Deputados. Tempo auspicioso, de renovação da esperança de cons-

Recebido em 18/5/18

Aprovado em 7/6/18

trução de um país melhor, com maior respeito aos direitos fundamentais de todos os brasileiros. Entre eles, a promessa de inviolabilidade dos direitos das pessoas à “intimidade, vida privada, honra e imagem” (art. 5º, inc. X).

A realidade então vivida – econômica, social, e principalmente tecnológica – era bem diferente da atual: a sociedade não estava interconectada pela *internet*. No Brasil, as primeiras conexões ocorreram em 1988 por meio da BITNET (sigla para *Because It's Time Network*), uma das maiores e mais antigas redes de grande abrangência usadas principalmente por universidades. Somente no primeiro ano da década de 90 é que o nome *Internet* se tornou oficial. Em 1995, com a abertura do mercado, o acesso à rede passou a ser gradativamente disponibilizado à população.

Situação similar verificava-se no ramo da telefonia. No ano em que foi promulgada a Constituição Cidadã, não existia telefonia móvel tal qual a conhecemos hoje. O serviço de telefonia fixa era executado pelo Estado, tinha custo elevado e baixa eficiência. A situação somente se alterou após a abertura do mercado, com a concessão do serviço à iniciativa privada. No final do ano de 1990, surgiram os primeiros telefones com tecnologia móvel: pesavam quase um quilo, a habilitação da linha custava cerca de US\$ 20 mil e o aparelho US\$ 3,5 mil, em valores da época, conforme noticiado pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Serviam apenas para fazer ligações e não dispunham de câmeras fotográficas embutidas. Da mesma forma que a Internet, essa tecnologia evoluiu vertiginosamente. Atualmente os celulares são praticamente uma extensão do corpo e o principal meio de acesso às informações e ao entretenimento. Hoje, a função ligação é secundária para a maioria dos usuários que, entre outras finalidades, utilizam os aparelhos para acessar a internet, as redes sociais, envi-

ar mensagens por aplicativos de comunicação, para capturar e transmitir imagens – uma das funções mais usadas.

De fato, com os impactos tecnológicos das últimas décadas, a civilização da palavra converteu-se em “civilização da imagem” (BERNARDINO, 2005). O poder da imagem na sociedade contemporânea não precisa ser realçado, pois é por todos sentido. O fenômeno teve enorme incremento a partir da segunda metade do século passado com a difusão da televisão e, na virada do milênio, com a explosão da Internet e a posterior proliferação dos *smartphones*. Hoje há quase tantos potenciais fotografos quanto os habitantes do planeta, desde que munidos de um celular. “Vivemos imersos em uma sociedade em que a informação e a cultura são predominantemente visuais”. Antes, “a utilização de imagens servia para a ilustração de matérias jornalísticas e anúncios publicitários”. Hoje, “pretere-se cada vez mais a escrita pelo uso das imagens” (ALMEIDA JUNIOR, 2013, p. 163).

A par das evidentes benesses trazidas pela nova tecnologia, há perigos conexos, pois “os avanços tecnológicos proporcionados pela sociedade da informação possibilitaram a intromissão na vida privada, em especial com a captura de imagens de outras pessoas, publicação de vídeos na rede mundial de computadores, a edição de sons e imagens para modificar o seu conteúdo” (NEVES, 2015, p. 546).

Assim, o objeto deste trabalho é perquirir, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), se a norma escrita há trinta anos pelo Constituinte, insculpida no art. 5º, X, da CRFB permanece adequada ao fim para o qual foi criada: a tutela do direito fundamental e personalíssimo de cada indivíduo à sua própria imagem.

O texto está dividido em duas partes: a primeira apresenta considerações doutrinárias so-

bre o conceito, a importância e a extensão do direito à imagem como direito fundamental e direito de personalidade; a segunda analisa como a jurisprudência do STF e do STJ vem protegendo o direito à imagem na vigência da CRFB. Encerra-se o trabalho com considerações sobre a autonomia do direito à imagem como imagem-retrato.

## **1. Contextualização e acordos semânticos acerca do conceito de imagem**

Segundo antigo entendimento pátrio, “direito à imagem é direito de personalidade quando tem como conteúdo a reprodução das formas, ou da voz, ou dos gestos, identificativamente” (MIRANDA, 1955, p. 53).

Bittar (1995, p. 87), por sua vez, conceitua o direito à imagem como o “direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade”.

Uma definição ampla refere que, “através do direito à imagem, protege-se a representação física de uma pessoa, seja esta fixada em fotos, filmes, vídeos, pinturas e outros meios que reproduzam o rosto da pessoa ou partes de seu corpo, sinais físicos ou gestos que possam servir à sua identificação e reconhecimento” (BORGES, 2008, p. 267). Também na Argentina se adota uma ampla noção de imagem, que abrange qualquer forma de exibição da fisionomia, como desenhos, esculturas, gravações, representação cinematográfica e teatral, semelhança literária e até caricaturas (ZAVALA DE GONZÁLEZ, 2011, p. 5).

Parece predominar esse entendimento em nosso direito, no sentido de que imagem não é só o semblante ou a reprodução plástica, física

ou mecânica da pessoa. Segundo essa concepção, “além da representação das formas ou dos contornos, da silhueta ou do desenho, o fundamento do direito de imagem tem assento em qualquer manifestação ou representação identificável da pessoa” (JABUR, 2004, p. 16). Trata-se de um posicionamento que há muito vem sendo sustentado, como se constata em um dos primeiros trabalhos doutrinários sobre o direito à imagem, de 1972, da lavra de Moraes (1972, p. 65-77), que defendia que “toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o direito”, abrangendo a “dinâmica da voz e dos gestos, capaz, tanto quanto a imagem plástica, de traduzir a personalidade do sujeito em formas sensíveis”.

Também no direito estrangeiro há concepções mais ou menos amplas do direito à imagem. No famoso caso Lebach, julgado pela Corte Constitucional alemã, em 1973, por exemplo, “ressaltou o Tribunal que, ao contrário da expressão literal da lei, o direito à imagem não se limitava à própria imagem, mas também às representações de pessoas com a utilização de atores” (MENDES, 2015, p. 484).

A ideia de se proteger a imagem pode parecer paradoxal. Quando saio de meu espaço privado e ingresso no espaço público livremente frequentado por todos, não posso impedir que me vejam, que me contemplem demoradamente, ou até que procurem fixar mentalmente minha imagem para reproduzi-la posteriormente em desenhos, por exemplo. Todavia, isso não significa que outra pessoa possa livremente fotografar-me ou filmar-me (CIFUENTES, 2008, p. 556).

É importante notar que prevalece amplamente o entendimento de que o direito à imagem é um direito autônomo, protegido per se, não se confundindo com figuras afins, como a honra, a intimidade, a identidade pessoal, embora muitas vezes mais de um direito seja

lesado juntamente com a violação do direito à imagem. Sobre essa autonomia, dizem Pizarro e Vallespinos (2018, p. 182) que durante muito tempo o direito à imagem permaneceu sob a sombra de outros direitos personalíssimos, como a honra ou a intimidade, confundido com eles. Tal confusão, porém, foi superada, pois “la existencia del derecho sobre la propia imagen es independiente del honor y de la intimidad; de allí que pueda ser lesionado sin que ello necesariamente importe minoración de la intimidad, del honor o del derecho a la identidad personal” (PIZARRO; VALLESPINOS, 2018, p. 182). No direito brasileiro, é precisa a afirmação de Schreiber (2011, p. 101) no sentido de que “a tutela do direito à imagem independe da lesão à honra. Quem veicula a imagem alheia, sem autorização, pode até fazê-lo de modo elogioso ou com intenção de prestigiar o retratado. Nada disso afasta a prerrogativa que cada pessoa detém de impedir a divulgação de sua própria imagem, como manifestação exterior da sua personalidade”. No mesmo sentido, afirma-se que “a indenização por lesão à imagem não se condiciona à prova de prejuízo pelo ofendido nem tem como teto o lucro do agressor (quando houver)” (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2017, p. 751).

Todavia, não há dúvida de que muitas vezes imagem e privacidade são conceitos muito próximos. Como pontua Lewicki (2008, p. 110-111), “não só privacidade e imagem são direitos que estarão sempre em algum nível de choque com outras situações protegidas pelo ordenamento, mas também *entre si* são noções cujos limites são cada vez mais difíceis de traçar”. Segundo o jurista,

o ofuscamento desta fronteira intensifica-se à medida que a privacidade vai deixando de lado o caráter exclusivamente liberal e “negativo”, ligado à sua origem norte-americana. A experiência europeia tem lidado com a privacidade também como um direito “ativo”, referente ao controle que as pessoas devem ter quanto à circulação de suas informações pessoais (LEWICKI, 2008, p. 110-111).

### 1.1. A dupla face do direito à imagem

O direito à imagem apresenta uma vertente positiva e outra negativa – aquela vinculada ao direito/prerrogativa/faculdade/poder da pessoa de gerir a reprodução de sua imagem na forma que entender; esta relacionada ao direito da pessoa de se opor a tal reprodução sem a sua concordância. O conceito de direito à imagem fornecido por Trabuco (2001 apud SILVA, 2012, p. 283) abrange bem essas duas facetas: direito à imagem é “aquele que, por um lado, confere às pessoas a faculdade exclusiva de reprodução, difusão ou publicação da sua própria ima-

gem, com carácter comercial ou não”; por outro lado, é “o direito que tem a pessoa de impedir que um terceiro possa praticar esses mesmos actos sem a sua autorização” (TRABUCO, 2001 apud SILVA, 2012, p. 283). No mesmo sentido posiciona-se Sampaio (2013, p. 283), ao referir que, como objeto de um direito, o direito à imagem implica poderes “*negativos*: de oposição à sua realização, produção, reprodução e divulgação, enfim, ao conhecimento alheio; *positivos*: de consentir com tudo isso”.

Essa dupla faceta é importante e revela os aspectos distintos pelos quais o direito à imagem é protegido. Para pessoas que profissionalmente cultivam sua imagem como fonte de rendimentos lícitos, como tipicamente é o caso de modelos profissionais, seu interesse em gerir a divulgação da sua imagem é normalmente comercial<sup>1</sup>. Assim, caso sua imagem seja utilizada sem sua autorização, vinculada a um determinado produto, o interesse da pessoa cuja imagem foi usada consiste em receber o cachê correspondente – eventualmente acrescido de uma verba adicional, em razão do comportamento ilícito de quem violou tal direito: a título de *punitive damages* nos países que acolhem tal figura, ou a título de danos extrapatrimoniais (morais) em outros. Trata-se da vertente positiva do direito à imagem, que nos países de *common law* costuma-se denominar *right to publicity*, expressão que salienta o direito de lucrar com a própria imagem.

Já pessoas comuns, que não exploram comercialmente sua imagem, têm o direito de se opor à divulgação, reprodução, difusão de sua imagem, sem a sua autorização. Trata-se de um aspecto de sua autonomia privada, caracterizada aqui como a vertente negativa do direito à imagem. Cabe a cada pessoa, como ser livre e autônomo, decidir se, quando e sob que condições quer compartilhar, com outras pessoas ou com o público em geral, a sua imagem, pois se trata de algo que compõe sua personalidade. A violação do seu direito à imagem, nesse caso, não lhe acarreta danos materiais, mas sim tipicamente danos imateriais, extrapatrimoniais, ou, no jargão predominante em nosso país, danos morais puros e *in re ipsa*, por violação ao direito de autodeterminação.

Esses dois aspectos do direito à imagem estão bem estampados no Código Civil português (PORTUGUAL, 1966), cujo art. 79º garante ao

---

<sup>1</sup> A excepcional patrimonialidade do direito à imagem é acentuada pelos doutrinadores que se debruçam sobre o tema. Cordeiro (2001, p. 33-38), por exemplo, apesar de incluir a não patrimonialidade como uma das características essenciais dos direitos de personalidade, excepciona hipóteses em que está presente um conteúdo patrimonial, usando como exemplo o caso do direito à imagem. No mesmo sentido posiciona-se outro professor lusitano, Ascensão (1997, p. 83), ao reconhecer os aspectos patrimoniais que podem derivar do direito à imagem na sua vertente positiva. Tal fator, inclusive, bastaria, para o mestre português, para excluir o direito comercial à imagem do rol dos típicos direitos de personalidade.

titular determinar se, quando e em que termos deve a sua imagem ser captada, exposta, reproduzida ou economicamente explorada.

## 1.2. Concepções alargada e restrita do direito à imagem

Ainda no nível conceitual, pode-se defender uma concepção mais ampla do direito à imagem ou, ao contrário, uma concepção mais restrita. Cordeiro (2001, p. 196) filia-se à primeira concepção, defendendo, por analogia, a extensão da proteção do direito à imagem à palavra humana, que, uma vez captada e reproduzida, pode ser atribuída a uma precisa e determinada pessoa, tal como ocorre com a divulgação da imagem-retrato. Também Cifuentes (2008, p. 557-558) salienta que “la voz<sup>2</sup>, las representaciones teatrales, las mímicas, las partes del cuerpo que sean individualizadoras en el caso dado, como otras tantas exteriorizaciones de la imagen corporal, entran en el área de la tutela legal”.

Uma concepção alargada de imagem também é adotada por Tepedino, Barboza e Moraes (2007, p. 51), que endossam o entendimento esposado por Pereira de Souza, segundo o qual o conceito moderno de imagem abrange também aquele “amalgama de características que vêm a compor a exteriorização de sua personalidade no âmbito social”, na sua “conduta particular ou em sua atividade profissional”. Trata-se da difusa concepção, adotada por muitos autores e julgadores, da imagem-atributo, como distinta da imagem-retrato<sup>3</sup>.

Entendimento ainda mais amplo identifica a presença de três noções de imagem: a física (imagem-retrato), a social (imagem-atributo) e a virtual, que é aquela que o indivíduo apresenta no mundo da informática, “participando de sítios de relacionamento (*Instagram, WhatsApp,*

---

<sup>2</sup>Entre nós, também Borges (2008, p. 268) defende a subsunção da voz ao direito à imagem: “Próximo ao âmbito do direito à imagem, podemos identificar o direito à voz. Este, enquanto direito de personalidade, assemelha-se ao direito à imagem, por ser um elemento identificador da pessoa, pelo fato de a pessoa poder ser reconhecida através do som de sua voz. Pode-se dizer que o direito à voz se subsume ao direito à imagem, constituindo a imagem sonora da pessoa, podendo as regras do direito à imagem ser aplicadas ao direito à voz”.

<sup>3</sup>A respeito dessa distinção, Monteiro Filho et al. (2010, p. 242) prelecionam: “O seu aspecto mais conhecido evidencia-se pela representação figurativa do indivíduo, representado pelo seu rosto ou traços fisionômicos; o corpo ou parte dele, a voz; os gestos; as atitudes, que podem ser reproduzidos pelas mais variadas maneiras: fotografia, pintura, escultura, rádio, televisão, vídeos, cinema, internet, etc. Tem-se aí o que se denomina ‘imagem-retrato’, a qual, pelo conteúdo, distingue-se da ‘imagem-atributo’, tida como o conjunto de características individualizadoras da pessoa, tais como o seu modo de ser, sua postura comportamental, os seus hábitos, o seu temperamento”. Discorrendo sobre a noção de imagem-atributo, refere Neves (2015, p. 547) que “em suas diversas relações sociais, o indivíduo se apresenta de determinada maneira às outras pessoas, de modo que esse indivíduo passa a ser reconhecido pelas outras pessoas, por exemplo, pelo modo como esse indivíduo conduz sua vida profissional, se é organizado ou desorganizado, se é um desportista, se é pontual em seus compromissos, etc.”



Twitter, Facebook, Tumblr e outros), onde não necessita, claramente, expor sua realidade pessoal” (FRANCO FILHO, 2015, p. 316).

Por sua vez, Ascensão (1997, p. 106) defende a posição mais restritiva, afirmando que o direito à palavra, à voz, à imagem moral e a qualquer outra manifestação de traços da personalidade não pode ser protegido sob o rótulo de direito à imagem, restrito que é à imagem física, nos termos da regulamentação civil.

De nossa parte, igualmente adotamos a concepção restritiva de direito à imagem, compreendendo apenas a imagem física. Outras manifestações da personalidade, como a voz e a imagem social ou moral, podem e devem ser protegidas pela tutela do direito geral de personalidade, ou eventualmente podem subsumir-se na proteção que se concede ao chamado direito à identidade pessoal. Por vezes, a concepção de imagem-atributo como imagem ou conceito que a pessoa tem no concerto social pode até mesmo se equiparar à noção de honra, outro importante direito de personalidade, que tem contornos autônomos relativamente à imagem propriamente dita.

Vejamos, agora, como têm-se posicionado nossos Tribunais, notadamente o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), quanto ao conteúdo/conceito de *imagem* decorrente do art. 5º, X, da CRFB nesses 30 anos de vigência. Na jurisprudência analisada neste artigo, muitas vezes se percebe a adoção do conceito alargado de imagem.

## 2. Tutela do direito à imagem na jurisprudência posterior à CRFB

### 2.1. Supremo Tribunal Federal

Em pesquisa realizada no sítio da Corte utilizando como referencial de pesquisa a ex-

pressão *direito à imagem*, encontramos 123 acórdãos e 4 documentos classificados como “Repercussão Geral”.

No que tange aos casos submetidos à sistemática da Repercussão Geral, em dois, o STF não reconheceu essa condição, considerando que não ultrapassavam os interesses subjetivos das partes e exigiam o reexame de matéria fática e infraconstitucional: o ARE 945.271/SP (BRASIL, 2016), de relatoria do ministro Edson Fachin, julgado em 17/3/2016; e o ARE 739.382/RJ (BRASIL, 2013), de relatoria do ministro Gilmar Mendes, julgado em 23/5/2013.

Em outros dois, porém, a repercussão geral foi reconhecida: no Recurso Extraordinário nº 662.055 RG/SP (BRASIL, 2015), de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, reconhecida em 27/8/2015; e no Recurso Extraordinário com Agravo (eletrônico) nº 660.861/MG (BRASIL, 2012), de relatoria atual do ministro Luiz Fux, reconhecida em 22/3/2012.

No RE 662.055/SP, a Corte Suprema deverá definir *os limites da liberdade de expressão*, bem como fixar parâmetros para identificar hipóteses em que a publicação deve ser proibida ou substituída pelo pagamento de danos morais, ou ainda definir outras consequências jurídicas que possam ser legitimamente impostas. Em particular, será bem-vinda a perspectiva anunciada pelo relator de construir “parâmetros a serem considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e outros direitos constitucionais” (BRASIL, 2015, [p. 16]). O direito à imagem é, aqui, apenas uma das facetas dos direitos de personalidade que deverão ser examinados pelo STF por ocasião do julgamento do mérito. Aguardemos, pois.

No ARE 660.861/MG, a intenção do STF é analisar *a responsabilidade de provedores de internet* por publicações de mensagens em redes sociais e *sites* de relacionamentos con-

tendo conteúdo ofensivo, porquanto envolve evidente colisão entre “liberdade de expressão e de informação” e “direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem” (BRASIL, 2012, p. 1). Ocorre que a situação retratada no referido recurso, cuja repercussão geral foi reconhecida em 22/3/2012, havia-se dado antes da entrada em vigor da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) (BRASIL, 2014a), razão pela qual a Procuradoria Geral da República manifestou-se, em 5/9/2017<sup>4</sup>, pela substituição do paradigma para o RE 1.057.258/MG (BRASIL, 2017d).

No que tange aos 123 acórdãos encontrados na pesquisa, grande parte é posterior à CRFB. Todavia, diante das limitações deste ensaio, foram selecionados para análise e comentário aqueles que consideramos mais significativos.

### 2.1.1. Caso Glória Trévi

Emblemático e extremamente polêmico, o caso da famosa cantora mexicana pode ser considerado um *leading case*, por diversos fatores.

Preso no Rio de Janeiro em janeiro de 2000, juntamente com sua produtora (Maria Raquenel, mais conhecida como Mary Boquitas) e o seu empresário (Sérgio Andrade Sanches) a pedido do Governo de seu país, México – onde era acusada de corrupção de menores, por participar de sessões sexuais com Karina Yapor, uma de suas ajudantes de palco e, à época, menor –, a cantora permaneceu sob a custódia da Polícia Federal enquanto tramitava o processo de Extradicação (nº 783). No cárcere, não lhe era permitido receber visitas íntimas, mas a cantora engravidou. Na ocasião, ela acusou os policiais federais que faziam a sua custódia de tê-la estuprado por diversas vezes, o que causou grande repercussão na mídia nacional e internacional e grave constrangimento não só aos servidores públicos suspeitos, mas também às autoridades do país.

Investigações foram instauradas em diversas instâncias, e o Juízo da 10ª Vara Federal do Distrito Federal determinou, nos autos do Inquérito Policial nº 200133722-4 (BRASIL, 2002b), a coleta e a entrega da placenta por ocasião do trabalho de parto da cantora, para fins de exame de DNA, com o intuito de identificar o pai da criança. A defesa da cantora,

---

<sup>4</sup>O pedido foi aceito – o que se infere da movimentação processual disponibilizada no sítio do STF, e o assunto ficou assim classificado: “TEMA 533 – dever de empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e de retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário”. A última movimentação processual registrada no sistema refere-se à manifestação do ministro Dias Toffoli, datada de 8/2/2018, pelo cabimento da referida repercussão geral para análise do tema, ficando as questões decididas no ARE 660.861 aplicáveis, em tese, aos casos ocorridos antes da entrada em vigor da referida Lei. Aguardemos, portanto, da mesma forma que no caso anterior, a manifestação do STF quanto às questões de fundo.

contudo, invocando as garantias constitucionais de *privacidade e intimidade*, peticionou ao STF para impedir a coleta do material biológico sem sua autorização, deixando claro que não concordava com a referida entrega.

Ao receber a petição como Reclamação nº 2.040-1/DF (BRASIL, 2003a), o ministro Néri da Silveira suspendeu apenas em parte a decisão do Juiz Federal da 10ª Vara, isto é, tão somente no ponto em que autorizava a entrega da placenta retirada da cantora para realização de exame de DNA. Todavia, manteve a determinação de que o Hospital Regional da Asa Norte de Brasília realizasse a coleta da placenta por ocasião do parto que se avizinhava, armazenando e preservando o material coletado, com as cautelas necessárias para possibilitar eventual realização de exame, caso a Corte assim entendesse pertinente.

Posteriormente, ao levar o caso ao plenário, após amplo debate suscitado por questão de ordem envolvendo a competência judiciária, o STF enfrentou o mérito, aprofundou a análise dos princípios e garantias fundamentais subjacentes ao caso concreto, ficando a Reclamação, nas partes que interessam ao estudo, assim ementada:

Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação nº 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. *Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88*. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. [...] 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspensão também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. *Bens jurídicos constitucionais como “moralidade administrativa”, “persecução penal pública” e “segurança pública” que se acrescem - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho*. [...] 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do “prontuário médico” da reclamante (BRASIL, 2003a, p. 129, grifos nossos).

As partes destacadas são as que mais interessam a este ensaio. O relator bem sintetizou o conflito: de um lado, o *interesse particular/privado* da extraditanda em ver a sua *intimidade e privacidade* resguardadas; de outro, o *interesse igualmente particular/privado* (até certa medida) dos 61 suspeitos (desses, 50 policiais e 11 detentos ou ex-detentos) em ver apurada a verdade real em defesa da sua *honra e dignidade*, bem como para verem resguardadas as suas reputações e *imagens*, além do *interesse público* em ver preservada a *moralidade administrativa*, a *persecução penal pública*, a *segurança pública* e o *direito à imagem da própria instituição* (Polícia Federal)” (BRASIL, 2003a). Ao julgar o mérito, decidiu-se pela prevalência destes sobre aqueles.

Em outras palavras, entendeu o relator – no que foi acompanhado pela maioria dos ministros, no que tange à questão de fundo, vencido apenas o ministro Marco Aurélio – pelo cabimento da coleta do material biológico da cantora, bem como pela imprescindibilidade da realização do exame de DNA para a elucidação do caso.

Ponderou, para tanto, que os 50 policiais e os 11 detentos ou ex-detentos, de livre e espontânea vontade, não apenas concordaram com o fornecimento de seus materiais biológicos, como também exigiram que o exame fosse feito, pois não admitiam carregar a pecha de estupradores. Por outro lado, a cantora que se dizia vítima e deveria ser a principal interessada em garantir a punição de seus supostos agressores, recusou-se a fornecer o material biológico e a consentir no exame da placenta, relutou injustificadamente em revelar os nomes dos supostos estupradores, fez pairar dúvida generalizada sobre a Instituição, além de não ter exercido o direito de representação criminal, impedindo, assim, o Estado de promover a ação penal competente.

Vale consignar parte de seu voto:

Ora, no caso concreto, opõe a reclamante seu direito à intimidade à justa proteção do direito à honra buscado por policiais federais atingidos, de forma grave, pela acusação da extraditanda, ora requerente, de haver sido vítima de “estupro carcerário”, no interior da Superintendência da Polícia Federal, onde recolhida, à disposição desta Corte. A acusação, tornada pública, porque veiculada nos meios de comunicação, com referência a “violação” sofrida, não só atingiu a honra e dignidade dos policiais federais, alguns referidos nominalmente na imprensa, como acabou por alcançar, também, o Departamento de Polícia Federal, a instituição em si, notadamente, com repercussões no âmbito do noticiário internacional, *ferindo, sem dúvida, a própria imagem do País no exterior*. Esses bens e valores, por sua quantidade significativa, atingidos, autorizam se adote solução realmente consistente para o esclarecimento da verdade, quanto à participação eventual dos servidores públicos em apreço no ato de alegada violência sexual aludido pela reclamante (BRASIL, 2003a, p. 53, grifo do autor).

É de se notar que o direito à imagem, da forma como foi esposado no aresto – não apenas no voto do relator, mas também nos votos dos demais ministros – veio compreendido/tutelado no viés *imagem-atributo*, e não no viés *imagem-retrato*. Foram citados, por exemplo, trechos de reportagens veiculadas pela imprensa, notadamente pela revista *IstoÉ*, na qual eram identificados nominalmente três ou quatro policiais federais, além do delegado, que supostamente teriam cometido os abusos sexuais contra a cantora, bem como *e-mails* e cartas enviados por leitores, divulgados pelo próprio periódico, revelando verdadeiro linchamento moral prévio dos referidos suspeitos.

O resultado do exame de DNA revelou, posteriormente, que o pai do bebê que Glória Trévi concebeu enquanto estava sob a custódia da Polícia Federal era o seu empresário, Sérgio Andrade Sanches, que também havia sido preso na mesma ocasião, em janeiro de 2000. Não ficou esclarecido, contudo, como, quando e em que ocasião eles se encontraram, já que as visitas íntimas estavam proibidas, e eles não estavam confinados na mesma cela. Ademais, pouco tempo depois da divulgação do resultado do exame, a própria cantora desistiu de todas as medidas legais que estava promovendo para evitar a sua extradição e retornou para o seu país. Já os policiais que foram citados e acusados injustamente de estupro na reportagem da *IstoÉ* ajuizaram ações indenizatórias contra a revista e saíram vitoriosos (CONSULTOR JURÍDICO, 2003).

### 2.1.2. Caso Cássia Kiss

Outra ocasião em que o STF teve a oportunidade de se manifestar sobre os contornos e a extensão do direito à imagem foi o caso da atriz Cássia Kiss.

A atriz havia concedido, em meados da década de 1990, uma entrevista à revista *Remédios Caseiros*, de propriedade da Ediouro, ré no processo. Na ocasião, não autorizou a publicação de qualquer imagem sua. A editora, entretanto, adquiriu de outro veículo de comunicação (no caso, o jornal *O Dia*) algumas fotografias suas e as publicou na capa do primeiro número da revista, em diversas páginas de publicidade, bem como em alguns pôsteres. As fotos também foram publicadas em filmes publicitários e na capa da revista *Coquetel*, de palavras cruzadas.

Cássia, então, ajuizou ação contra a editora, pretendendo ver-se indenizada pelos danos materiais e morais sofridos em face do uso indevido de sua imagem.

A sentença foi de parcial procedência: o juízo singular da 34ª Vara Cível entendeu que a situação comportava apenas indenização por danos materiais, e a sentença foi mantida pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Na ocasião, os desembargadores afirmaram que o dano moral somente ocorreria se a publicação/veiculação das imagens da autora ofendesse de alguma forma a sua reputação, o que não teria sido demonstrado nos autos.

Irresignada, a defesa da atriz interpôs Recurso Extraordinário (nº 215.984/RJ) (BRASIL, 2002c), julgado em 4/7/2002. Sob a relatoria do ministro Carlos Velloso, o STF entendeu, por unanimidade, que a simples reprodução de imagem sem consentimento/autorização da pessoa retratada, independentemente de haver ou não interesse comercial, causa desconforto, constrangimento ou aborrecimento que caracteriza, por si só, dano moral passível de indenização, não importando, para tanto, o grau desse constrangimento, aborrecimento ou desconforto. Admitiu, assim, o STF a cumulação das indenizações por danos materiais e morais em razão da violação pura e simples

do direito à imagem. Pela primeira vez, ao que se sabe, o STF reconheceu o direito à imagem em seu viés restrito (imagem-retrato) como verdadeiro direito autônomo, ainda que a decisão não tenha aprofundado o potencial teórico da questão.

### 2.1.3. Caso Danuza Leão

O caso envolveu aparente conflito entre *liberdade de expressão*, *direito à informação e liberdade de imprensa*, de um lado, e *direito à imagem*, à honra e à intimidade, de outro.

Danuza Leão, na qualidade de jornalista, havia publicado artigo intitulado “Salve-se quem puder”, em que esboçou crítica ao comportamento do autor da demanda indenizatória, então magistrado e presidente do Tribunal Reginal do Trabalho (TRT). No texto, a jornalista mencionara que o magistrado, primo do ex-presidente Fernando Collor de Mello, estava pretendendo candidatar-se ao governo do Estado do Rio de Janeiro, não obstante estivesse sendo investigado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) por ilícitos praticados no exercício de seu cargo: uso indevido de verbas públicas, prática de nepotismo e tráfico de influência. A denúncia desses ilícitos havia sido feita anteriormente pela Federação dos Servidores da Justiça Federal ao órgão máximo da Justiça do Trabalho.

O magistrado, sentindo-se ofendido, ajuizou a demanda indenizatória sob o argumento de que a referida matéria violava, entre outros direitos seus, sua imagem. A pretensão foi acolhida em primeiro e segundo graus (TJRJ). Em ambas as instâncias, o direito à imagem foi apreciado no viés *imagem-atributo* juntamente com outros direitos de personalidade, e não no viés *imagem-retrato*, tendo os julgadores considerado a reportagem ofensiva à honra objetiva e subjetiva do desembargador.

Inconformada, a jornalista recorreu ao STF, e a 2ª Turma, então, por unanimidade, nos autos do Recurso Extraordinário nº 208.685/RJ (BRASIL, 2003c), sob relatoria de Ellen Grace, reverteu o resultado e julgou improcedente a demanda indenizatória, por considerar inexistir, no texto, qualquer abuso ou excesso que pudesse ensejar os supostos danos alegados pela vítima.

Nesse aresto, contudo, a expressão *imagem* ou *direito à imagem* nem sequer foi mencionada, tendo o colegiado levado em consideração, na ponderação dos valores constitucionais em jogo, tão somente o direito-dever de informação e a inviolabilidade da intimidade – noção invocada, com a devida vênia, de forma equivocada, pois supostos atos praticados por gestor público não poderiam ser enquadrados sob o sigilo da intimidade.

### 2.1.4. Caso Law Kin Chong

Este caso, ocorrido no âmbito da “CPI da Pirataria”, é também interessante por invocar diversos aspectos dos direitos de personalidade, em especial o direito à imagem em suas várias acepções.

Law Kin Chong, conhecido empresário sino-brasileiro, que construiu verdadeiro império – alegadamente por vias criminosas, especialmente pela prática de contrabando –, foi intimado a prestar depoimento perante a Comissão Parlamentar de Inquérito que, instaurada em meados de 2003, investigava suposta rede de pirataria e de sonegação fiscal.

Na ocasião, visando proteger sua imagem e demais atributos de sua personalidade, Law Chong valeu-se de Medida Cautelar em Mandado de Segurança (MS 24.832-7) (BRASIL, 2006) para obter, via liminar, a proibição de gravação, filmagem e transmissão de seu depoimento por qualquer veículo de co-

municação, inclusive pela TV Câmara, sob o argumento de que nem sequer sabia qual era a sua real condição: se de simples depoente ou se de envolvido como indiciado.

Ao receber o feito, o ministro Cezar Peluso – que já havia concedido liminar em mandado de segurança anterior manejado pelo mesmo cidadão – concedeu nova ordem, desta vez mais extensiva, para proibir a transmissão pela TV Câmara do depoimento do impetrante, o qual seria prestado na manhã do dia seguinte. Assim o fez, segundo fundamentou o ministro, porque a decisão anterior havia sido descumprida em sua essência, na medida em que a TV Câmara, embora não tivesse mostrado a imagem física do autor em seu depoimento pretérito à CPI, havia divulgado as imagens sonoras, material que foi evidentemente captado por outras emissoras de televisão e postas no ar, prejudicando o depoente.

Na manhã seguinte, porém, o presidente da Câmara dos Deputados e o presidente da CPI da Pirataria requereram a reconsideração da liminar, razão pela qual o relator resolveu submetê-la ao referendo do Plenário, em vez de apreciar individualmente o pedido.

O debate foi intenso e acalorado, especialmente no que tange à questão de fundo.

De um lado, o relator, acompanhado pelos ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, defenderam o entendimento de que deveria ser privilegiado, no caso concreto, o *interesse particular* do impetrante (em especial, o direito de preservar a sua imagem), em detrimento da publicidade dos atos investigativos da CPI. Em seu voto, o relator deixou clara a sua preocupação com os excessos cometidos pelos parlamentares no âmbito de seus discursos, especialmente em CPIs. Especial menção foi feita ao deputado Medeiros, presidente da Comissão, que havia se referido a Chong como Al Capone, fazendo juízo prévio acerca

do impetrante, praticamente condenando-o por contrabando e passando essa imagem ou ideia da personalidade do impetrante para a sociedade, o que se mostrava abusivo e violador dos direitos de personalidade do referido empresário.

De outro lado, os ministros Ayres Britto, Ellen Grace, Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence sustentaram a primazia, no caso concreto, do *interesse coletivo*, consubstanciado no direito da sociedade em acompanhar os trabalhos dos parlamentares por meio da imprensa escrita, falada e televisada, em respeito aos princípios da publicidade e da transparência que regem a Administração Pública. Ponderaram, em seus votos, que a Constituição Federal prevê como regra geral a publicidade (inclusive das sessões, quer judiciais, quer das CPIs), sendo exceção o sigilo (ou as sessões secretas), e sempre de acordo com a lei, não tendo sido verificada nenhuma dessas hipóteses no caso dos autos. Ademais, o caso já estava sendo amplamente divulgado pela imprensa comercial e a imagem-retrato do autor já havia sido publicada em diversos veículos de comunicação, não havendo justificativa para que a sessão da CPI em que seria tomado o seu depoimento tivesse a publicidade restringida.

Durante os debates, o ministro Carlos Velloso declarou: “essa fotografia já foi publicada em vários jornais. Ele tem essa fotografia nos arquivos dos jornais. Se os jornais estão a injuriá-lo, estão a difamá-lo, estão a caluniá-lo, tem ele ação contra os jornais, ação penal e ação de indenização” (BRASIL, 2006, p. 194).

A maioria resolveu não referendar a liminar. Predominou o entendimento de que a imagem-retrato do autor já havia sido divulgada diversas vezes pela grande imprensa. Não seria a transmissão da sessão da CPI em que se tomaria o depoimento do impetrante e in-

vestigado que violaria, portanto, a sua imagem. Ao contrário, seria uma oportunidade de ele esclarecer aos parlamentares e à sociedade brasileira a sua versão, os seus motivos e a sua inocência.

Da leitura dos votos é possível inferir que, em vários momentos, a imagem foi associada à honra e a outros direitos de personalidade (ou de identidade, tais como nome, reputação etc). Porém, em outras passagens foi considerada também em seu viés restrito de imagem-retrato, ou seja, como um verdadeiro direito individual autônomo em sua essência.

Prevaleceu, no caso concreto, o *interesse público* (informação, transparência, publicidade etc) sobre o *interesse privado* do impetrante (imagem-retrato e imagem-atributo). Com esse caso, encerramos a análise dos casos do STF escolhidos para comentar nesse ensaio. Passamos, agora, à análise da casuística no STJ.

## **2.2. Superior Tribunal de Justiça**

Em pesquisa realizada no sítio do STJ, utilizando como referencial a mesma expressão utilizada no STF, “direito à imagem” (entre aspas), encontramos 65 acórdãos, 704 decisões monocráticas e 7 informativos jurisprudenciais<sup>5</sup>.

Também aqui escolhemos apenas cinco casos, considerados mais importantes, para demonstrar o enfrentamento do tema pelo STJ desde sua criação pela CRFB.

### **2.2.1. Casos que deram origem à Súmula 403/STJ**

É importante salientar que, antes da edição da Súmula 403 do STJ (BRASIL, 2009, p. 536), a jurisprudência da Corte era bastante oscilante em relação ao tema. Para unificar o entendimento, a Corte selecionou 9 (nove) precedentes, mas, devido aos limites deste ensaio, comentaremos apenas o primeiro (EREsp. 230.268/SP) (BRASIL, 2003b), analisado pela 2ª Seção da Corte, por ser bastante representativo da divergência.

O referido recurso – Embargos de Divergência em Recurso Especial – teve origem em ação indenizatória ajuizada por Maria Aparecida Santos Costa contra Avon Cosméticos Ltda, na qual a autora alegou uso indevido (não autorizado) de sua imagem. Ela havia sido contratada pela ré, no passado, como modelo fotográfico para exibição de produtos em catálogos e materiais publicitários. Apesar de findas as relações contratuais entre as partes, a ré utilizou novamente as imagens da autora,

---

<sup>5</sup>Resultado encontrado na data de fechamento desta pesquisa de jurisprudência, ou seja, em 13/5/2018.



inclusive ampliando a região geográfica de sua divulgação, o que levou a autora a pleitear indenização, tanto pelos danos materiais quanto pelos danos morais que entendia ter sofrido.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, no âmbito dos embargos infringentes, deferiu apenas uma parte do pedido. Entenderam os desembargadores que a publicação da imagem da requerente em periódicos nacionais, revistas internacionais e em encartes publicitários após o término do contrato importava apenas em prejuízo material, considerando, para tanto, que a exposição da imagem era algo inerente à sua profissão. Ademais, o simples descumprimento do contrato não teria o condão de ensejar dano moral passível de indenização.

A autora, então, interpôs Recurso Especial, ao qual foi negado provimento pela 3ª Turma, por maioria. Na oportunidade, os votos vencedores acrescentaram aos fundamentos da decisão recorrida que o uso da imagem da autora não fora ofensivo nem vexatório. Já os votos minoritários entenderam que seria desnecessária a prova de qualquer situação vexatória ou ofensiva, pois o dano moral advinha do simples uso não autorizado da imagem.

Mediante os Embargos de Divergência acima referidos, a autora levou o caso à Segunda Seção e finalmente obteve êxito. Por ocasião desse julgamento, o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira proferiu longo e fundamentado voto, citando não apenas doutrina especializada no tema, mas também outras decisões judiciais que reforçavam o caráter autônomo do direito à imagem:

Sendo a imagem “toda a expressão formal e sensível da personalidade de um homem” (Walter Moraes, *Direito à própria imagem*, RT, 443), e assim objeto de um direito subjetivo privado, espécie de direito da personalidade, dá ao seu titular o poder dizer de si mesmo: “a minha figura, sendo exclusivamente minha, só eu posso usá-la, desfrutá-la e dela dispor, bem assim impedir que qualquer outro a utilize” (Walter Moraes, *Como se há de entender o direito constitucional à própria imagem*, Repertório IOB de jurisprudência, 3/80). Deixando de lado as teorias que procuram de algum modo vincular o direito à imagem a algum outro direito de natureza personalíssima, como à intimidade, à honra, à privacidade, etc, a doutrina brasileira e a jurisprudência que lentamente se afirma nos Tribunais é no sentido de atribuir-lhe caráter de um direito autônomo, incidente sobre um objeto específico, cuja disponibilidade é inteira do seu titular e cuja violação se concretiza com o simples uso não consentido ou autorizado, com as exceções referidas pelos doutrinadores, como a da figura que apareça numa fotografia coletiva, a reprodução da imagem de personalidades notórias, a que é feita para atender a um interesse público, com o fito de informar, ensinar, desenvolver a ciência, manter a ordem pública ou necessária à administração da justiça (BRASIL, 2003b, p. 12-13, grifo nosso).

Esse caso, aliado a outros precedentes invocados, deu origem ao Enunciado Sumular 403/STJ, de 2009, com o seguinte teor: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais” (BRASIL, 2009, p. 536).

A partir de então, e cada vez de forma mais clara e coerente, o STJ vem considerando o direito à imagem (física, imagem-retrato) um direito autônomo. Assim, o uso não autorizado ou consentido da imagem pode dar ensejo à reparação independentemente da prova de qualquer prejuízo.

### **2.2.2. Caso Rita de Cássia Corrêa versus Microsoft Informática Ltda.**

Entre os casos escolhidos para análise, o caso Rita de Cássia Corrêa versus Microsoft Informática Ltda., publicado no DJE em 22/6/2017, foi o mais recentemente julgado pelo STJ. Trata-se de ação em que a autora busca indenização por danos morais e materiais sob a alegação de que a ré teria utilizado, sem autorização, gravação de sua voz para fins comerciais, violando assim os seus direitos autorais e de personalidade.

A sentença (de improcedência) na origem foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, dando ensejo ao Recurso Especial nº 1.630.851/SP (BRASIL, 2017c), relatado pelo ministro Sanseverino.

Em seu voto, após reconstituir os fatos – esclarecendo que a autora fora contratada como locutora profissional por terceira empresa para fazer a tal gravação, tendo recebido o valor ajustado conforme o contrato outrora estabelecido entre aquelas partes –, o ministro analisou objetivamente as duas teses arguídas, rechaçando-as.

A tese de violação dos direitos autorais, porque a gravação em questão – na qual a autora faz uma saudação a ser utilizada pela ré na espera de sua central telefônica –, não preenchia os requisitos necessários para ser considerada uma obra artística, literária ou expressão folclórica, sendo apenas esses os direitos conexos reconhecidos pela Lei nº 9.610/1998 (BRASIL, 1998), na dicção de seu art. 5º, inciso XIII. Ademais, frisou o relator que a própria Lei de Direitos Autorais prevê expressamente que os negócios jurídicos envolvendo o tema deverão ser interpretados restritivamente, não sendo o caso, portanto, de estender o alcance dessa norma à situação reportada nos autos.

A tese de violação dos direitos de personalidade, pelo simples fato de a voz poder ser considerada “direito autônomo da personalidade, ou mesmo parte integrante de outro direito inerente à pessoa, seja o direito à imagem, seja o direito à identidade pessoal” (BRASIL, 2017c, p. 7, grifos nossos), não afastaria, por si só, a possibilidade de sua ex-

ploração econômica. Observou o relator que o exercício dos direitos da personalidade, não obstante o disposto no art. 11 do Código Civil (CC) (BRASIL, 2002a), permite limitação voluntária e, no caso concreto, a autora optou por essa limitação de livre e espontânea vontade no momento em que, contratada por empresa intermediária, procedeu à gravação de saudação telefônica específica para a empresa ré. Se a empresa que a contratou diretamente não honrou integralmente com o pactuado, deveria a autora buscar o adimplemento contratual daquela, e não a responsabilização civil da recorrida. A autorização, nesse caso, conforme ressaltou o relator, é considerada tácita, mormente porque utilizada exatamente para o fim ao qual se destinava, não tendo ocorrido usurpação da gravação para finalidades diversas.

Embora sem aprofundar as discussões sobre o direito à imagem, ao consignar que a voz poderia ser considerada tanto um direito autônomo da personalidade, quanto integrante de outros direitos inerentes à pessoa, em especial o direito à imagem, o relator – no que foi acompanhado por seus pares – apontou para a concepção alargada de *imagem-atributo*, em detrimento da concepção restritiva de *imagem-retrato*.

### 2.2.3. Caso V.R. versus S/A GAZETA

O caso é interessante não só por abordar a questão do direito à imagem de titular menor de idade, protegido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL, 1990), mas também por focalizar conceitualmente esse direito, analisando seu conteúdo e abrangência.

V. R., menor impúbere, iniciou carreira de modelo bastante jovem, por volta dos 11 anos de idade. Alegou que já nessa idade fazia co-

merciais para a televisão paulista, tendo trabalhado para agências conceituadas. Como é de praxe, tirou várias fotos e compôs seu *book*. Algum tempo depois, sua família necessitou mudar-se para o estado do Espírito Santo, ocasião em que passou a trabalhar com a segunda demandada, confiando em sua seriedade. Todavia, em 8/3/1998, surpreendeu-se quando viu uma imagem sua publicada no periódico da primeira demandada (jornal *A Gazeta*), seguida de legenda comparando-a com a dançarina Sheila Carvalho (do grupo *É o Tchan!*). Sentiu-se profundamente abalada com o teor da referida publicação, em especial porque teria se tornado motivo de chacota entre seus colegas de colégio. Aduziu que a imagem fora publicada à sua revelia, sem qualquer autorização, razão pela qual ajuizou a demanda para ver-se indenizada pelos danos materiais e morais sofridos, tendo êxito em primeiro grau.

O Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES), por maioria de votos, deu provimento à apelação interposta pelas rés e, reformando a sentença, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Inconformada, a autora interpôs Recurso Especial (nº 1.036.296/ES) (BRASIL, 2017b). Alegou, em preliminar, omissão por parte do TJES, na medida em que os desembargadores não haviam apreciado as normas específicas que regem a proteção do menor e do adolescente. No mérito, reiterou que a imagem fora publicada sem a autorização de seus pais e que o episódio da infeliz comparação com a mencionada dançarina havia provocado a ruína precoce de sua carreira, pugnando pela reforma do *decisum* e o restabelecimento da sentença de procedência.

Em seu voto, o relator, ministro Raul Araújo, após discorrer sobre o art. 5º, incisos V e X, bem como sobre os arts. 11, 12 e 20 do CC, adotou como base o conceito de imagem

apresentado na obra Manual de Direito Civil, de Flávio Tartuce:

Sobre o tema, é importante salientar “que a imagem da pessoa pode ser classificada em *imagem-retrato* – fisionomia de alguém, o que é refletido no espelho – e *imagem-atributo* – a soma de qualificações do ser humano, o que ele representa para a sociedade” (Tartuce, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, pág. 131) (BRASIL, 2017b, p. 9, grifos do autor).

Ainda, invocou o teor da Súmula 403 do STJ, que reconhece o dano *in re ipsa* pela simples utilização da imagem com fins econômicos e comerciais, sem a prévia autorização da pessoa retratada e, na sequência, discorreu sobre os arts. 3º, 17 e 18 do ECA. Esclareceu, por fim, que a pretensão indenizatória estava centrada em dois fatos concomitantes: o primeiro consistiria na nota publicada pela empresa jornalística, na qual a recorrente fora comparada à dançarina mencionada, malferindo o seu direito fundamental à imagem na acepção *atributo*; e o segundo estaria alicerçado na exibição de sua *imagem-retrato* em jornal de grande circulação sem a autorização de seu genitor.

O relator rejeitou ambas as teses. No primeiro caso, porque não viu qualquer impropriedade na imagem publicada (na qual a autora aparecia elegantemente trajada), tampouco na legenda que a comparava, como modelo, a Scheila Carvalho, dançarina, destacando que “ambas as atividades se notabilizam pela exposição visual da estética, da beleza, da formosura das pessoas que nelas militam” (BRASIL, 2017b, p. 10). Considerou a notinha inclusive elogiosa, tal como a haviam interpretado os desembargadores do TJES, não vislumbrando qualquer prejuízo à sua imagem-atributo.

Quanto ao segundo argumento, considerou que o direito à imagem-retrato da autora não havia sido violado, na medida em que a imagem fora publicada mediante autorização prévia tácita concedida pela menor e por seus genitores. Para tanto, levou em consideração o fato de que o *book* fotográfico fora entregue espontaneamente à agência de modelos justamente para promover a imagem e a carreira da autora, sendo completamente desnecessária, no caso, ainda que se tratasse de menor impúbere, de autorização expressa.

O voto foi acompanhado por unanimidade pelos ministros integrantes da 4ª Turma. Com a devida vênia, não parece ser digno de encômios esse acórdão, pois é de se questionar a ideia de que alguém que entrega um *book* fotográfico a uma agência de modelos esteja manifestando uma autorização tácita para que o material fotográfico seja cedido pela agência para que seja utilizado para outros fins que não aqueles pertinentes a uma potencial carreira de modelo<sup>6</sup>.

#### 2.2.4. Caso Matheus Teixeira da Silva versus RBS – Zero Hora Editora Jornalística S/A

Trata-se de outro caso abordando o tema da “autorização tácita” para a publicação de imagem.

<sup>6</sup> Em outros países, há um rigor maior tanto da legislação quanto da jurisprudência, em relação à autorização. No direito espanhol, a lei que disciplina o tema (Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo) (ESPAÑA, 1982) exige o consentimento expreso, livremente revogável. Na França, segundo Masson (2009, p. 238), o consentimento deve ser expreso e especial, a ser interpretado de forma restritiva, sendo que a prova da existência do consentimento incumbe àquele que reproduz ou pretende reproduzir a imagem. Também na Argentina o ônus da prova da existência de autorização compete a quem se utiliza de imagem alheia (CIFUENTES, 2008, p. 569). Na Itália, segundo decisão do Tribunale di Roma, de 26/3/2013, “il consenso all’uso dell’immagine è ritenuto valido esclusivamente in favore dei soggetti e nei limiti di tempo, di luogo e per i fini per i quali sia prestato” (BUSACCA, 2014, p. 458).

Advogando em causa própria, o autor ajuizou demanda com o intuito de obter indenização sob o fundamento de que a ré publicou imagem sua, sem qualquer autorização, em jornal de grande circulação (*Zero Hora*, versão impressa e digital), violando assim os seus direitos de personalidade.

A sentença (de improcedência) na origem foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) no âmbito de apelação, dando ensejo ao Recurso Especial nº 1.449.082 (BRASIL, 2017a), relatado pelo ministro Sanseverino.

No voto, o relator rejeitou a pretensão do recorrente sob o fundamento de que a ré não teria cometido qualquer ato ilícito. Antes pelo contrário, teria apenas cumprido o seu papel, como veículo de imprensa, de informar a sociedade sobre fato de interesse público – consubstanciado em manifestação popular de cunho político-ideológico, denominado “Marcha das Vadias”, ocorrido em local público (Parque da Redenção, na capital gaúcha).

Ademais, ponderou o relator que, ao contrário do que sustentou o recorrente, a veiculação da referida imagem não teve finalidade comercial, em nada se assemelhando aos casos que deram origem à Súmula nº 403/STJ. Explicou que a Súmula, ao mencionar fins econômicos e comerciais, refere-se a situações em que a imagem divulgada sem o consentimento do retratado está sendo utilizada essencialmente para fins publicitários e de propaganda, ou ainda para, de alguma forma, impulsionar a venda dos periódicos, o que nem de longe se verificou na hipótese dos autos. Isso porque o autor não era o foco central da matéria nem fora retratado de forma isolada/individual, mas sim juntamente com inúmeras outras pessoas (ao menos outras quatro são identificáveis) e para fins de ilustração da referida manifestação popular, ficando evidenciado o caráter informativo da publicação e afastados os fins econômicos e comerciais.

Por outro lado, o seu comportamento – ir a um local público para participar de manifestação político-ideológica empunhando cartazes, sabendo que o evento seria retratado pela mídia – revela que sua vontade era a de ser visto publicamente defendendo seus ideais, e não a de proteger e resguardar a sua intimidade, imagem ou privacidade.

A dar a interpretação pretendida pelo autor, toda e qualquer imagem publicada em jornais deveria ser precedida de autorização do respectivo retratado, o que acabaria por inviabilizar a própria atividade informativa, como bem salientou o julgador, que afastou expressamente a incidência da Súmula 403.

Prevaleceu, assim, no caso concreto, a liberdade de imprensa e o direito à informação (interesse público e da coletividade) sobre o direito à imagem (interesse privado) do autor, considerada, aparentemente,

tão somente em seu viés imagem-retrato. O voto foi acompanhado, por unanimidade, pelos integrantes da 3ª Turma<sup>7, 8</sup>.

### 2.2.5. Caso SWNM *versus* Rodrigo Cabreira de Mattos

Por fim, o quinto caso selecionado para análise refere-se à situação em que o autor da ação, menor de idade, teve sua imagem capturada por ocasião de sua diplomação em curso de informática e utilizada, sem a sua autorização e/ou a de seus responsáveis, em propaganda de cunho eleitoral pelo réu.

A ação indenizatória não tivera êxito na primeira e na segunda instâncias da justiça mineira. Tanto o julgador singular, quanto os desembargadores da 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), entenderam que a referida publicação não maculava, de forma alguma, a imagem do menor, porquanto não se mostrava ofensiva ou vexatória. Antes, pelo contrário, o enaltecia. Além disso, a publicação não teria fins econômicos ou comerciais, mas meramente eleitorais. Levaram em consideração o fato de que o curso de informática havia sido proporcionado gratuitamente pelo réu, que não obteve qualquer vantagem econômica com a situação.

Inconformado, o autor interpôs Recurso Especial (nº 1.217.422/MG) (BRASIL, 2014b), distribuído à relatoria do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

No voto, o relator destacou o teor da Súmula 403/STJ, reforçando que o uso de imagem sem autorização de seu titular enseja, por si só, indenização por dano moral, sendo desnecessária a comprovação de prejuízo. Da mesma forma, entendeu irrelevante o fato de que a reprodução não autorizada da imagem não tinha fins econômicos e/ou comerciais, invocando, para tanto, precedente do STF (RE 215.984/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso) (BRASIL, 2002c), em que ficara consignado que pouco importa ter ou não a publicação fins econômicos ou comerciais. Tendo a imagem sido veiculada sem autorização, caracterizada ficou a violação do direito, ensejando a reparação pertinente.

---

<sup>7</sup> Mantendo a mesma linha de raciocínio, a 3ª Turma do STJ, ao apreciar o REsp. 1.631.329/RJ (relatoria da ministra Nancy Andrighi), em que figuram como partes a escritora e novelista Glória Perez (recorrente) e a emissora de Rádio e Televisão Record S/A (recorrida), entendeu ser “inexigível a autorização prévia para divulgação de imagem vinculada a fato histórico de repercussão social”, deixando claro que “nessa hipótese, não se aplica a Súmula 403/STJ” (BRASIL, 2017e, p. 1).

<sup>8</sup> O caso lembra decisão da Corte de Cassazione italiana, (n. 24110, de 2013), em que foi negada indenização a alguém cuja imagem fora captada numa estação ferroviária, junto a uma multidão anônima de passageiros, entre os quais numerosos participantes de uma manifestação *gay pride*. Entendeu-se que se tratava de uma notícia de interesse público, a imagem da pessoa não fora destacada e que o fato de ter sido fotografado conjuntamente era um inafastável *rischio della vita*.

O entendimento do relator, no caso, foi acompanhado pelo de seus pares, por unanimidade, ficando o acórdão assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. DIREITO À IMAGEM. USO INDEVIDO DA IMAGEM DE MENOR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. FOTOGRAFIA ESTAMPADA EM MATERIAL IMPRESSO DE PROPAGANDA ELEITORAL.

1. Ação indenizatória, por danos morais, movida por menor que teve sua fotografia estampada, sem autorização, em material impresso de propaganda eleitoral de candidato ao cargo de vereador municipal.
2. Recurso especial que veicula a pretensão de que seja reconhecida a configuração de danos morais indenizáveis a partir do uso não autorizado da imagem de menor para fins eleitorais.
3. Para a configuração do dano moral pelo uso não autorizado da imagem de menor não é necessária a demonstração de prejuízo, pois o dano se apresenta *in re ipsa*.
4. O dever de indenizar decorre do próprio uso não autorizado do personalíssimo direito à imagem, não havendo de se cogitar da prova da existência concreta de prejuízo ou dano, nem de se investigar as consequências reais do uso.
5. Revela-se desinfluyente, para fins de reconhecimento da procedência do pleito indenizatório em apreço, o fato de o informativo no qual indevidamente estampada a fotografia do menor autor não denotar a existência de finalidade comercial ou econômica, mas meramente eleitoral de sua distribuição pelo réu.
6. Hipótese em que, observado o pedido recursal expresso e as especificidades fáticas da demanda, afigura-se razoável a fixação da verba indenizatória, por danos morais, no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).
7. Recurso especial provido (BRASIL, 2014b, p. 1).

Nesse julgado, a 3ª Turma deixa bem clara a sua opção de considerar a imagem em seu viés retrato como um direito autônomo, entendimento com o qual concordamos.

## Considerações finais

Ao longo destes 30 anos de vigência da CRFB e, por conseguinte, da norma insculpida em seu art. 5º, X, percebe-se que o direito à imagem recebeu interpretações diversas por parte de nossos tribunais, em alguns momentos mais ampliativa, açambarcando outros direitos de personalidade, em outros mais restritiva, tomado apenas em seu viés físico (imagem-retrato).

A nós nos parece ser mais adequada e coerente esta última vertente, mais restritiva, que considera o direito à imagem-retrato verdadeiro direito autônomo, passível de ser protegido e reparado *per se*, ainda que inexistam outros fatores associados. Acreditamos que a ideia de imagem-atributo melhor se enquadra, atualmente, no conceito de direito à identidade, ou então no conceito de direito geral da personalidade – ou até mesmo, em certos casos, no clássico direito à honra.

A imagem de alguém, como emanção da pessoa, não pode ser apropriada e utilizada por quem quer que seja, pouco importando se o uso da imagem causa ou não desconforto, humilhação, vexame ou qualquer outro desconforto ao titular do direito. Se ninguém pode se utilizar de um bem alheio – mesmo que não o degrade, não o desgaste, nem o desvalorize – sem o consentimento do seu titular, com muitíssimo mais razão ninguém pode se utilizar da imagem de uma pessoa, pois se trata de bem imaterial, de valor muito mais relevante do que um simples bem patrimonial. Trata-se de um relevante direito de personalidade.

Cada vez mais se pontua a necessidade de identificar os danos não patrimoniais como aqueles que lesam os direitos de personalidade, pois são eles que ajudam a nos identificarmos como seres humanos que, além de patrimônio (típico exemplo de direito fundamental que não representa um direito de personalidade), possuem dignidade. Coisas, como dizia Kant, têm preço; pessoas têm dignidade.

Quando violado o direito à imagem, a simples violação enseja verdadeiro dano *in re ipsa*, que não necessita de provas de sua ocorrência, nem demonstração de que a divulgação da imagem tenha provocado outros danos ou dissabores. Se fosse exigido que, além da violação à imagem em si, houvesse um prejuízo concreto – a divulgação de uma foto vexatória, por exemplo, ou a de uma foto que violasse a intimidade ou privacidade de alguém –, então, na verdade, estaríamos falando de outros interesses violados (direito à honra; direito à intimidade). Assim, praticamente nunca a imagem, em si e por si, seria protegida.

Pondera-se, ainda, que o avanço tecnológico – com a crescente descoberta de novos meios e formas de capturar imagens potencialmente lesivas a esse direito personalíssimo – torna urgente que se abandone a ideia de vinculação da imagem a outros direitos de personalidade e se admita e compreenda, de uma vez por todas, que sua natureza é autônoma, diversa, inclusive, do que boa parte da doutrina e da jurisprudência entende como imagem-atributo – que nada mais é do que direito à identidade pessoal e social, não se confundindo com a imagem-retrato.

Da análise dos acórdãos mais relevantes de nossas Cortes Superiores percebe-se que, nos 30 anos de vigência da Constituição Cidadã, tem sido concedida firme proteção ao direito à imagem, típico direito de



personalidade que foi reconhecido expressamente como direito fundamental. Embora ainda haja momentos em que se percebe alguma indefinição sobre o real alcance da autonomia do direito à imagem, a jurisprudência de nossas cortes mais elevadas afina-se com as lições doutrinárias e com a orientação jurisprudencial de outros países.

## Sobre os autores

Eugênio Facchini Neto é doutor em Direito Comparado pela Università Degli Studi di Firenze, Itália; mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, RS, Brasil; licenciado em Estudos Sociais pela Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, RS, Brasil; professor titular dos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; professor e ex-diretor da Escola Superior da Magistratura (AJURIS), Porto Alegre, RS, Brasil; desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, RS, Brasil.

E-mail: facchini@tjrs.jus.br

Karine Silva Demoliner é doutora e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; pós-doutoranda na mesma instituição; bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, Brasil; especialista em Direito Internacional Público, Privado e Direito da Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; assessora jurídica do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, RS, Brasil. Artigo produzido com apoio do CNPq – PDJ nº 406937/2017-6.

E-mail: karinedemoliner@tjrs.jus.br

## Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>9</sup>

HOW BRAZILIAN SUPERIOR COURTS ARE HONORING THE “CITIZEN CONSTITUTION”: THE CASE OF THE RIGHT TO IMAGE

ABSTRACT: This study analyzes the extent and effectiveness of image’s protection by the STF and STJ, based on the norm established in art. 5, X, of the Federal Constitution of 1988. The text is divided into two parts. The first presents doctrinal considerations about the concept, importance and extension of the right to image while simultaneously fundamental right and personality right. The second examines how the jurisprudence of those higher courts has interpreted and protected this fundamental guarantee in the current Constitution. The paper ends with some final considerations, recognizing the need to establish an understanding of the autonomy of the right to image, as a distinct concept of what is called “image-attribute” (which we mean to represent a distinct concept, sometimes integrating the right to personal identity, and sometimes integrating the concept of general right of personality or the concept of objective honor). The method of bibliographical and jurisprudential research is used, with problematization of cases.

---

<sup>9</sup> Sem revisão do editor.

KEYWORDS: RIGHT TO IMAGE. FUNDAMENTAL AND PERSONALITY RIGHTS. AUTONOMY. FEDERAL CONSTITUTION. EVOLUTION OF CASE LAW.

## Como citar este artigo

(ABNT)

FACCHINI NETO, Eugênio; DEMOLINER, Karine Silva. Como os tribunais superiores vêm honrando a Constituição Cidadã: o caso do direito à imagem. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 219, p. 209-235, jul./set. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p209](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p209)>.

(APA)

Facchini, E., Neto, & Demoliner, K. S. (2018). Como os tribunais superiores vêm honrando a Constituição Cidadã: o caso do direito à imagem. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(219), 209-235. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p209](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p209)

## Referências

ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. A imagem fora de contexto: o uso de imagens de arquivo. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 158-183.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: introdução, as pessoas, os bens*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 1.

BERNARDINO, Paulo. O hábito da imagem. Representação e tecnologia na arte. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE CIÊNCIA DA COMUNICAÇÃO, 4., 2005, [S.l.]. *Actas...* [S.l.]: Sopcom, 2005. p. 83-93. Disponível em <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/bernardino-paulo-habito-imagem.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos direitos da personalidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 242-280.

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

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 jul. 1990.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília 20 fev. 1998.

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

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. STF suspende decisão que determinava exame de DNA da placenta de Glória Trevi. *Notícias STF*, Brasília, 8 fev. 2002b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58366>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 215.984/RJ. Recorrente: Cássia Kis. Recorrida: Ediouro S/A. Relator: Min. Carlos Velloso. *Diário da Justiça*, Brasília, 28 jun. 2002c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=246432>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na reclamação n. 2.040-1/DF. Reclamante: Glória de Los Angeles Treviño Ruiz. Reclamado: Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Relator: Min. Néri da Silveira. *Diário da Justiça*, Brasília, 27 jun. 2003a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87540>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Embargos de divergência em recurso especial n. 230.268/SP. Embargante: Maria Aparecida Santos Costa. Embargada: Avon Cosméticos Ltda. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. *Diário da Justiça*, Brasília, 4 ago. 2003b. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroor/?num\\_registro=200101049077&dt\\_publicacao=04/08/2003](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroor/?num_registro=200101049077&dt_publicacao=04/08/2003)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 208.685-1/RJ. Recorrente: Danuza Leão. Recorrido: José Maria de Mello Porto. Relatora: Min. Ellen Gracie. *Diário da Justiça*, Brasília, 22 ago. 2003c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=241828>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em mandado de segurança n. 24.832-7/DF. Impetrante: Law Kin Chong. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados – CPI da Pirataria. Relator: Min. Cezar Peluso. *Diário da Justiça*, Brasília, 18 ago. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365462>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 403. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 24 nov. 2009. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/SumulasSTJ.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo n. 660.861/MG. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrida: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Min. Luiz Fux. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 7 nov. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3058915>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo n. 739.382/RJ. Recorrente: Leonardo de Almeida Maia. Recorrido: Sindicato dos Servidores Públicos municipais de Guapimirim. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 3 jun. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3901432>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.965, de 13 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 abr. 2014a.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.217.422/MG. Recorrente: SWNM (Menor). Recorrido: Rodrigo Cabreira de Mattos. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 30 set. 2014b. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroor/?num\\_registro=201001845644&dt\\_publicacao=30/09/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroor/?num_registro=201001845644&dt_publicacao=30/09/2014)>. Acesso em: 25 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no recurso extraordinário n. 662.055/SP. Recorrente: PEA – Projeto Esperança Animal. Recorrido: Os Independentes. Relator: Min. Roberto Barroso. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 3 set. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9306690>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo n. 945.271/SP. Recorrente: Gisele Aparecida Santos Ulerick. Recorrida: Caixa Econômica Federal. Relator: Min. Edson Fachin. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 16 jun. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11181211>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.449.082/RS. Recorrente: Matheus Teixeira da Silva. Recorrido: RBS Zero Hora Editora Jornalística S/A. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 27 mar. 2017a. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroeor/?num\\_registro=201400870316&dt\\_publicacao=27/03/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroeor/?num_registro=201400870316&dt_publicacao=27/03/2017)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.036.296/ES. Recorrente: V. R. – Menor Impúbere. Recorrido: S/A A Gazeta; Pietro Agência de Serviços Ltda. Relator: Min. Raul Araújo. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 10 maio 2017b. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroeor/?num\\_registro=200800470373&dt\\_publicacao=10/05/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroeor/?num_registro=200800470373&dt_publicacao=10/05/2017)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.630.851/SP. Recorrente: Rita de Cassia Corrêa. Recorrida: Microsoft Informática Ltda. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 22 jun. 2017c. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroeor/?num\\_registro=201403080659&dt\\_publicacao=22/06/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroeor/?num_registro=201403080659&dt_publicacao=22/06/2017)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 1.057.258/MG. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrida: Aliandra Cleide Vieira. Relator: Min. Luiz Fux. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília 7 jul. 2017d. Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20170706\\_151.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20170706_151.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.631.329/RJ. Recorrente: Glória Maria Ferrante Perez. Recorrido: Rádio e Televisão Record S/A; Guilherme de Padua Thomaz. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Relatora para o acórdão: Min. Nancy Andrighi. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 31 out. 2017e. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroeor/?num\\_registro=201602678087&dt\\_publicacao=31/10/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroeor/?num_registro=201602678087&dt_publicacao=31/10/2017)>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BUSACCA, Angela. L'immagine della persona. TRA right of privacy e right to publicity. In: CENDON, Paolo (Dir.). *Trattato breve dei nuovi danni*. [S.l.]: Cedam, 2014. v. 1, p. 457-472.

CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008.

CONSULTOR JURÍDICO. IstoÉ terá de indenizar acusado de fazer sexo com Gloria Trevi. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 28 jan. 2003. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2003-jan-28/revista\\_indenizar\\_policial\\_200\\_mil](https://www.conjur.com.br/2003-jan-28/revista_indenizar_policial_200_mil)>. Acesso em: 26 jun. 2018.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2001. t. 3.

ESPAÑA. Ley orgánica nº 1, de 5 de mayo de 1982. Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 14 mayo 1982.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. O direito de imagem e o novo Código Civil. In: STOCO, Rui (Org.). *Doutrinas essenciais: dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1, p. 315-328.

JABUR, Gilberto Haddad. Limitações ao direito à própria imagem no novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controversas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. p. 11-44.

LEWICKI, Bruno. Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MASSON, Jean-Pol. Le droit à l'image. In: RENCHON, Jean-Louis (Dir.). *Les droits de la personnalité*. Bruxelles: Bruylant, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). *Doutrinas essenciais: direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 8, p. 479-486.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v. 7.

MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros et al. *Comentários ao novo Código Civil*. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 61, n. 443, p. 64, 1972.

NEVES, Rodrigo Santos. O direito à imagem como direito da personalidade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). *Doutrinas essenciais: direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 8, p. 545-562.

PIZARRO, Ramón Daniel; VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *Tratado de responsabilidad civil*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2018. t. 3.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação – Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. *Diário do Governo*, Lisboa, 25 nov. 1966.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentários ao art. 5º, X, da CF. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 276-285.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Andréa Barroso. Direito à imagem: o delírio da redoma protetora. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 281-332.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado: conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Tratado de daños a las personas: daños a la dignidad*. Buenos Aires: Astrea, 2011. v. 2.



# Globalização, constitucionalismo e os Poderes do Estado brasileiro

LILIAN BARROS DE OLIVEIRA ALMEIDA

**Resumo:** Com base na exposição das dimensões da globalização, das acepções do constitucionalismo para além do Estado, bem como das limitações externas impostas pela globalização ao poder do Estado, o presente artigo propõe-se a analisar o impacto da globalização na resignificação das funções estatais de legislação, governo, administração e jurisdição exercidas pelos três Poderes, fundamentando-se nos dispositivos da Constituição de 1988. Serão, assim, traçados modelos de globalização dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário do Brasil que possam contribuir para o aperfeiçoamento do exercício das referidas funções estatais, em prol da eficiência e dos cidadãos.

**Palavras-chave:** Globalização. Constitucionalismo. Três Poderes. Brasil. Resignificação.

## Introdução

A globalização pode ser caracterizada como um processo de expansão e intensificação das relações econômicas, sociais, culturais e jurídicas para além das fronteiras do Estado, de caráter dinâmico, policêntrico e multifacetado sob diversas dimensões, dentre as quais se destacam as dimensões política, econômica e tecnológica.

Destaca Miranda (2016, p. 20) que os reflexos da globalização, a comunicação crescente entre culturas constitucionais, as diversas tendências de integração entre Estados e a cada vez maior interseção do Direito Constitucional e do Direito Internacional têm levado ao surgimento de diferentes formas de constitucionalismo não exclusivamente centrado no Estado. Observa o autor, entretanto, que a autoridade do Estado continua a ser predominante e que ele deve, na verdade, coexistir com outras estruturas, acima e abaixo do seu âmbito, inserindo-se no contexto

Recebido em 14/3/18  
Aprovado em 1/6/18

cada vez mais complexo e concorrencial de uma “rede de poderes públicos”, repensando as suas funções, os seus meios de agir e suas fórmulas jurídico-políticas (MIRANDA, 2016, p. 7-8).

Diante desse contexto é que o presente artigo se propõe, sob a metodologia qualitativa (FORTIN, 2009, p. 290-308), a investigar como devem os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário do Estado brasileiro desempenhar suas funções constitucionais na atual era da globalização, tendo-se como hipótese que a globalização pode contribuir para o aprimoramento das funções estatais de legislação, governo, administração e jurisdição<sup>1</sup> pelos três Poderes, em prol dos cidadãos e da eficiência.

Inicialmente, no nível descritivo, será exposto o dinamismo e o policentrismo da globalização, mediante a abordagem de suas dimensões política, econômica e tecnológica. Na sequência, ainda sob o nível descritivo, será caracterizada a separação dos Poderes como limitação interna ao poder do Estado no constitucionalismo moderno para, posteriormente, a globalização ser caracterizada como limitação externa ao poder do Estado no âmbito das seguintes modalidades do constitucionalismo para além do Estado: constitucionalismo multinível; interconstitucionalidade; constitucionalismo em rede; globalização do direito constitucional interno; transconstitucionalismo e constitucionalismo societal global.

Avançar-se-á, então, para o nível de investigação da explicação, caracterizado pela exploração das relações entre os conceitos e fenômenos anteriormente descritos (FORTIN, 2009, p. 75-76). Nesse sentido, com base nas dimensões da globalização expostas, bem como nas acepções do constitucionalismo para além do Estado e das limitações externas impostas pela globalização ao poder do Estado, será analisado o impacto da globalização nas funções estatais de legislação, governo, administração e jurisdição, a partir de dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988).

Para tanto, será adotado o método qualitativo. Destaque-se que os estudos qualitativos têm como objetivos principais a exploração de um problema ainda mal conhecido e a atribuição de uma significação a um conceito ou experiência (FORTIN, 2009, p. 75-76). É o caso, justamente, do estudo da significação dada pela globalização às funções constitucionais desempenhadas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário do Brasil.

Pretende-se utilizar o tipo de investigação da teoria fundamentada, que consiste no processo sistemático que visa a elaborar uma teoria as-

---

<sup>1</sup>É importante destacar que, no tocante às funções do Estado, será adotada a classificação de Miranda (2014b, p. 27-34) das funções estatais em política (legislativa e governativa), administrativa e jurisdicional.



sentada sobre uma realidade empírica, para explicar determinados fenômenos sociais (FORTIN, 2009, p. 293). Para tanto, por meio da utilização do raciocínio indutivo, partir-se-á de percepções individuais das interações das funções estatais – previstas na CRFB e atribuídas a cada um dos Poderes – com a globalização, para, ao final, traçar modelos de globalização dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário que possam contribuir para o aperfeiçoamento do exercício das funções de legislação, governo, administração e jurisdição.

## **1. A globalização**

### **1.1. O policentrismo e o dinamismo da globalização**

A ideia de globalização moderna, tal como é mais conhecida atualmente, surgiu em meados da década de 1980, em substituição ao situacionismo da internacionalização e da transnacionalização. Já se apontou como seu momento inicial o rescaldo da Segunda Guerra Mundial, estando povos e nações conformes no repúdio e na vontade de prevenir a realização de qualquer evento semelhante (BANOND, 2014, p. 540-541). Assim, as nações vitoriosas da guerra e as potências devastadas acordaram sobre a importância da criação de mecanismos diplomáticos e comerciais para aproximar cada vez mais as nações.

Nesse contexto, surgiram as Nações Unidas e, paulatinamente, começou a ser ponderado o conceito de bloco econômico, que viria a originar diversas organizações internacionais na escala europeia, tais como a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e a Comunidade Econômica Europeia. Destaca Mota (2013, p. 59-60), inclusive, que foi a partir do final da Segunda Guerra Mundial, com a criação de organizações econômicas internacionais de vocação mundial, que se institucionalizaram as relações econômicas internacionais, passando o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial, por exemplo, a assumir importância imensa no âmbito da cooperação internacional.

Certo é, entretanto, que a integração entre pessoas das mais diversas partes do globo – por meio do comércio, das conquistas, da comunicação e das guerras – é bastante antiga, não havendo novidade quanto a esse tipo de integração. A inovação que emergiu na segunda metade do século XX residiu na intensidade das interações da sociedade global (WOLF, 2004, p. 99; HELD, 1994, p. 6). Beck (1999, p. 30), já atento ao caráter dinâmico e dialético da globalização, definiu-a como “os processos em cujo andamento os Estados nacionais veem a

sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais”.

De fato, como acentua Santos (2001, p. 32), os estudos sobre os processos de globalização mostram que estamos perante um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo. Por isso, as explicações monocausais e as interpretações monolíticas deste fenômeno parecem pouco adequadas. Desse policentrismo da globalização, entende-se ter maior destaque para a presente investigação as dimensões que podem ser caracterizadas como política, econômica e tecnológica.

## **1.2. As dimensões política, econômica e tecnológica da globalização**

Sob a dimensão política, a globalização impõe que os Estados levem em consideração o impacto que determinadas ações internas podem causar para além de suas próprias fronteiras e, de igual forma, impõe que esses tenham um olhar atento ao cenário internacional, mirando-se na forma como os outros Estados têm apresentado soluções para questões semelhantes.

Houve, nesse sentido, determinações para se promover a redução do tamanho do Estado e a ampliação de suas relações com a ordem internacional, em um movimento de internacionalização do Estado nacional, expressa no aumento do impacto estratégico do contexto internacional na atuação do Estado, o que pode envolver a expansão do campo de ação do Estado nacional sempre que for necessário adequar as condições internas às exigências extraterritoriais ou transnacionais (SANTOS, 2001, p. 44).

Ademais, tem-se que, com a globalização, o Estado nacional – que é territorial e tem seu poder baseado no vínculo com um determinado espaço de atuação – perde sua centralidade exclusiva enquanto definidor de políticas públicas. Evidencia-se com a globalização a sua incapacidade para, de forma isolada, decidir e enfrentar questões de caráter transnacional, tais como aquelas relativas à proteção ao meio ambiente e aos direitos humanos, ao combate ao terrorismo, ao tráfico de drogas e à lavagem de dinheiro, à situação dos imigrantes e dos refugiados, à crise financeira, a determinadas epidemias e doenças, dentre outras questões.

De fato, conforme enfatizado por Beck (1999, p. 29), vivemos em uma sociedade mundial e tornou-se fictícia a ideia de espaços isolados, uma vez que nenhum país ou grupo deve atuar afastado dos outros. É o que também destacava Held (1994, p. 5), na década final do século XX, sobre a necessidade de os Estados atuarem em cooperação no que tange a problemas transnacionais, ficando o processo de governo fora do alcance exclusivo do Estado nacional, evidenciando, por outro lado, a realidade de que as comunidades nacionais e seus governos já não se limitam a tomar e a colocar em prática decisões e programas de estrita repercussão interna.

Seria o que Habermas (2001, p. 139-142), ao discorrer sobre o ideal da constelação pós-nacional, pregava acerca da necessidade de os Estados e órgãos supranacionais compreenderem que são membros de uma comunidade internacional e são obrigados a levar em conta reciprocamente os interesses uns dos outros e a defender interesses universais.

No que se relaciona à dimensão econômica da globalização, são considerados reflexos seus, dentro da perspectiva da ideologia neoliberal, a maior integração e interdependência entre as economias dos Estados, o aumento

dos fluxos internacionais de capitais, o maior rompimento nas barreiras às trocas comerciais, além da consequente ampliação da livre circulação de bens, serviços e capitais. Prega-se, assim, a sustentabilidade financeira dos Estados, a redução do tamanho do Estado e do papel do governo na economia (STIGLITZ, 2002; WOLF, 2004).

Nesse sentido, ao discorrer sobre a globalização econômica, Santos (2001, p. 35-37) enumerou, entre outras, as seguintes orientações ou exigências relativas às políticas econômicas nacionais, originárias também do Consenso de Washington: abertura das economias nacionais ao mercado mundial e adequação dos preços locais aos preços internacionais; prioridade à economia de exportação; políticas monetárias e fiscais orientadas para a redução da inflação e da dívida pública; privatização; e regulação mínima estatal da Economia.

Outra marcante dimensão da globalização é a tecnológica. Seu grande marco inicial foi a chamada revolução tecnológica ou terceira revolução industrial, na segunda metade do século XX, que se notabilizou com a evolução da tecnologia generalizada da informática aplicada na produção e no consumo privado, pelas novas técnicas de organização produtiva e empresarial em todas as áreas e na utilização e inovação de novas matérias de biotecnologia (HEILMANN, 2010, p. 67-68).

Atualmente, com a difusão da tecnologia e dos processos de comunicação, rompem-se as fronteiras geográficas. Com a velocidade da informação propiciada pela internet, aplicativos e redes sociais conectam pessoas de todo o globo mediante redes móveis, permitindo aos indivíduos não só acompanhar, mas também se posicionar e comentar em tempo real os mais diversos acontecimentos ocorridos fora do espaço territorial de seu respectivo Estado.

Substituem-se as onerosas chamadas telefônicas por comunicações móveis via internet, inovam-se e aceleram-se os meios de transportes. Trocam-se, com mais facilidade, informações e experiências de toda ordem, proporcionando intercâmbio e acesso facilitado a toda sorte de documentos de caráter público ou privado, bem como a difusão acelerada de costumes e culturas.

## **2. Constitucionalismo, limitação do poder e globalização**

### **2.1. A separação dos Poderes como limitação interna ao poder do Estado no constitucionalismo moderno**

As ideias de limitação do poder e de separação dos Poderes do Estado são da essência do constitucionalismo que eclodiu com a Revolução

Francesa no fim do século XVIII, em oposição ao absolutismo. A propósito, afirma Matteucci (2010, p. 23-29) que a opinião prevalecente é a da identificação do constitucionalismo com o princípio da separação dos Poderes, com o sistema de freios e contrapesos e com o equilíbrio entre os órgãos. Sustenta, assim, que o termo constitucionalismo indica um complexo de concepções políticas, de proceder jurídico e de valor moral, elaborado no curso dos séculos, com o objetivo de proteger os indivíduos do perigo de um regime arbitrário, através da imposição de limites, controles e regras ao exercício do poder político.

Assim é que o constitucionalismo, como movimento revolucionário de vocação universal, triunfou na França com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Tal declaração, defende Miranda (2014a, p. 125), não se dirigiu apenas aos franceses e trouxe em seu art. 16 uma noção de Constituição em sentido material e, implicitamente, em sentido formal, nos seguintes termos: “Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”.

Deve-se a Montesquieu (2005) e à sua obra “O Espírito das Leis”, publicada originalmente em 1748, a inspiração para aquela previsão, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e na Constituição Francesa de 1791, da separação dos Poderes como elemento essencial de uma Constituição escrita.

Defendeu Montesquieu (2005) que, para que ninguém possa abusar do poder, é preciso que pela disposição das coisas o Poder limite o poder. Logo, a única maneira de limitar o poder consistiria na criação de outro Poder que o limitasse, dividindo-o em Poderes que se condicionem e se limitem reciprocamente. O pensador francês inovou, utilizando a Constituição inglesa como modelo, ao dizer que as funções de legislar, de executar e de julgar devem corresponder a órgãos do Estado distintos, autônomos e independentes entre si.

Certo é que as ideias de Montesquieu inspiraram também a positivação do princípio da separação dos Poderes no constitucionalismo norte-americano. Nesse contexto, importa destacar o sistema de freios e contrapesos, também denominado *checks and balances*, desenvolvido pelo federalista Madison em semelhança à ideia da *faculté d'empêcher* de Montesquieu. Tal sistema foi desenvolvido no “Federalista nº 51”, publicado em 1787 no contexto de elaboração da Constituição Federal norte-americana (HAMILTON; MADISON; JAY, 1984).

De acordo com Madison, a única forma de se conservarem as competências de cada Poder é por meio do estabelecimento de uma mútua relação entre os Poderes (HAMILTON; MADISON; JAY, 1984). Nesse sentido, o sistema de freios e contrapesos é o que legitima, com base na

harmonia, interferências entre os Poderes, para que se alcance a busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmande de um Poder em detrimento do outro e dos governados.

Assim, é de se notar que no constitucionalismo liberal moderno a limitação do poder do Estado se deu de forma interna, em que um Poder do Estado limita outro Poder do próprio Estado. Conforme ensina Alexandrino (2015, p. 126), essa limitação é variável desde logo em função do tipo de Estado e pode ser tanto jurídica como não jurídica. Desse modo, segundo o autor, no Estado liberal a separação dos Poderes era considerada – ao lado das declarações de direitos, da Constituição escrita, do direito de resistência e do princípio da legalidade – como limitação jurídica ao poder do Estado.

Saliente-se que, segundo Caetano (2015, p. 199-201), a expressão *poder do Estado* pode ser empregada em dois sentidos. Num primeiro sentido, diz respeito às diversas faculdades de agir contidas no poder político, ou seja, uma das faculdades que se manifestam na soberania. Em um outro sentido, refere-se a sistemas de órgãos pelos quais se encontra dividido o exercício das formas de autoridade política, como são os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Assim, quando se fala em limitação do *poder* do Estado, a referência é ao primeiro daqueles dois sentidos, ou seja, à limitação das faculdades de agir do poder político, inerentes à soberania. Quando, por outro lado, se afirma que, com a teoria da separação dos Poderes, um *Poder* limita o outro, alude-se a um sistema de órgãos – como quando o Poder Executivo limita outro sistema orgânico, como o Poder Legislativo, por exemplo.

Conforme discorre Saldanha (2010, p. 139), o que ocorreu foi a repartição da substância do Estado, apesar de indivisível a soberania – a necessária partição de algo uno e incindível. O Estado, que é uniforme, desdobra-se então internamente em funções complementares e a soberania apresenta-se em cada uma dessas funções por igual, diferenciando-se conforme o plano de ação correspondente.

Consoante também assinala Bobbio (2000, p. 24-27), o limite do poder do Estado com a teoria da separação dos Poderes ocorre internamente e nasce de sua própria distribuição, por duas razões: não existirá mais uma só pessoa que tenha todo o poder, pois cada uma terá somente uma porção dele; os órgãos distintos aos quais serão atribuídas funções distintas controlar-se-ão reciprocamente – freios e contrapesos –, de maneira que ninguém poderá abusar do poder que lhe foi confiado.

Com efeito, o constitucionalismo em sentido estrito ou moderno é marcado pela limitação ao poder do Estado e a separação dos Poderes

constitui um de seus fundamentos. Importa, no subitem a seguir, discorrer sobre a nova feição do constitucionalismo no século XXI, frente à globalização, para, posteriormente, verificar a caracterização da limitação ao poder do Estado nesse contexto da globalização.

## **2.2. A superação do constitucionalismo centrado no Estado**

De acordo com Miranda (2010, p. 33-46), perante as grandes transformações sofridas pelo Estado e pela vida internacional ao longo do século XX e no século XXI, o constitucionalismo centrado no Estado encontra-se aparentemente numa situação paradoxal: no momento em que atinge a sua máxima extensão, enfrenta igualmente uma profunda crise. Contudo, é de se notar que o constitucionalismo tem avançado para uma maior interação do Estado com a ordem internacional, tendo em vista o contexto das integrações regionais e da globalização.

Nesse sentido, chama a atenção Medeiros (2015, p. 7) para uma erosão interna que se iniciou na sequência de uma transformação da soberania, que acabou por subtrair ao Estado o monopólio do poder público sobre o seu território. Tal erosão interna, segundo o autor, põe em perigo a capacidade de a Constituição cumprir a sua função de estabelecer e regular todos os Poderes públicos que se projetem no território no qual a Constituição vigora. Por esse motivo, a erosão afeta o constitucionalismo em si mesmo.

Cassese (2000, p. 15-23), ao escrever sobre a erosão do Estado, descreve-a como um processo não linear e historicamente condicionado. Observa que a erosão do Estado operada no final do século XX se deu pela *global governance*, pela produção do aumento do número de entes produtores de normas e pelas

relações estabelecidas pelos órgãos internos do Estado com órgãos similares de outros Estados e com entes supraestatais.

Sob essa perspectiva, observa Grimm (2016) que as Constituições têm usualmente no Estado o seu referencial, sendo ele o seu pressuposto como forma política, mas que, com a desnacionalização das Constituições e a ascensão de entidades supranacionais e instituições que podem decidir validamente fora do território dos Estados, a autoridade regulamentadora normativa sai do exclusivismo do Estado e é transferida para atores não estatais. Destaca, contudo, que essa transição não leva necessariamente ao fim do Estado, mas demonstra uma nova ordem política.

Conforme enfatiza Canotilho (2012, p. 284-285), o “Estado Constitucional” aparece hoje confrontado com o chamado Direito Constitucional Internacional, provocando uma supranacionalização ou internacionalização das Constituições dos Estados, significando isso que os Estados se integraram em comunidades políticas supranacionais ou em sistemas políticos internacionais globalmente considerados.

A propósito, explica Queiroz (2011, p. 18-106) que o Direito Constitucional Internacional lida com as normas internas, de âmbito constitucional, que se destinam a produzir efeitos no campo do Direito Internacional. Já o Direito Internacional Constitucional seria constitutivo dos princípios ordenativos básicos de uma comunidade internacional, sem prejudicar a autonomia constitucional dos Estados.

Assim, é fundamental a investigação de novas acepções do constitucionalismo não exclusivamente centrado no Estado para, posteriormente, proceder-se à caracterização da limitação ao poder do Estado nesse contexto, conforme se procederá a seguir.

### 2.2.1. Constitucionalismo multinível

O professor alemão Ingolf Pernice criou o conceito de constitucionalismo multinível e, mais recentemente, tem-se dedicado à compreensão da sua dimensão global. Sustenta Pernice (2012, p. 6) que o constitucionalismo é tanto a resposta correta como a única possível aos desafios atuais da globalização, bastando que o conceito de Constituição seja adaptado às necessidades do sistema de governança multinível. Destaca alguns cenários oriundos da globalização, como mercados financeiros internacionais, mercados globais com novos atores dinâmicos, demandas crescentes sobre recursos escassos sob a energia e o clima, crescentes ondas de refugiados, crimes internacionais e terrorismo, revolução digital e suas repercussões sobre a informação e a comunicação mundial. Dessa forma, defende ser hoje necessária a cooperação em nível global, sendo ela inconciliável com a pretensa hegemonia dos Estados.

Argumenta que o constitucionalismo multinível permite uma compreensão das complexas questões legais relacionadas com o evolutivo sistema multinível de governança. O constitucionalismo multinível, na perspectiva do autor, descreve a Constituição como um processo de distribuição, divisão e organização progressiva de poderes em diversos níveis de competência e ação, levando em consideração a perspectiva do indivíduo como membro de uma comunidade local, nacional, regional, europeia e global, em diferentes níveis e para diferentes propósitos (PERNICE, 2012, p. 17).

Segundo ele, no constitucionalismo multinível o sistema normativo forma materialmente uma unidade jurídica. Assim, não haveria que se falar, por exemplo, em hierarquia entre o direito internacional e o nacional, mas sim em primazia da norma, a depender do ní-

vel de ação da situação concreta em questão. Esses diferentes níveis, ou elementos complementares de uma ordem constitucional global, não seriam sistemas jurídicos separados, mas partes de um sistema unitário, cuja unidade está refletida no fato de que a fonte originária de sua legitimidade é o indivíduo (PERNICE, 2012, p. 18-29).

Afirma, enfim, que o constitucionalismo multinível global deve centrar-se na definição das necessidades comuns dos cidadãos dos diferentes Estados e na consciência de que nenhum Estado individual ou organização regional é capaz de superar esses problemas de forma isolada. Logo, defende ser hoje necessária a cooperação em nível global, tendo em vista alguns cenários oriundos da globalização (PERNICE, 2012, p. 6).

### 2.2.2. Interconstitucionalidade

Canotilho (2012, p. 266) prefere falar em interconstitucionalidade, em vez de constitucionalismo multinível, definida como a teoria que tem como objeto de estudo “as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”.

A teoria da interconstitucionalidade enfrenta, assim, os problemas da articulação entre Constituições e da afirmação de poderes constituintes com fontes e legitimidades diversas. A especificidade relativa à União Europeia leva, segundo Canotilho (2012), à existência de uma rede de Constituições de Estados soberanos, à turbulência produzida nas Constituições dos Estados soberanos pelas organizações supranacionais e à articulação das Constituições estatais com a diversidade de Constituições inseridas na rede interconstitucional. Nesse sentido, a rede formada por

normas constitucionais nacionais e por normas europeias de valor constitucional faz abrir as portas dos Estados fechados e relativizar princípios estruturantes, como a soberania interna e externa, a independência e a hierarquia de normas, mas sem dissolver na própria rede as marcas das formatações constitutivas dos estados membros (CANOTILHO, 2012, p. 267-269).

### **2.2.3. Constitucionalismo em rede**

A professora norte-americana Slaughter (2004, cap. 1-3), na perspectiva do constitucionalismo em rede, destaca a importância de uma nova ordem mundial constitucional integrada por redes horizontais e verticais de instituições e ordens jurídicas estatais. Nesse sentido, defende que redes de investigadores policiais, reguladores financeiros, juízes e legisladores devem ser formadas com o objetivo de trocar informações e de coordenar atividades para tratar de problemas comuns em escala global. Essa rede governamental, segundo a autora, seria a característica peculiar da ordem mundial do século XXI e deve ser bem compreendida e estudada de maneira que se possa melhor enfrentar os problemas centrais da governança global.

Nesse sentido, a autora fala em redes de harmonização e em um entrelaçamento de ordens jurídicas para o melhor desempenho das funções estatais por órgãos integrantes da estrutura dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mediante aprendizado e intercâmbio de informações e de soluções para problemas que já foram enfrentados por órgãos governamentais de outros Estados.

### **2.2.4. Globalização do Direito Constitucional interno**

Tushnet (2008, p. 1-23) fala em globalização do Direito Constitucional interno. Aborda, assim, a convergência e a harmonização da globalização ao Direito Constitucional interno, bem como as fontes e formas de resistência a essa globalização, fundamentadas no excepcionalismo nacional. Discorre acerca dos processos “de cima para baixo”, voltados à convergência do Direito Constitucional interno à globalização, consubstanciados nas redes e ações de instituições transnacionais, Tribunais, instituições financeiras internacionais e ONGs transnacionais. Em seguida, aborda os processos de convergência “de baixo para cima”, de apoio interno ao aprimoramento do capital humano nacional, para a geração de mais atratividade externa do Estado no âmbito da globalização econômica.

Ao final, Tushnet (2008) discute se os processos identificados levam a globalização do Direito Constitucional a uma corrida para o “topo”,



para o “fundo” ou para algum local mais variado. Conclui com uma breve exposição de como a globalização do Direito Constitucional interno pode ser acomodada às noções locais de separação de Poderes, mormente sob o aspecto da supremacia legislativa qualificada pela existência de revisão judicial, bem como pelo aspecto da soberania das respostas constitucionais domésticas aos problemas internos, de competência dos órgãos nacionais.

### **2.2.5. Transconstitucionalismo**

O constitucionalista Neves (2013, p. 115-116) elaborou o conceito de transconstitucionalismo como o fenômeno que diz respeito às formas de relação entre ordens jurídicas diversas – cada uma composta por seus próprios atos, normas ou procedimentos jurídicos – para a solução de problemas constitucionais. O componente novo do transconstitucionalismo estaria no modo como são travadas as formas de conversações entre os tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, para a busca de soluções a problemas constitucionais que se apresentam simultaneamente em diversas ordens, não havendo que se falar em hierarquia entre esses órgãos.

No transconstitucionalismo, os detentores do poder de ordenamentos diferentes abrem mão do tom de disputa de suas conversações, a fim de solucionarem problemas constitucionais. No lugar da discórdia, abre-se espaço para o entendimento, a cooperação, a conversa e a criatividade.

### **2.2.6. Constitucionalismo societal global**

Por fim, destaque-se, no âmbito do constitucionalismo para além do Estado, o pensamento

de Teubner (2012) sobre as Constituições civis societais globais como alternativas a uma teoria da Constituição centrada no Estado. O autor, diante da constatação da fragmentação constitucional em tempos de globalização, verificou a existência de verdadeiras constituições civis parciais, atribuídas a determinados subsistemas sociais mundiais transcendentais ao processo político estatal, como a economia, a ciência, a saúde, a cultura e o meio ambiente. Tais subsistemas sociais mundiais organizam-se de forma semelhante à disposta nas Constituições estatais, dando ensejo ao desempenho de funções estatais por organismos privados.<sup>2</sup>

### **2.3. A globalização como limitação externa ao poder do Estado**

Conforme se viu, o constitucionalismo moderno ou em sentido estrito, que surgiu com o Estado liberal, teve como característica fundamental a separação dos Poderes e a limitação ao poder absoluto na figura do monarca, que concentrava as funções de legislação, governo, administração e jurisdição.

Tal limitação ao poder ocorreu internamente, por meio da divisão desse poder em diferentes órgãos internos, de maneira que uma parcela desse poder limitasse as outras parcelas e vice-versa. E no constitucionalismo além do Estado? Como se configura a limitação do poder?

Nota-se que, no constitucionalismo não exclusivamente centrado no Estado, diversamente do constitucionalismo liberal moderno, a limitação ao poder do Estado se opera de forma diferente, de maneira extroversa, com

---

<sup>2</sup>Sobre a descrição da visão de Teubner (2012) a respeito da fragmentação constitucional, ver artigo de Elmayer (2016).

a globalização funcionando como um limitador externo. Sendo um fenômeno multifacetado e policêntrico, a globalização tem também a peculiaridade de incidir na soberania dos Estados de modo a ressignificar o exercício das funções estatais.

Entende-se que a limitação feita pela globalização ao poder do Estado assume quatro diferentes formas.

Em primeiro lugar, no âmbito do constitucionalismo multinível (PERNICE, 2012) e da interconstitucionalidade (CANOTILHO, 2012), tal limitação ocorre com a imposição de restrições às funções política (governativa e legislativa), administrativa e jurisdicional desempenhadas pelos órgãos internos dos Estados, tendo em vista que algumas dessas atribuições, a depender da temática e do nível de atuação em questão, podem ser desempenhadas em nível internacional regional, supranacional ou global.

Em segundo lugar, sob a perspectiva do constitucionalismo em rede (SLAUGHTER, 2004), da globalização do Direito Constitucional interno (TUSHNET, 2008) e do transconstitucionalismo (NEVES, 2013), a limitação ao poder do Estado empreendida pela globalização se realiza por meio da imposição de uma ampliação da interação dos órgãos nacionais exercentes das funções política (legislativa e governativa), de administração e jurisdição com órgãos de outros Estados que também exerçam tais funções.

Em terceiro lugar, sob a mesma perspectiva acima referenciada, a globalização impõe que o desempenho dessas funções, pelo Estado nacional, leve em consideração a ordem internacional.

Por fim, a globalização atua como limitador externo por intermédio de algumas das funções estatais por atores privados, sob a perspectiva do constitucionalismo societal global (TEUBNER, 2012).

Há de se supor que talvez essa intervenção da globalização nas funções estatais e na soberania do Estado seja algo completamente nocivo, que não traga quaisquer benefícios. Entretanto, tal afirmação não é verdadeira. Considerando-se a globalização como limite ao poder do Estado e tendo em vista que, historicamente, as limitações ao poder são necessárias para se evitar o arbítrio e a concentração do poder, pode-se afirmar que a globalização, se harmonizada adequadamente com as funções do Estado, pode contribuir para a eficiência e para o melhor desempenho de tais funções pelos Poderes do Estado, como um verdadeiro mecanismo de *checks and balances*, equilibrando a atuação dos Estados soberanos na ordem internacional.

Deve-se, assim, identificar em que situações tais funções devem ser exercidas levando-se em consideração a ordem internacional e, ainda, quando atores externos como organizações internacionais, órgãos

regionais e supranacionais, ou até privados, devem desempenhá-las. É o que se buscará identificar no item seguinte, tendo como objeto de análise as competências atribuídas aos três Poderes pela CRFB.

Será analisado o impacto da globalização nas funções exercidas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário da União, tendo em vista as dimensões da globalização expostas no subitem 1.2, as acepções do constitucionalismo para além do Estado apresentadas no subitem 2.2, bem como as limitações externas impostas pela globalização ao poder do Estado, conforme desenvolvido no subitem 2.3.

### 3. A globalização dos Poderes do Estado brasileiro

#### 3.1. A globalização do Poder Legislativo

A imposição de que o desempenho das funções estatais leve em consideração a ordem internacional consiste na limitação ao poder do Estado empreendida pela globalização, mormente em sua dimensão política. Sob esse aspecto, é possível identificar na CRFB funções legislativas do Congresso Nacional que podem ser mais bem desempenhadas em benefício do cidadão, tendo em vista a ordem internacional.

O art. 48, *caput*, da CRFB, prevê que cabe ao Congresso Nacional dispor sobre todas as matérias de competência da União. Entre tais matérias, compete privativamente à União, nos termos do art. 22, inciso I, da CRFB, legislar sobre direito civil, penal, processual, eleitoral e do trabalho. Ademais, o art. 24, incisos VI e IX, da CRFB, combinado com o respectivo parágrafo único, prevê a competência da União para editar normas gerais sobre proteção do meio ambiente (inciso VI) e sobre educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação (inciso IX) (BRASIL, 1988).

Considerando a dimensão política da globalização e a globalização do Direito Constitucional interno (TUSHNET, 2008), que pregam a internacionalização do Estado nacional, defende-se que o Congresso Nacional deva editar novas leis e empreender alterações legais, concernentes às temáticas acima citadas, em harmonia com os tratados internacionais já internalizados e ratificados pelo Brasil sobre essas temáticas e em convergência com o *jus cogens*<sup>3</sup> no tocante a temáticas de direitos humanos, tendo em vista o melhor interesse do cidadão.

---

<sup>3</sup> Ensinam Pereira e Quadros (2015, p. 277-295) que o *ius cogens*, ou Direito cogente, significa Direito imperativo imposto à Comunidade Internacional.

Destaque-se que não se está a falar aqui de hierarquia entre a Constituição, as leis ordinárias e os tratados incorporados pelo Brasil, tampouco de monismo ou dualismo, mas sim a respeito da convergência e harmonia das leis editadas pelo Congresso Nacional com as normas constantes em tratados internacionais que apresentam temática afeta aos seus objetos e que têm o potencial de agregar e aperfeiçoar o conteúdo das normas nacionais em questão.

Quanto à dimensão econômica da globalização (STIGLITZ, 2002; WOLF, 2004), considerando a necessidade de o Brasil mostrar-se atrativo para investimentos estrangeiros, deve o Congresso Nacional atentar para a sustentabilidade econômica e financeira do Estado brasileiro na aprovação de projetos de lei que aumentem despesas ou renunciem receitas, em observância ao Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, introduzido pela Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016 (BRASIL, 2016). Isso, é claro, sem retroceder com relação a investimentos relevantes em áreas como educação e saúde, cujos índices são também considerados para a atratividade do Brasil no cenário internacional, em vista da necessidade de qualificação do capital humano (TUSHNET, 2008, p. 7-9).

Sob a perspectiva do constitucionalismo em rede desenvolvido por Slaughter (2004), devem os parlamentares das duas Casas do Congresso Nacional brasileiro, na proposição de projetos de leis ou de propostas de emendas constitucionais, buscar, através de intercâmbios de informações, leis que foram adotadas por outros Estados para temas semelhantes e que apresentaram sucesso na resolução dos problemas enfrentados. Seria o caso, por exemplo, de reformas legislativas nas áreas tributária (art. 48, I, da CRFB), do direito comercial, trabalhista e processual penal (art. 22,

I, da CRFB), e da seguridade social (art. 22, XXIII, da CRFB) (BRASIL, 1988).

Certamente, o acesso à legislação de outros países e o conseqüente entrelaçamento de ordens jurídicas com o fim de se aperfeiçoar a legislação brasileira é hoje facilitado ante os benefícios trazidos pela dimensão tecnológica da globalização com o avanço da internet, acabando por propiciar o rompimento das barreiras geográficas.

Por fim, a revolução tecnológica e informática impulsionada pela globalização deve incentivar a agilidade no tempo legiferante. Com efeito, a velocidade da informação trazida pela internet tem feito com que os projetos de lei em tramitação e diversas leis já aprovadas pelo Congresso Nacional se tornem rapidamente desatualizados, provocando um maior ativismo judicial e também a exorbitância do poder regulamentar da administração pública. Dessa forma, deve o Congresso Nacional agilizar a discussão e tramitação de matérias tendentes a se desatualizar facilmente com o tempo.

### **3.2. A globalização do Poder Executivo**

Conforme anteriormente exposto, no âmbito do constitucionalismo multinível (PERNICE, 2012), há um processo de distribuição, divisão e organização progressiva de poderes em diversos níveis de competência e ação, levando em consideração a perspectiva do indivíduo como membro de uma comunidade local, nacional, regional e global, em diferentes níveis e para diferentes propósitos.

Nesse sentido, é possível afirmar que a função política governativa do Poder Executivo pode e deve ser exercida em nível global no tocante a algumas temáticas que envolvem interesses públicos transnacionais que requerem, por conseqüência, uma gestão transnacional para o maior alcance da eficiência em

benefício do indivíduo, tendo em vista a incapacidade do Estado de enfrentar isoladamente determinados problemas e satisfazer, por si só, necessidades que são consideradas transnacionais<sup>4</sup>. Sob essa perspectiva, constitui a globalização um limitador externo ao poder do Estado, ao impor a não exclusividade do desempenho da função política governativa por órgãos internos do Estado no tocante a determinadas questões.

Essa gestão transnacional é requerida no caso do enfrentamento de questões relativas ao controle da emissão de poluentes, à degradação do meio ambiente, aos riscos de desastres ambientais, aos escassos recursos de energia, à garantia e proteção dos direitos humanos, ao combate à criminalidade organizada e ao terrorismo, ao tráfico de drogas e à lavagem de dinheiro, à situação dos imigrantes e dos refugiados, ao controle de determinadas epidemias e doenças, dentre outras questões.

Nesse sentido, o presidente da República e os ministros de Estado das respectivas pastas temáticas devem desenvolver mecanismos de ação conjunta internacional com os outros Estados, mediante instrumentos formais ou informais de cooperação bilateral ou multilateral, além da coordenação de procedimentos e decisões, e da harmonização de políticas públicas a serem adotadas, pois as decisões dos Estados sobre as temáticas acima referenciadas têm cada vez mais efeitos extraterritoriais, e, por consequência, acabam por vincular pessoas que se encontram fora dos Estados de onde foram emanadas.

É o que Canotilho (2012, p. 327), no âmbito da interconstitucionalidade, afirma ser um dos aspectos da *good governance*. Essa boa

governança, sob um dos seus aspectos determinantes, acentua a interdependência internacional dos Estados, colocando questões de governo como problema de multilateralismo dos Estados e de regulações internacionais.

Tal postura a ser empreendida pelo Poder Executivo do Brasil encontra fundamento nos seguintes dispositivos da CRFB: art. 4º, IX (que prevê que a República Federativa do Brasil se rege, nas suas relações internacionais, pelo princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade); art. 21, I (que dispõe competir à União manter relações com Estados estrangeiros); e art. 84, VII e VIII (que prevê a competência privativa do Presidente da República de manter relações com Estados estrangeiros e de celebrar tratados, convenções e atos internacionais) (BRASIL, 1988).

O jurista alemão Loewenstein (1976, p. 68-72), ao propor uma nova tripartição das funções estatais, caracterizou autonomamente uma delas como função de controle político dos órgãos estatais<sup>5</sup>. Constitui tal função a essência da separação dos Poderes, de maneira que cada um dos detentores do poder possa controlar um ao outro mediante freios e contrapesos. Essa função de controle distribui-se entre todos os detentores do poder e materializa-se de maneira significativa na possibilidade de veto do presidente da República a projetos de lei.

Sob esse aspecto, tendo em vista o exercício do controle político dos atos do Congresso Nacional, bem como sua competência constante nos arts. 84, V, e 66, § 1º, da CRFB (BRASIL, 1988), o presidente da República deve vetar, por contrariedade ao interesse público, projetos de lei que exorbitem de questões que devam ser objeto de regulamentação

<sup>4</sup> A respeito da internacionalização da administração pública e do direito administrativo transnacional, conferir as obras de Otero (2013, p. 499-535) e Roque (2014).

<sup>5</sup> É o que também foi desenvolvido por Vile (2007, p. 10-21).

transnacional por meio de tratados, que exigem a ação concertada dos Estados.

Ainda no âmbito do constitucionalismo multinível e tendo em vista a dimensão econômica da globalização, a função política governativa do Poder Executivo do Brasil deve ser fortalecida em nível regional por meio do Mercosul, de maneira que seja elevada a quantidade de acordos comerciais celebrados pelo Mercosul com outros Estados e blocos regionais, provocando-se, por consequência, maior participação dos Estados integrantes do Mercosul na concorrência internacional, bem como o fortalecimento das indústrias locais.

Tal medida encontra fundamento no art. 3º, II, da CRFB, que enumera como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a garantia do desenvolvimento nacional, bem como, no parágrafo único do art. 4º, afirma que ela buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina.

Sob a perspectiva do constitucionalismo em rede (SLAUGHTER, 2004), o presidente da República, na proposição de projetos de lei, e os ministros de Estado, na execução de políticas públicas, devem buscar, com intercâmbio de informações formais e informais, modelos de políticas públicas que foram adotadas por outros Estados para temas semelhantes e que apresentaram sucesso na resolução dos problemas enfrentados, o que é hoje facilitado ante os benefícios trazidos pela dimensão tecnológica da globalização dado o avanço da internet. Ademais, urge que os governantes do Poder Executivo, invoquem, na motivação de suas decisões administrativas, não somente leis ordinárias nacionais, mas também tratados internacionais internalizados pelo Brasil sobre a temática em questão, a título de fortalecimento da argumentação decisória.

Com efeito, a dimensão econômica da globalização é marcada pela ideologia neoliberal, que impõe a diminuição do tamanho do Estado. Quanto à função administrativa do Poder Executivo, no âmbito da prestação de serviços públicos, a dimensão econômica da globalização pode contribuir no sentido de serem identificados serviços públicos que podem ser mais bem realizados em prol dos cidadãos, mediante delegação ou parcerias por pessoas jurídicas de direito privado para o desempenho de serviços públicos.

Desse modo, o Estado acaba por desempenhar um papel maior de regulador da prática desses serviços, agora prestados por particulares. Deve-se, contudo, ter em mente que tal tendência à privatização e à formação de parcerias com o setor privado não pode colocar em xeque direitos sociais relevantes, que tendem a ser mais bem prestados pelo Estado.

Ademais, tendo em vista a ideia das constituições civis societais globais atribuídas a determinados subsistemas sociais mundiais transcendentais ao Estado (TEUBNER, 2012), é possível perceber a atuação da globalização como limitador externo que possibilita o desempenho de funções administrativas de interesse público internacional por organizações não governamentais (ONGs) transnacionais variadas, nos subsistemas da saúde, do esporte, da educação, da ciência, da cultura, da proteção ao meio ambiente, dos direitos humanos e da busca da paz. Certamente, a atuação dessas ONGs pode contribuir para o melhor desempenho e desenvolvimento daqueles setores em prol do indivíduo, na medida em que atuam nas lacunas deixadas pelos Estados e funcionam como mecanismos de pressão internacional para influenciar ou corrigir a atuação do Estado nos setores de interesse público a que se dedicam.<sup>6</sup>

### 3.3. A globalização do Poder Judiciário

Com relação à função jurisdicional, a globalização pode operar limitações ao poder interno do Estado, tendo em vista a possibilidade de essa função, no âmbito do constitucionalismo multinível global, poder ser também exercida em nível internacional global (caso do Tribunal Penal Internacional), ou em nível internacional regional (caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos), tribunais a cuja jurisdição o Brasil se submeteu.

Dúvidas surgem quanto à existência de hierarquia das decisões dos tribunais internacionais e regionais sobre as decisões dos tribunais constitucionais estatais no que refere à proteção de um mesmo direito. A essas dúvidas o constitucionalismo multinível e o transconstitucionalismo apresentam importantes soluções.

Com base no constitucionalismo multinível, recomenda-se a identificação de qual dos possíveis níveis de atuação jurisdicional apresenta a solução mais adequada para o determinado caso concreto e para o indivíduo, considerando-se as suas especificidades e tendo em vista que o sistema proporciona uma única solução legal vinculante, sem que se fale em hierarquia entre uma possível decisão e outra.

Nesse sentido, relativamente à temática de direitos humanos, entende-se que, para evitar futuros conflitos, o Supremo Tribunal Federal (STF) deve procurar proferir suas decisões levando em consideração dispositivos constantes dos tratados integrantes do sistema interame-

---

<sup>6</sup>Como exemplos de ONGs de atuação notória na sociedade internacional, pode-se mencionar o *Greenpeace*, o *Médicos sem Fronteiras*, o Comitê Olímpico Internacional, a Anistia Internacional e a *Human Rights Watch*, entre outras.

ricano, além de precedentes já proferidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, de maneira que o sistema de proteção seja um todo unitário e harmônico e se estabeleça maior diálogo com a Corte Interamericana.

Por outro lado, no caso de terem sido proferidas decisões da Corte Interamericana que se revelem contrárias ao entendimento anteriormente firmado pelo STF, defende-se ser possível a adoção de dois tipos de postura a este respeito, a depender do caso em questão.<sup>7</sup> A primeira postura corresponde à anuência do STF ao decidido pela Corte Interamericana, tendo em vista a submissão do Brasil à jurisdição da Corte Interamericana e a identificação, baseado no constitucionalismo multinível (PERNICE; KANITZ, 2004), de que a decisão mais adequada para a solução da questão vem do sistema internacional regional de proteção.

Outra postura a ser adotada em determinadas circunstâncias é a valorização das peculiaridades da sistemática interna de proteção de direitos e das peculiaridades fáticas no momento da execução da decisão da Corte Interamericana, levando-se em consideração, à luz do constitucionalismo multinível, que o nível de ação jurisdicional mais adequado para determinar a forma de execução da solução ao caso concreto é o nacional. A esse respeito, deve-se ressaltar a doutrina dos *controlimiti* (GAMBINO, 2006, p. 411-460), desenvolvida na Itália, que consiste no estabelecimento, pelas Cortes Constitucionais dos Estados, de limites à execução de decisões oriundas de outro nível jurisdicional de proteção de direitos humanos, por entenderem, no caso concreto, em razão de determinadas peculiaridades de ordem fática ou operacional, dever prevalecer a interpretação por elas dada à proteção do direito humano em questão a partir da prevalência do direito nacional.

Também o transconstitucionalismo apresenta soluções para os conflitos entre um tribunal internacional e uma corte constitucional. Neves (2013, p. 129-146), ao caracterizar o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas, destaca que um mesmo problema constitucional pode apresentar-se simultaneamente perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional, implicando conflitos. Nesse caso, segundo o autor, a “conversação” constitucional é indispensável, devendo ser construídas verdadeiras “pontes de transição” entre as estruturas reflexivas das respectivas ordens, sem se falar em hierarquia vertical ou superioridade, mas sim em formação de uma

---

<sup>7</sup>A propósito do constitucionalismo multinível e de sua aplicabilidade para a resolução de conflitos entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os Tribunais Constitucionais, ver Almeida (2017, p. 21-29).



racionalidade transversal que se mostre suportável para ambas as ordens jurídicas envolvidas – a constitucional e a internacional.

É o que se tem observado, conforme exemplifica o autor, na relação entre as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e tribunais nacionais com competências constitucionais. Afirmo que tanto do lado dessa Corte quanto da parte dos tribunais estatais tem havido uma disposição de diálogo em questões constitucionais comuns, para que as jurisprudências contraditórias sejam revistas e as decisões se harmonizem em favor da melhor proteção dos direitos humanos. Certamente, essa deve ser a postura que se recomenda ser adotada pelo STF.

Importante também destacar que a globalização, sob a perspectiva do constitucionalismo em rede de Slaughter (2004, cap. 2), pode contribuir para o aperfeiçoamento do exercício da função jurisdicional do Poder Judiciário brasileiro mediante o entrelaçamento de informações e experiências de cortes constitucionais estrangeiras que enfrentaram problemas constitucionais semelhantes, em verdadeiras redes horizontais.

Nesse sentido, destaca a autora que magistrados de todo o mundo têm promovido constantes diálogos uns com os outros, seja em seminários, conferências ou organizações judiciais, compartilhando casos específicos julgados (SLAUGHTER, 2004). Ademais, o resultado dessa globalização judicial seria o aumento da “jurisprudência constitucional global”, em que as Cortes ao redor do mundo se têm referido às decisões umas das outras no sentido do fortalecimento da argumentação decisória a ser desenvolvida.

Ainda como impacto derivado da globalização em prol do aperfeiçoamento da função jurisdicional estatal, urge que os magistrados brasileiros, ao fundamentar suas decisões, verifiquem também a incidência e subsunção, ao caso concreto, de normas oriundas de tratados internacionais internalizados pelo Brasil, como forma de enriquecimento da fundamentação judicial e de convergência do Direito Constitucional à globalização.

Por fim, devem os magistrados identificar os desafios surgidos com a globalização que provocaram mudanças no exercício da função jurisdicional. Conforme expõe Magalhães (2016, p. 119-135), ante as transformações do último século e os novos paradigmas jurídicos da arena global, é preciso verificar se o Judiciário se encontra em condições de responder às demandas da arena global e se tem capacidade de oferecer respostas céleres aos velhos e novos problemas em matérias de direitos fundamentais, de interesses econômicos e da livre circulação de riquezas.

Por outro lado, a expansão do protagonismo do Poder Judiciário hoje, com o ativismo judicial, deve-se fazer refletir sobre os limites dessa expansão, pois não é crível depositar apenas no Judiciário a

solução de todos os problemas enfrentados pela pós-modernidade e capitaneados pela dimensão econômica e tecnológica da globalização, devendo o Judiciário atentar para a capacidade institucional dos demais Poderes para o melhor enfrentamento de cada problema concreto apresentado.

## Conclusão

Com o presente artigo, buscou-se investigar como a globalização pode impactar no poder do Estado e na execução das funções estatais pelos três Poderes no Brasil. A propósito, conforme destaca Kosta (2012, p. 348) em interessante artigo acerca da relação entre a globalização e a soberania dos Estados, “este mundo e este tempo ainda são de Estados e os Estados podem ser globais”.

Tendo em vista que, no constitucionalismo moderno surgido com a Revolução Francesa, a separação dos Poderes foi um de seus marcos centrais, proporcionando a limitação do poder do Estado internamente, avançou-se, na presente pesquisa, à investigação de como, nas diversas modalidades do constitucionalismo para além do Estado, a globalização se caracteriza como uma limitação externa ao poder do Estado.

O fenômeno da globalização é parcelar, heterogêneo e geograficamente diferenciado, afetando os diversos Estados de maneira diferente. É possível concluir que, no Brasil, a globalização pode contribuir para o aprimoramento do desempenho das funções estatais de legislação, governo, administração e jurisdição pelos três Poderes, em prol dos cidadãos e da eficiência. Nessa perspectiva, serão expostos abaixo os modelos que se procurou traçar, no presente artigo, de globalização dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário brasileiros.

Entende-se que a globalização do Poder Legislativo brasileiro deve levar em consideração os seguintes aspectos:

i. Considerando a dimensão política da globalização e a globalização do Direito Constitucional interno, recomenda-se a edição, pelo Congresso Nacional, de leis em convergência e harmonia com os tratados internacionais já internalizados e ratificados pelo Brasil, bem como em convergência com o *jus cogens*, no tocante aos direitos humanos, tendo em vista o melhor interesse do cidadão;

ii. Quanto à dimensão econômica da globalização, considerando a necessidade de o Brasil se apresentar atrativo para investimentos estrangeiros, deve o Congresso Nacional atentar para a sustentabilidade econômica e financeira do Estado brasileiro na aprovação de projetos

de lei que aumentem despesas ou renunciem receitas, sem retroceder com relação a investimentos relevantes em áreas como educação e saúde, cujos índices são também considerados para a atratividade do Brasil no cenário internacional;

iii. Sob a perspectiva do constitucionalismo em rede, na proposição de projetos de leis ou de propostas de emendas constitucionais, os parlamentares do Congresso Nacional devem buscar, mediante intercâmbio de informações, normas que foram adotadas por outros Estados para temas semelhantes e que apresentaram sucesso na resolução dos problemas enfrentados;

iv. Tendo em vista o aumento da velocidade da informação trazida pela internet, deve a revolução tecnológica e informática impulsionada pela globalização incentivar a agilidade do tempo legiferante, de maneira que os projetos de lei em tramitação e as diversas leis já aprovadas pelo Congresso Nacional não se tornem rapidamente desatualizadas, provoquem um maior ativismo judicial e também a exorbitância do poder regulamentar da administração pública.

Propõe-se globalização do Poder Executivo brasileiro sob o seguinte formato:

i. A função política governativa do Poder Executivo pode e deve ser exercida em nível global no tocante a temáticas que envolvem interesses públicos transnacionais que requerem, por consequência, uma gestão transnacional para o maior alcance da eficiência em benefício do indivíduo, tendo em vista a incapacidade do Estado de enfrentar isoladamente determinados problemas e satisfazer, por si só, necessidades que são consideradas transnacionais;

ii. Deve o presidente da República, tendo em vista o exercício do controle político dos atos do Congresso Nacional, vetar, por contrariedade ao interesse público, projetos de

lei que exorbitem de questões que devam ser objeto de regulamentação transnacional por meio de tratados, por exigirem a ação concertada dos Estados;

iii. No âmbito do constitucionalismo multinível e tendo em vista a dimensão econômica da globalização, deve a função política governativa do Poder Executivo do Brasil ser fortalecida em nível regional por meio do Mercosul, provocando-se, por consequência, maior participação dos Estados integrantes do Mercosul na concorrência internacional, bem como o fortalecimento das indústrias locais;

iv. Sob a perspectiva do constitucionalismo em rede, o presidente da República, na proposição de projetos de lei, e os ministros de Estado, na execução de políticas públicas, deve buscar, mediante intercâmbios de informações formais e informais, modelos de políticas públicas que foram adotadas por outros Estados para temas semelhantes e que apresentaram sucesso na resolução dos problemas enfrentados;

v. No que tange à função administrativa do Poder Executivo, no âmbito da prestação de serviços públicos, a dimensão econômica neoliberal da globalização pode contribuir no sentido de serem identificados serviços públicos que podem ser mais bem realizados em prol dos cidadãos, mediante delegação ou parcerias por pessoas jurídicas de direito privado para o desempenho de serviços públicos;

vi. Tendo em vista a ideia das constituições civis societárias globais atribuídas a determinados subsistemas sociais mundiais transcendentais ao Estado, é possível o desempenho de funções administrativas de interesse público internacional por organizações não governamentais (ONGs) transnacionais variadas nos subsistemas da saúde, do esporte, da educação, da ciência, da cultura, da proteção ao meio ambiente, dos direitos humanos e da busca da

paz, em contribuição ao melhor desenvolvimento dos referidos setores em prol do indivíduo.

Por fim, defende-se a globalização do Poder Judiciário brasileiro sob os seguintes aspectos:

i. A partir do constitucionalismo multinível, recomenda-se a identificação de qual dos possíveis níveis de atuação jurisdicional apresenta a solução mais adequada para o determinado caso concreto e para o indivíduo, a partir de suas especificidades, tendo em vista que o sistema proporciona uma única solução legal vinculante, sem que se fale em hierarquia entre uma possível decisão e outra.

ii. Diante de um problema constitucional que se apresente simultaneamente na ordem estatal brasileira e internacional, implicando conflitos, deve a Corte Constitucional brasileira, na perspectiva do transconstitucionalismo, construir verdadeiras “pontes de transição” entre as estruturas reflexivas das respectivas ordens, sem falar em hierarquia vertical ou superioridade, mas sim em formação de uma racionalidade transversal que se mostre suportável para ambas as ordens jurídicas envolvidas, quais sejam, a constitucional e a internacional;

iii. A globalização, sob a perspectiva do constitucionalismo em rede, pode contribuir para o aperfeiçoamento do exercício da função jurisdicional do Poder Judiciário brasileiro mediante o entrelaçamento de informações e experiências de cortes constitucionais estrangeiras que enfrentaram problemas constitucionais semelhantes, em verdadeiras redes horizontais;

iv. Devem os magistrados brasileiros, ao fundamentar suas decisões, verificar também a incidência e subsunção, ao caso concreto, de normas oriundas de tratados internacionais internalizados pelo Brasil, como forma de enriquecimento da fundamentação judicial e de convergência do Direito Constitucional à globalização;

v. Por fim, devem os magistrados identificar os desafios surgidos com a globalização que provocaram mudanças no exercício da função jurisdicional, tais como a capacidade de apresentar respostas céleres a velhos e novos problemas em matéria de direitos fundamentais, de interesses econômicos e da livre circulação de riquezas.

### **Sobre a autora**

Lilian Barros de Oliveira Almeida é mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil; doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal;

pesquisadora, pelo programa Erasmus, junto ao Dottorato in Diritto Pubblico, Internazionale ed Europeo da Università degli Studi di Milano, Milão, Itália; foi professora substituta, na área do Direito Público, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; membro da Advocacia-Geral da União; foi adjunta do Advogado-Geral da União.  
E-mail: lilian.almeida3@gmail.com

## Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>8</sup>

GLOBALIZATION, CONSTITUTIONALISM AND THE POWERS OF THE BRAZILIAN STATE

ABSTRACT: This paper aims to analyze the impact of globalization on the resignification of state functions of legislation, government, administration and jurisdiction exercised by the three Powers, based on provisions of the Brazilian Constitution of 1988. Thus, models of globalization of the Legislative, Executive and Judiciary Powers of Brazil could be built to contribute to the improvement of the execution of these state functions, in favor of efficiency and of the citizens.

KEYWORDS: GLOBALIZATION. CONSTITUTIONALISM. THREE POWERS. BRAZIL. RESIGNIFICATION.

## Como citar este artigo

(ABNT)

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. Globalização, constitucionalismo e os Poderes do Estado brasileiro. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 219, p. 237-261, jul./set. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p237](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p237)>.

(APA)

Almeida, L. B. de O. (2018). Globalização, constitucionalismo e os Poderes do Estado brasileiro. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(219), 237-261. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p237](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p237)

## Referências

ALEXANDRINO, José de Melo. *Lições de direito constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2015. v. 1.

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. O constitucionalismo multinível e sua aplicabilidade para a resolução de conflitos entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os tribunais constitucionais. In: MEZZETTI, Luca; FERIOLI, Elena (Org.). *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*. Bologna: Bonomo Editore, 2017. p. 21-29.

---

<sup>8</sup> Sem revisão do editor.

- BANOND, Isabel. *História das ideias políticas*. Cascais: Princípia, 2014.
- BECK, Ulrich. *O que é globalização?: equívocos do globalismo, respostas à globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Mandarim, 2000.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.
- \_\_\_\_\_. Emenda constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 16 dez. 2016.
- CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 2015. t. 1.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2012.
- CASSESE, Sabino. L’erosione dello Stato: una vicenda irreversibile?. In: CASSESE, Sabino; GUARINO, Giuseppe (Ed.). *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*. Milano: Giuffrè Editore, 2000. p. 15-23.
- ELMAUER, Douglas. Sociedade global e fragmentação constitucional: os novos desafios para o constitucionalismo moderno. *Direito.UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 11-43, abr./ago. 2016. Disponível em: <<http://revistadireito.unb.br/index.php/revistadireito/article/view/123/121>>. Acesso em: 24 maio 2018.
- FORTIN, Marie-Fabienne. *Fundamentos e etapas do processo de investigação*. Loures: Lusodidacta, 2009.
- GAMBINO, Silvio. La Carta e le Corti costituzionali: “controlimiti” e “protezione equivalente”. *Politica del Diritto*, [S.l.], v. 37, n. 3, p. 411-460, sett. 2006.
- GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present, and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Brasília: Editora UnB, 1984.
- HELMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o novo direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2010.
- HELD, David. Democracia e globalização. *Revista Novos Rumos*, Marília, n. 23, p. 5-8, 1994. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/novosrumos/article/view/2023>>. Acesso em: 24 maio 2018.
- KOSTA, E. Kafft. A local globalização da soberania. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. v. 2, p. 335-351.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego. Barcelona: Ariel, 1976.
- MAGALHÃES, Wellington. *Judiciário e globalização*. Curitiba: Juruá, 2016.
- MATTEUCCI, Nicola. *Breve storia del costituzionalismo*. Brescia: Morcelliana, 2010.
- MEDEIROS, Rui. *A Constituição portuguesa num contexto global*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.
- MIRANDA, Jorge. Democracia e Constituição para lá do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 51, n. 1-2, p. 33-46, 2010.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional*. 10. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014a. t. 1, 1.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014b. t. 5.

\_\_\_\_\_. *A Constituição no limiar do século XXI*. Lisboa: AAFDL, 2016.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MOTA, Pedro Infante. Direito, política e economia: história, conceptualização e dimensão da globalização. *Direito & Política*, Loures, n. 2, p. 56-76, jan./mar. 2013.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2013. v. 1.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. Coimbra: Almedina, 2015.

PERNICE, Ingolf; KANITZ, Ralf. Fundamental rights and multilevel constitutionalism in Europe. *Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht*, Berlin, paper 7/04, p. 1-20, März 2004. Disponível em: <<http://whi-berlin.de/documents/whi-paper0704.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2018.

PERNICE, Ingolf. *La dimensión global del constitucionalismo multinivel: una respuesta global a los desafíos de la globalización*. Madrid: Ceu Ediciones, 2012.

QUEIROZ, Cristina. *Direito constitucional internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

RANGEL, Paulo Castro. A separação dos poderes segundo Montesquieu. In: ALMEIDA, Aníbal; CORREIA, Fernando Alves; VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 347-366.

ROQUE, Miguel Prata. *A dimensão transnacional do direito administrativo*. Lisboa: AAFDL, 2014.

SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação dos poderes*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Globalização: fatalidade ou utopia?*. Porto: Edições Afrontamento, 2001.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

STIGLITZ, Joseph E. *Globalization and its discontents*. New York: W.W. Norton & Company, 2002.

TEUBNER, Gunther. *Fragmented foundations: societal constitutionalism and globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

TUSHNET, Mark. The inevitable globalization of constitutional law. *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, [S.l.], n. 9-6. p. 1-22, Dec. 2008. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1317766](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317766)>. Acesso em: 24 maio 2018.

VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

WOLF, Martin. *Why globalization works*. New Haven: Yale University Press, 2004.





# Direito fundamental à greve e a Constituição de 1988

Da sua amplitude no texto constitucional à restrição pelos tribunais

RAFAEL BORGES DE SOUZA BIAS

**Resumo:** Este artigo explora a compatibilidade entre o sentido dado ao direito de greve pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) e as decisões proferidas em dissídios coletivos de greve pelo TRT-6, entre 2004 e 2016. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental, financiada pela Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco e desenvolvida com base na Metodologia de Análise de Decisões, aplicada à avaliação de 35 acórdãos escolhidos por amostragem total. Passados trinta anos da promulgação da CRFB, constata-se que, no período focalizado, o exercício do direito de greve foi considerado legal pelo TRT-6 em apenas 13% dos julgamentos de mérito. A análise dos resultados, com base nas concepções de Richard Hare e de Robert Alexy, revela incoerências nos julgados e equívocos na aplicação do método de ponderação, o que tem praticamente aniquilado o direito de greve tal como previsto na Carta Magna de 1988.

**Palavras-chave:** Direito Fundamental. Greve. TRT-6. Prescritivismo Universal. Ponderação.

## Introdução

A greve é meio real e espontâneo de reivindicação dos trabalhadores por melhores condições de vida e de reafirmação de que trabalho não é mercadoria. Em sentido amplo, a palavra *greve* compreende todas as formas de descontentamento e de protesto dos trabalhadores e suas práticas de luta. Conforme Lopez-Monis (1986, p. 12), “é insuficiente

Recebido em 7/5/18  
Aprovado em 5/6/18

definir a greve como uma simples interrupção de trabalho coletivo, pois a realidade social é muito mais rica e deve-se entender a greve, em sentido amplo, como qualquer perturbação no processo produtivo, com paralisação temporária do trabalho ou não”.

Seu regramento jurídico surge como resposta criminalizadora ao seu exercício, e sua positivação é posterior a ela como fato social. Por ser a greve um fato social juridicamente relevante, seus efeitos firmemente reverberam nas relações jurídicas, o que a faz ser, também, um fato jurídico.

No Brasil, o art. 9º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988), que trata especificamente do instituto, tem a seguinte redação:

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Como se percebe, a CRFB não traz um conceito restritivo de greve. Ao contrário, o texto assegura um amplo exercício desse direito pelos trabalhadores, conforme o debate vitorioso na Assembleia Constituinte (LOURENÇO FILHO, 2014). Entretanto, apesar de o art. 9º da CRFB assegurar a esse direito uma amplitude inédita na história do Brasil, percebe-se que, em inúmeras decisões da Justiça do Trabalho, é dada menos importância à CRFB do que à Lei nº 7.783/1989 (BRASIL, 1989b), a chamada Lei de Greve, fato já demonstrado em pesquisas contundentes desenvolvidas por Lourenço Filho (2014) e Baboin (2013), às quais se somam o presente estudo. A Lei nº 7.783/1989 foi articulada pelo legislador infraconstitucional, às pressas, a fim de estabelecer limites e restrições ao direito de greve, tendo em vista que é resultado da conversão da Medida Provisória nº 59, de 1989 (BRASIL, 1989a), editada apenas sete meses após a promulgação da CRFB.

Para imposição de restrições ao exercício do direito de greve, ignorou-se que a CRFB somente estabeleceu que o legislador infraconstitucional deveria definir os serviços e atividades essenciais ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Ou seja, a CRFB não contém nenhuma expressão sujeitando a qualquer lei específica a delimitação da forma, do conteúdo ou da finalidade do exercício da greve. O conceito de greve é constitucionalmente definitivo. Dessa forma, pugna-se pela inconstitucionalidade da Lei nº 7.783/1989 porque, seguindo

a doutrina constitucionalista contemporânea, os direitos fundamentais só permitem interpretações e intervenções ampliativas, sendo absolutamente vedada qualquer interpretação ou produção legislativa capaz de ferir o núcleo essencial de direitos dessa estirpe, sobretudo quando essa restrição é promovida *prima facie*, como faz a dita Lei de Greve.

Em que pese a crítica exposta, para os fins deste trabalho, admite-se didaticamente a aplicabilidade da Lei nº 7.783/1989. Não se pretende aqui reconhecer implicitamente a constitucionalidade desse diploma normativo. Admite-se sua aplicabilidade somente para se analisar o conteúdo das exceções aplicadas pelos julgadores ao direito de greve constitucionalmente garantido, mormente porque a grande maioria das greves declaradas abusivas reveste-se de plena legalidade, ocorrendo, *in casu*, decisões sem adequada aplicação da técnica jurídica, o que será demonstrado mais adiante.

É necessário comentar *en passant* que, além da cognição do mérito assumir uma proposta hermenêutica ilegítima, na medida em que parte de premissas que são desrespeitadas no decorrer da argumentação, os julgados revelam que o Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (TRT-6), em quase todos os casos, impõe contingentes mínimos de trabalhadores em permanência nas atividades durante a greve, bem como comina multas e obriga o retorno imediato aos serviços quando declara a “abusividade” do movimento, tudo isso com base na Lei nº 7.783/1989. Dessa forma, a Corte ignora que “Não há ações coletivas condenatórias, uma vez que a finalidade do dissídio coletivo não é condenar, mas sim constituir ou, às vezes, declarar” (NASCIMENTO, 2014, p. 417). Ou seja, as sentenças proferidas em dissídio coletivo apenas constituem direitos ou estabelecem interpretações para as normas feitas pela negociação coletiva, mas não podem condenar a obrigações de fazer ou não fazer, devendo ser ajuizada ação de cumprimento para tal fim.

Isso revela a existência de uma ideologia<sup>1</sup> que compreende o trabalho subordinado como virtude (ANDRADE, 2014) e, nesse sentido, o tem como obrigação a ser cumprida compulsoriamente, além de uma visão monocular dos fenômenos sociais sob a ótica do capitalismo. Desse modo, a paralisação do trabalho, mesmo que visando a conquista de melhores condições de vida, é vista aprioristicamente como algo

---

<sup>1</sup>O termo *ideologia* é empregado aqui na sua acepção crítica, no sentido de que as ideias e as doutrinas não são neutras, mas impregnadas de noções reproduzidas tacitamente, porque tidas como verdades apriorísticas, isto é, de ideologias provenientes das condições sociais. As condições sociais determinadas pelo modo de produção capitalista, para se estabelecer, impuseram uma ética segundo a qual o trabalho subordinado, vendido e comprado é uma virtude e, por isso, a continuidade do trabalho é considerada imprescindível, a ponto de o Poder Judiciário impedir a paralisação obreira, mesmo que a desmobilização da greve resulte no aumento da exploração dos trabalhadores.

negativo. Comprova esse raciocínio a Orientação Jurisprudencial (OJ) nº 12 da Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho (TST)<sup>2</sup>, segundo a qual o dissídio coletivo de greve não pode ser suscitado pela entidade profissional, o que deixa claro que a intenção do Poder Judiciário não é garantir o exercício do direito de greve por meio da regulação, mas reprimi-lo, uma vez que não se reconhece a possível petição pelos trabalhadores para proteção do movimento paredista. De modo mais claro, o dissídio coletivo de greve na Justiça do Trabalho é constituído como via de mão única cujo destino é, propositadamente, a proibição da greve.

Diante desse cenário, este artigo, resultado da pesquisa intitulada “A perspectiva emancipatória da greve nos limites do direito: uma análise histórica do tratamento jurisprudencial da greve no Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região”, por meio de análise crítica, aponta as insuficiências e contradições conceituais entre o comando constitucional e a aplicação da Lei de Greve nas decisões dos magistrados. Isso é feito com base na desconstrução dos conceitos jurisprudenciais restritivos existentes, para indicar caminhos hermenêuticos que respeitem a importância e amplitude conferidas ao direito de greve pela CRFB, que reconhece o papel dos movimentos obreiros na construção da democracia e da justiça social.

A primeira tarefa para realização desse mister é compreender a grande amplitude dada ao direito de greve pela CRFB, alargamento proporcionado tanto pela sua disposição topográfica no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, quanto pelo próprio texto do art. 9º, que, não definindo a greve para não limitar o fenômeno, permitiu que o conceito jurídico pudesse se adequar às demandas da classe trabalhadora. É o que se faz a seguir.

## **1. A incompatibilidade da Lei nº 7.783/1989 com a CRFB**

Como dito anteriormente, a greve compreende as práticas de lutas dos trabalhadores, seus protestos e formas de expressar discordância. É um fenômeno das ruas e evidencia o caráter dinâmico das relações jurídicas e do Direito. Assim, a moldura jurídica imposta ao fenômeno, longe de ser produto de formulações produzidas isoladamente no

---

<sup>2</sup> É o esposado na Orientação Jurisprudencial nº 12 da Seção de Dissídios Coletivos do TST: “GREVE. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA. ILEGITIMIDADE ATIVA ‘AD CAUSAM’ DO SINDICATO PROFISSIONAL QUE DEFLAGRA O MOVIMENTO. Não se legitima o Sindicato profissional a requerer judicialmente a qualificação legal de movimento paredista que ele próprio fomentou” (BRASIL, 2010).

parlamento, nos tribunais ou na academia, é resultado direto do poder criativo do povo mobilizado. Diversas leis foram criadas para reprimir a greve em razão do temor do poder hegemônico às transformações sociais que ela pode causar, de modo que o interesse em controlá-la é sempre resultado do sucesso dessa forma de luta. Não à toa, os regimes autoritários se esforçam para regulamentá-la, pois, como leciona Krotoschin (1981, p. 202), “quanto mais concretamente se define a greve, maiores restrições geralmente envolvem a definição”.

Nenhuma autorização normativa é necessária para que os trabalhadores se movimentem: a greve é fato social que irrompe independentemente da regulamentação jurídica. É um produto da luta de classes tão potente que preexiste ao Direito do Trabalho, tanto que a elaboração das primeiras normas protetivas é posterior a ela como fato social. Simples análise histórica demonstra que as diversas restrições impostas à greve sempre foram insuficientes para impedi-la.

Embora não seja contrária ao direito, a greve denuncia a falência do Estado quanto a seu objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Boa parte dos movimentos paredistas é resultado da inaptidão das instituições públicas em fazer cumprir as normas de proteção ao trabalho, uma vez que em grande maioria são greves defensivas (81%), isto é, são realizadas contra o descumprimento de direitos pelos empregadores e/ou pela manutenção dos direitos vigentes (DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS, 2017). De crime a garantia constitucional com *status* de direito fundamental, a greve moldou o Estado, pois é meio para muitas conquistas democráticas, como a própria CRFB, produto do ciclo de

greves desencadeado no ABC paulista na década de 1980 (NORONHA, 2009).

No plano legal, embora a CRFB sabiamente não tenha se ocupado em definir a greve, de modo a evitar possíveis malogros provocados pelas limitações que toda definição carrega, dela podem ser extraídas importantes noções para sua conceituação. A primeira delas, oriunda do *caput* do art. 9º, é a ideia de que os trabalhadores são titulares absolutos do tempo e finalidade da greve, pois a eles compete decidir sobre a oportunidade e interesses que devam por meio dela defender (BRASIL, 1988).

O parágrafo primeiro do mesmo artigo delega à lei infraconstitucional apenas a definição dos serviços ou atividades essenciais e o modo de atender as necessidades inadiáveis da comunidade. Por esse mandamento, entende-se que a greve pode ser exercida por todo trabalhador em qualquer profissão e que apenas algumas categorias, dada a importância de seus serviços para a coletividade, devem ter o exercício desse direito regulado.

O parágrafo segundo desse mesmo artigo consagra o princípio da responsabilidade, a fim de proteger a integridade da mobilização por meio da possibilidade de punições individualizadas de abusos cometidos por indivíduos ou grupos. Dessa forma, uma possível agressão ou dano oriundos de manifestações do movimento paredista levam à responsabilização de quem os provocou, não se podendo admitir que a conduta de um ou de alguns seja justificativa para inviabilizar o direito à greve de muitos.

Sob o pretexto de cumprir o mandamento constitucional referente à definição das atividades e serviços essenciais e das necessidades inadiáveis da comunidade, os legisladores da Lei nº 7.783/1989 extrapolaram sua missão ao impor um viés restritivo ao direito de greve

ve, contrariando a Constituição, que não previu o processo legislativo ordinário como meio legítimo para limitação da forma, finalidade ou conteúdo desse direito.

Dentre as restrições previstas na Lei de Greve (BRASIL, 1989b), destaca-se a circunscrição da legitimidade para realização do fenômeno aos trabalhadores empregados (art. 2º); a exigência de negociação e de recurso à via arbitral como pressupostos para realização regular da greve (art. 3º); a notificação prévia do empregador com quarenta e oito horas de antecedência à greve, ampliada para setenta e duas horas nas atividades essenciais; a exigência de convocação da greve por assembleia geral, mediante formalidades para convocação e quórum específico (art. 4º); a vinculação das reivindicações ao deliberado na assembleia (art. 4º); a previsão de suspensão, e não de interrupção, do contrato de trabalho (art. 7º); a previsão de abusividade da greve realizada após celebração de acordo, convenção ou sentença normativa (art. 14).

Entretanto, o Poder Judiciário brasileiro entende que os direitos fundamentais têm um núcleo fundamental, pois a teoria de Alexy (2008) foi adotada tanto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto por boa parte da doutrina constitucional brasileira - nada obstante a aplicação incorreta dessa teoria pelos tribunais. Ademais, a CRFB não admite restrições pela legislação infraconstitucional ao direito de greve, justamente por tê-lo consagrado propositadamente em sentido amplíssimo. Por fim, considerando que a Carta Magna regulou definitivamente os critérios para exercício desse direito, incumbindo o legislador infraconstitucional apenas da definição dos serviços essenciais e das necessidades inadiáveis da comunidade, expõem-se, a seguir, os motivos da incompatibilidade da Lei nº 7.783/1989 com a CRFB.

## **2. O núcleo essencial dos direitos fundamentais e o direito à greve**

A concepção de que os direitos fundamentais têm um núcleo essencial decorre da diferenciação de Alexy (2008) entre princípios e regras<sup>3</sup>, o que resulta na ideia de que os direitos fundamentais possuem um suporte fático amplo que pode ser ponderado. Assim, seus âmbitos

---

<sup>3</sup> Importa ressaltar que o intuito deste artigo não é estabelecer uma crítica ao trabalho de Alexy, tampouco expressar filiação às ideias desse autor, mas visa demonstrar, somente, que essa teoria é aplicada pelo TRT-6 de maneira incompatível com as ideias de seu formulador e que o seu emprego correto levaria a uma conclusão diametralmente oposta, a de que a greve não pode ser anulada ou declarada ilegal, mas preservada por meio da ponderação para a coexistência com outros direitos e princípios, sobretudo porque não há hierarquia entre os direitos fundamentais.

de proteção devem ser interpretados do modo mais abrangente, ou seja, tudo aquilo que possa ser incluído no “âmbito temático” de um direito fundamental deve ser considerado por ele protegido. Tendo em vista que a proteção contra a intervenção estatal nos direitos fundamentais desprovida de ordem constitucional faz parte desse suporte fático amplo de proteção, devem ser rejeitadas as teorias que alegam que as regulamentações no âmbito dos direitos fundamentais não são restrições<sup>4</sup>.

A ideia de suporte fático não é empregada com muita frequência no direito constitucional brasileiro. É mais utilizada no direito penal (o chamado ‘tipo’) e no direito tributário (o ‘fato gerador’ ou ‘hipótese de incidência’). Contudo, no caso do Direito Penal, por exemplo, a definição do suporte fático é diferente, porque deve ocorrer de modo restritíssimo, para beneficiar o réu, dada a sua lógica sistêmica própria. Por outro lado, no caso das normas constitucionais que estabelecem direitos fundamentais, seria incorreto adotar uma visão que limitasse as situações em que podem atuar. Por isso, tanto o que está evidentemente sob o âmbito de proteção de um direito fundamental quanto o que está implícito (a não intervenção do Estado no direito) fazem parte do suporte fático de um direito fundamental.

Para Alexy (2008), o suporte fático é justamente essa soma do âmbito de proteção (AP) e da intervenção estatal (IE). A esse suporte fático é contraposta a chamada fundamentação constitucional (FC) para intervenção. Conforme sistematiza Borowski (1998), sendo (x) uma ação, estado ou posição jurídica protegida pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx) e se há uma ação estatal que intervém em x (IE<sub>x</sub>) e se essa intervenção não tem fundamento em outra norma constitucional (não-F<sub>x</sub>), então deverá ocorrer a consequência jurídica (CJ<sub>x</sub>) prevista pela norma de direito fundamental para o caso de x, que é, em geral, uma exigência de cessação da intervenção estatal. Em suma, (APx e IE<sub>x</sub>) e não-FC<sub>x</sub>, então CJ<sub>x</sub>. Dessa forma, o próprio suporte fático impede a intervenção não fundamentada na própria constituição.

Diferentemente das definições do suporte fático restrito, nas quais a delimitação daquilo que é protegido é o próprio núcleo do direito

---

<sup>4</sup> A restrição é aqui entendida como toda ação ou omissão do Estado que reduza, elimine ou dificulte o acesso ao bem protegido ou o exercício de um direito por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental. Também entende-se como restrição a um direito fundamental medida que “enfraqueça os deveres e obrigações para sua garantia e promoção pelo Estado” (NOVAIS, 2003, p. 209). Em sentido amplo, a restrição inclui as intervenções fáticas ou jurídicas e, em sentido restrito, as atuações normativas ou leis restritivas. Faz-se ainda necessária a distinção entre os vocábulos restrição e regulamentação em nosso texto. Embora possam ser encaradas como sinônimos, a restrição implica uma intervenção negativa ao núcleo essencial do direito fundamental, ao passo que a regulamentação é resultado de um mandamento constitucional para definir o âmbito do seu exercício ou da vontade do legislador em evidenciar o seu significado para melhor aplicá-lo, mas nunca para restringi-lo.

fundamental, para a teoria do suporte fático amplo definir o que é protegido é apenas um primeiro passo, já que condutas ou situações incluídas no âmbito de proteção de um direito fundamental dependem de uma ponderação a ser realizada diante do caso concreto. Nesse esteio, toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que isoladamente considerada faça parte do “âmbito temático” de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abarcada por seu âmbito de proteção, independentemente da consideração de outras variáveis. Tal definição é propositalmente aberta, já que é justamente a abertura que permite a amplitude da proteção.

Isso não significa dizer que os direitos fundamentais são “irregulamentáveis”. A definição do âmbito de proteção em uma abordagem ampla é apenas a definição daquilo que é protegido a princípio, ou seja, de algo que poderá sofrer regulamentações posteriores. A própria possibilidade de uma intervenção estatal fundamentada constitucionalmente já demonstra o caráter não absoluto dos direitos fundamentais.

Para que se compreenda a abordagem dos direitos fundamentais com suporte fático amplo, é necessário entender a distinção de Alexy (2008) entre princípios e regras. Para ele, a principal diferença entre as regras e princípios está em como as normas afirmam os direitos. As regras afirmam direitos (ou impõem deveres) definitivos, ao passo que os princípios afirmam direitos (ou impõem deveres) *prima facie*. Dessa forma, o direito previsto na norma-regra deverá ser realizado totalmente em sua aplicação ao caso concreto.

No caso dos princípios, a realização da norma é quase sempre parcial, pois eles funcionam como mandamentos de otimização, quer dizer, os princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medi-

da possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Os princípios têm uma dimensão de peso; as regras, uma dimensão de validade. Dessa distinção na estrutura das normas decorre a diferenciação nas formas de aplicação: para as regras há subsunção, para os princípios, ponderação.

Intimamente ligado à questão da amplitude do suporte fático dos direitos fundamentais está o problema da relação entre os direitos e seus limites, e a questão da restrição a direitos fundamentais exige uma compreensão dessa relação.

Existem duas teorias a respeito dos direitos e seus limites: a interna e a externa.

A teoria interna sustenta que o direito e seus limites são algo uno, imanente ao próprio direito, e exclui que outros fatores externos, baseados, por exemplo, na ideia de ponderação entre princípios, imponham qualquer regulamentação. Essa teoria afirma que os limites das normas não sofrem influência externa para se estabelecer (SILVA, 2006). Destarte, para a teoria interna, os direitos têm sempre a estrutura de regras. Assim, ou há direito subjetivo ou não há. Se o direito subjetivo existe, então ele pode ser naturalmente exercido no âmbito de seus limites preexistentes, de modo que não se pode falar que determinada ação seja, a princípio, garantida por uma norma de direito fundamental e deixe de sê-lo diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.

Diferentemente da teoria interna, segundo a qual o direito e seus limites (imanentes) são um único objeto, a teoria externa divide esse objeto em dois: o direito em si e as suas restrições/regulamentações. É essa ideia que permite a ponderação como técnica para solução das colisões entre direitos fundamentais com base na regra da proporcionalidade (formada pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) no momento da aplicação



da norma. Na teoria externa, as regulamentações não têm nenhuma influência no conteúdo do direito fundamental, pois diante do caso concreto ocorre apenas a limitação da extensão da norma, que não perde sua validade por isso (SILVA, 2006).

Como exposto anteriormente, para a teoria dos princípios, os direitos fundamentais são garantidos por uma norma que consagra um direito *prima facie*, e o suporte fático das normas fundamentais (principiológicas) é o mais amplo possível. Um princípio, compreendido como mandamento de otimização, é, *prima facie*, ilimitado. Contudo, o conceito de mandamento de otimização já prevê que a realização de um princípio pode ser regulamentada por princípios colidentes. Isso implica que, havendo colisão com outras normas que possuem estrutura de princípio, pode-se exigir uma regulamentação ao direito fundamental em questão. Aí está a distinção entre o direito *prima facie* e o direito definitivo. Assim, o direito definitivo não é definido internamente *a priori*, mas somente após a ponderação diante do caso concreto ou pela aplicação da regra da proporcionalidade. A definição do conteúdo definitivo do direito é, portanto, definida de fora, com base nas condições fáticas e jurídicas existentes.

A ideia de amplitude só subsiste por uma certa relatividade fora do núcleo essencial dos direitos fundamentais, de modo que a definição do que é essencial e, portanto, protegido, depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto.

Diante do exposto, infere-se que a regulamentação não pode invadir o conteúdo essencial do direito fundamental, pois, apesar da amplitude do seu âmbito de proteção ser contraposta ao grau de realização e de importância dos outros princípios envolvidos no caso,

a proteção não pode deixar de existir. Assim, para as teorias relativistas, o núcleo essencial é o ponto de partida para um juízo de proporcionalidade, mas com ele não se confunde, uma vez que tal núcleo é um valor a ser respeitado no caso concreto. Essa teoria foi adotada pelo STF no AI 595.395-9/SP, quando o ministro Celso de Mello, relator, afirmou em seu voto que

a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, *hic et nunc*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, *desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, tal como adverte o magistrado da doutrina (BRASIL, 2007, p. 272, grifo nosso).

Com base nesse voto é possível concluir que a ponderação só é aceita se não esvaziar o conteúdo essencial dos direitos. Com efeito, todos os direitos fundamentais são regulamentáveis, porém não são restringíveis *prima facie*. Essa possibilidade de regulação decorre justamente da proteção amplíssima defendida, mesmo que aprioristicamente, para as condutas, estados e posições jurídicas abstratamente consideradas como parte do suporte fático de um direito fundamental, de modo que não se devem excluir antecipadamente da proteção dos direitos fundamentais as condutas, estados e posições jurídicas que contenham algum elemento, por mais ínfimo que seja, justificador de proteção pelo direito fundamental.

Ainda que a amplitude provoque um grande aumento no número de colisões entre direi-

tos fundamentais, somente deve haver a regulação se ela for necessária para a solução de colisões e quando houver fundamentação constitucional, conforme o modelo proposto por Alexy (2008). A fundamentação constitucional é uma exigência para que a restrição não ocorra de forma dissimulada e para impedir que o legislador infraconstitucional ou o aplicador do direito respeite a hierarquia das normas, senão os poderes públicos e seus representantes gozariam de uma alta margem de autoritarismo. Desse modo, mesmo uma aparente regulamentação leve, porém infundada, viola o conteúdo essencial, ou seja, é uma restrição.

Na teoria de Alexy (2008), é justamente a exigência de fundamentação constitucional que impede que a ponderação caia no subjetivismo e no decisionismo, pois o dever de motivar, por meio de uma interpretação holística do texto constitucional, incorpora uma dimensão crítica que obriga os intérpretes do direito a serem prudentes. Somente assim os resultados podem ser justificados perante a sociedade, conforme exige o paradigma do Estado de Direito Democrático. Isso porque a proteção aos direitos fundamentais e a consequente obrigatoriedade de fundamentação constitucional permitem um diálogo intersubjetivo e de controle social da atividade do Legislativo e do Judiciário (ALEXY, 2008). O relativismo, portanto, não admite a restrição aos direitos fundamentais de forma dissimulada por meio do recurso a intuições muitas vezes moralistas e a pré-compreensões mal esclarecidas a respeito das leis.

Embora a CRFB não tenha previsto expressamente como se deve proceder à regulamentação de direitos fundamentais, a doutrina, baseando-se em dispositivos constitucionais e na jurisprudência do STF, vem identificando como “limites aos limites” para proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais a legalidade (art. 5º, II, da CRFB), o princípio da proporcionalidade (com base no princípio do devido processo legal substantivo – art. 5º, LIV, da CRFB) e a proibição de restrições casuístas (fundada no princípio da igualdade) (MENDES, 1998). Assim, considerando o princípio da legalidade e da igualdade, no silêncio da Constituição, não são admitidas restrições.

Mendes (1998) classifica a reserva legal dos direitos fundamentais em reserva legal simples, reserva legal qualificada e direitos fundamentais sem previsão expressa de reserva legal. Nas reservas legais simples, o legislador autoriza a possibilidade de regulamentar o âmbito de proteção de direitos fundamentais, inclusive para evidenciação de conceitos ou institutos jurídicos. Nas reservas legais qualificadas, a Constituição fixa as condições em que se fará a regulamentação, os fins a serem perseguidos e os meios a serem utilizados. Na ausência de previsão de intervenção, esse autor entende que o legislador pode intervir. Para ele, tal

possibilidade decorre do inciso II do art. 5º da CRFB, que estabelece uma “cláusula de reserva legal subsidiária”. Mendes (1998) defende que, no caso de direitos fundamentais não submetidos a reserva de lei de regulamentação, a ação limitadora seja revestida de máxima cautela.

Ao mandamento contido no parágrafo primeiro do art. 9º da Constituição ele atribui a condição de reserva legal qualificada, pois o dispositivo fixa os requisitos ou objetivos para a lei de regulamentação, e, dessa forma, limita a discricionariedade do legislador ordinário em relação ao direito fundamental. Por óbvio, nem toda autorização constitucional para elaboração de lei atinente aos direitos fundamentais implica uma restrição. Em vários casos, em vez de limitar o âmbito de proteção de um direito fundamental (restrição), o que a lei faz é determinar ou regulamentar, com mais precisão, o âmbito de proteção desse direito a fim de potencializá-lo. Desse modo, apesar de os direitos fundamentais não serem intocáveis, eles não podem sofrer restrições.

No entanto, sob a alegação de estar cumprindo o comando legislativo constitucional, o legislador pode limitar o âmbito de proteção do direito fundamental de modo a descaracterizá-lo ou até mesmo aniquilá-lo, inviabilizando o seu exercício na vida social. É o que acontece com a Lei nº 7.783/1989, que determina exigências tão rigorosas, que impedem na prática a fruição do direito fundamental dos trabalhadores à greve. Entretanto, o núcleo do direito fundamental não pode ser atingido a pretexto de ser regulado, pois aquilo que se amplia tem um ponto do qual se parte.

Ainda que se justifique a extrapolação da Lei nº 7.783/1989 em relação ao parágrafo único do art. 9º da CRFB com o argumento de que seria possível a regulação de um direito fundamental em virtude da fundamentação constitucional tácita de coexistência entre as normas constitucionais, o princípio da concordância prática e o princípio da unidade da Constituição, além da própria teoria de Alexy (2008), impedem que um dos bens ou direitos em colisão seja descartado em detrimento da satisfação do outro, devendo-se buscar a efetividade ótima entre eles, justamente porque não há hierarquia entre princípios constitucionais.

Assim, há um conflito insuperável entre os expedientes burocráticos dispostos na Lei nº 7.783/1989 e o art. 9º da Constituição, que não contém nenhuma expressão sujeitando forma, finalidade ou exercício da greve a norma específica. O conceito de greve é constitucionalmente definitivo, não permitindo restrições, justamente porque a grande amplitude do direito de greve concedida pela Constituição Federal faz parte do núcleo desse direito fundamental. Isso foi o que o legislador constituinte decidiu. Ora, o próprio art. 9º determina que a definição

do momento e dos motivos para deflagração da greve é de titularidade única e absoluta dos trabalhadores.

A intervenção do Poder Legislativo pela edição de lei infraconstitucional restringindo *prima facie* esse direito, bem como as decisões judiciais que declaram a abusividade da greve e encerram o exercício desse direito impondo graves sanções, com base na Lei nº 7.783/1989, acabam por ferir a literalidade do art. 9º da CRFB. Tais expedientes são flagrantes atos antissindicais por parte do Estado brasileiro, que intervéem na organização sindical e na liberdade política dos cidadãos sem autorização constitucional.

Em suma, tomando por base a compreensão correta da hermenêutica da ponderação elaborada por Alexy (2008), conclui-se que a ampla liberdade é parte do âmbito de proteção (*APx*) do direito fundamental de greve e, havendo uma intervenção estatal sobre esse direito (*IEx*) sem fundamentação constitucional (*não-FCx*), como é o caso da Lei nº 7.783/1989, deverá ocorrer a consequência jurídica (*CJx*), que é a declaração de inconstitucionalidade dessa Lei e o retorno ao *status quo ante*, o regramento exclusivo da CRFB.

Apresentadas as premissas dogmáticas do estudo, passa-se agora a demonstrar como a CRFB tem sido compreendida pelo o TRT-6, tribunal objeto deste estudo.

### **3. A pesquisa empírica: justificativa, objetivos e metodologia**

Se o estudo de movimentos grevistas é recorrente entre sociólogos e historiadores, entre os juristas ele geralmente só é feito em uma dimensão metafísica. Entretanto, a crítica da aplicação de teorias em decisões judiciais é fundamental para que se compreenda o impacto da atuação do Poder Judiciário sobre as economias, as condições de vida e a qualidade do meio ambiente de trabalho local, pois a transposição da teoria jurídica para a realidade ocorre pela prática judicante, resultado de um trabalho confluyente de juizes, partes, advogados, promotores/procuradores, serventuários e teóricos.

O valor primordial que norteia a proteção da greve na CRFB é a ideia de que a proteção dos trabalhadores serve à melhoria progressiva e constante das condições sociais e econômicas (de vida e de trabalho) da sociedade em geral. Esse postulado tem a função extremamente importante de servir como ponto de partida para a crítica da própria realidade, na medida em que serve de parâmetro para a configuração da legalidade dentro da lógica sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro.

Tendo em vista, como já dito, que quase a totalidade das greves ocorridas no Brasil são greves defensivas, fica evidente a importância da pesquisa empírica para o desenvolvimento social do País, pois, apesar de ser uma pesquisa jurídica, estuda um âmbito de intervenção estatal direto sobre a economia e os modos de vida da população.

Assim, o objetivo geral da pesquisa empírica foi realizar uma análise crítica das interpretações dos magistrados a respeito da proteção dada à greve pela CRFB para identificar insuficiências e buscar a desconstrução dos conceitos jurisprudenciais restritivos existentes, bem como sua superação por meio de interpretações que respeitem a importância e a amplitude dadas ao direito de greve pela Constituição.

Como desdobramento desse objetivo, foram definidos os seguintes objetivos específicos: 1) organizar informações relativas aos acórdãos proferidas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 6ª região, no âmbito de dissídio coletivo de greve em que se discuta a legalidade do movimento paredista, desde a reforma do Poder Judiciário promovida pela Emenda Constitucional 45/2004 (BRASIL, 2004) até junho de 2016; 2) verificar a coerência decisória da corte nas decisões referentes aos dissídios coletivos de greve; 3) evidenciar os equívocos teóricos que provocam a restrição ao exercício amplo do direito a greve por meio da análise das decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, apontando as contradições existentes entre o ordenamento jurídico brasileiro e sua aplicação aos casos postos em juízo.

A metodologia utilizada na pesquisa foi o protocolo denominado Metodologia de Análise de Decisões (MAD)<sup>5</sup>, a seguir descri-

to, considerando que esse é um caminho apto a afastar uma perspectiva especulativa ou conceitual. O protocolo divide-se em quatro fases distintas: 1) pesquisa exploratória; 2) recortes de objeto e recorte institucional; 3) coleta de dados e 4) análise das informações coletadas. Justifica-se a escolha do método por permitir uma investigação com base na teoria da linguagem pela qual é possível identificar as expressões utilizadas para construção das decisões estudadas.

A primeira etapa foi a pesquisa exploratória bibliográfica a respeito do tema, em busca de elementos narrativos textuais na doutrina especializada, dos dissensos argumentativos mais importantes no campo teórico, e dos conceitos, princípios ou institutos jurídicos sobre os quais há mais disputa em relação ao direito de greve.

A segunda etapa foram os recortes objetivo e institucional. O recorte objetivo da pesquisa é a questão-problema jurídica relevante, em termos empíricos e teóricos: as divergências entre as duas correntes interpretativas do direito de greve, a que limita o seu exercício, e a teoria ampliativa do direito de greve, de inspiração social, que propugna um maior grau de liberdade em seu exercício. O recorte institucional definiu como objeto o TRT-6, que é o órgão competente para julgar os dissídios coletivos de greve ocorridos no período delimitado (desde a reforma do Poder Judiciário de 2004 até junho de 2016) e na base territorial eleita, o Estado de Pernambuco.

Estabelecido o objeto, foi realizada a coleta de dados seguindo o critério cronológico, abarcando todos os acórdãos que julgaram dissídios coletivos de greve quanto à legalidade do movimento nesse período. Feito isso, os

---

<sup>5</sup>O MAD se assemelha a dois outros métodos na pesquisa em direito: a análise de caso e a pesquisa jurisprudencial. Difere deles porque permite a análise qualitativa

---

profunda do primeiro, com a margem qualitativa do segundo.

dados foram tratados por meio do preenchimento de formulários para sistematização analítica das informações necessárias.

Na fase de análise das decisões, verificou-se como os julgadores utilizaram os conceitos, valores, institutos e princípios presentes nas narrativas decisórias, por meio da identificação prévia dos elementos narrativos com os quais eles constroem seus argumentos no nível de-constructivo e lógico-formal. Isso é feito para buscar o sentido da prática decisória conforme a parametrização estabelecida pelo Prescritivismo Universal<sup>6</sup>, instrumento básico analítico do MAD, fundamentado na distinção entre palavras de valor e palavras descritivas<sup>7</sup>.

#### 4. Resultados e discussões

Foram analisados 35 processos de dissídios coletivos de greve e seus respectivos acórdãos, julgados pelo TRT-6 entre 2004 (desde a Emenda Constitucional 45, conhecida como a Reforma do Poder Judiciário) e junho de 2016. A técnica de seleção foi por amostragem total, ou seja, todos os acórdãos constantes dos relatórios fornecidos pelo setor de Gestão e Estatística do Tribunal foram estudados, além dos levantados no Memorial da Justiça do Trabalho de Pernambuco. Os acórdãos anteriores a 2013 foram pesquisados, *in loco*, no Memorial da Justiça do Trabalho de Pernambuco, e os posteriores a 2013 foram extraídos do sistema de consulta processual *online* do Tribunal<sup>8</sup>.

Após o estudo do conteúdo dos acórdãos, foram preenchidas máscaras a fim de sistematizar os principais acontecimentos do processo, bem como os argumentos utilizados pelo suscitante e pelo suscitado para declaração ou não da ilegalidade da greve. Também foram registrados nas máscaras os argumentos acatados pelo Tribunal para declarar a ilegalidade ou não da greve, além do posicionamento do Ministério Público do Trabalho diante do dissídio.

Dos acórdãos em que houve julgamento de mérito, foram extraídos os trechos em que se identifica mais facilmente o uso de palavras prescritivas, nos termos definidos pelo Prescritivismo Universal de Richard Hare. Segundo Hare, a linguagem prescritiva é aquela que tem

---

<sup>6</sup> Conceito extraído da teoria da linguagem moral de Hare (1996).

<sup>7</sup> De forma resumida, a distinção entre palavras descritivas e palavras de valor diz respeito à sua função lógica em determinado discurso. As palavras descritivas são aquelas que não têm sentido prescritivo, não qualificam um objeto ou situação; as palavras de valor, por terem função de qualificar, produzem um juízo valorativo, moral.

<sup>8</sup> Os relatórios e máscaras podem ser solicitados ao autor por e-mail ou consultados na Biblioteca Central da Universidade Federal de Pernambuco ou na biblioteca do Centro de Ciências Jurídicas da UFPE.

como objetivo a indicação da conduta humana devida, tendo em vista a existência de problemas sobre como agir e é composta por imperativos singulares e universais. Assim, as palavras de valor não são somente aquelas nas quais a função avaliatória é mais evidente, como “correto”, “mau” e “deve”, mas qualquer expressão utilizada para manifestar aprovação em relação a alguma característica entendida como merecedora de uma avaliação positiva ou negativa. É esse juízo valorativo que serve para avaliarmos os motivos das decisões ocultos na linguagem jurídica.

Dos 35 processos pesquisados, quinze foram encerrados com julgamento de mérito. Desses quinze, apenas dois declararam a legalidade da greve (222.2004 e 30773-2014, este julgado junto com o 309-43.2014), seis declararam as greves ilegais (7481.2011, 114-98.2011, 2329-12.2011, 2233-94.2011, 510-06.2012 e 495-66.2014) e sete foram encerrados com julgamento de mérito após celebração de acordo nos autos (2342.2011, 5830.2011, 461-57.2015, 46157-66.2015, 18679.2013, 172-95.2013 e 45232-2014).

Os vinte restantes foram extintos sem resolução de mérito. Um deles em razão da incompetência da corte para julgar o dissídio (286.2008), outro por ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho (5603-18.2010), 10 deles por desistência do suscitante (248.2004, 456-62.2014, 2356-92.2011, 357.2014, 179.2009, 2330-94.2011, 172-75.2014, 103-63.2013, 45062-2014 e 379.2005) e 8 por desistência do suscitante após celebração de acordo extrajudicial (284.2004, 291.2006, 437.2004, 577.2004, 2181-98.2004, 2336.2004, 2290.2008, 248.2004).

Em todos os momentos em que deu parecer nos autos, com exceção de dois processos (2329-12.2012 e 30773-2014, este julgado junto com o 309-43.2014), o Ministério Público do Trabalho foi pela declaração da ilegalidade da greve. Assumindo posição igualmente restritiva, o TRT-6 declarou a greve legal em apenas 13% das decisões com julgamento de mérito.

#### **4.1. O Prescritivismo Universal de Richard Hare**

O instrumento analítico para estudo dos acórdãos coletados foi a metodologia de análise em direito formulada por Freitas Filho (2008), que usa o Prescritivismo Universal de Richard Hare como forma de verificar a coerência decisória das cortes.

Richard Mervyn Hare foi um filósofo que influenciou a filosofia da linguagem na segunda metade do século XX com a teoria ética por ele mesmo denominada Prescritivismo Universal, que trata de conceitos morais com base nas suas naturezas, significados e propriedades lógi-

cas. Ao ser aplicado à linguística, ele identifica que os significados das palavras morais são explicados em sua “universalizabilidade” e prescritividade.

A propriedade da “universalizabilidade”, termo cunhado por Hare (2003), é um conceito inspirado no imperativo categórico de Kant e se refere à necessidade de um julgamento moral ser aplicado em todas as situações possíveis para que seja considerado válido, inclusive aplicado pelo agente que o produz em relação a si e aos demais que estejam em situação precisamente igual à dele. A prescritividade, por sua vez, reflete sobre a ação humana para ordená-la, por isso aquele que profere um julgamento moral e está física e psicologicamente apto a cumpri-lo deve fazê-lo para que seu julgamento seja válido.

De acordo com essa teoria, a lógica que governa os enunciados morais é a lógica das prescrições morais. Ela não é descritivista, ou seja, não se preocupa com a verdade de uma sentença com base na convergência de sentido da palavra com um objeto, e sim com a possibilidade de controle do discurso pela via da coerência na utilização dos significantes. Hare (1963 apud FREITAS FILHO, 2008) reconhece o caráter de “textura aberta” da linguagem, o caráter polissêmico das palavras e a consequente complexificação da aplicação das normas, mas sua teoria não investiga a polissemia da linguagem natural; ela diz respeito à função lógica das palavras em uma sentença.

Segundo Hare, a linguagem prescritiva é aquela que tem como objetivo a indicação da conduta humana devida e é composta por imperativos singulares e universais, bem como juízos de valor não morais e morais. Freitas Filho aponta que Hare (1963 apud FREITAS FILHO, 2008) cria uma distinção entre os tipos de palavras, afirmando que existem, nessa análise da linguagem, as palavras prescritivas

(avaliativas) e palavras descritivas. A diferença entre as duas é que o significado avaliatório das palavras de valor não varia conforme o objeto da avaliação, mas o significado descritivo da palavra poderá variar dependendo do objeto sobre o qual se refere. Por exemplo, falar em onerosidade excessiva significa avaliar negativamente uma situação com base em um equilíbrio almejado. Porém, do ponto de vista descritivo, o que é excessivamente oneroso em um contrato de compra e venda de um medicamento será avaliado segundo certos critérios, ao passo que em um contrato de *leasing* a mesma questão será avaliada segundo outros critérios.

De forma resumida, a distinção entre palavras de valor e palavras descritivas diz respeito à sua função lógica em determinado discurso. As palavras descritivas são aquelas que não têm sentido prescritivo, não têm significado relativo à qualidade de um objeto ou situação.

A investigação sobre a distinção entre as diferentes funções das palavras leva Hare a propor que as palavras de significado descritivo podem ser apreciadas, quanto à sua correta utilização, com base na relação entre a sua referência a determinado objeto e o tipo do objeto referido, tendo em vista o uso corrente do falante. A verificação da correção do uso de uma palavra pressupõe a presunção de que o falante esteja falando a verdade (ou agindo com essa disposição). Há características que distinguem diferentes tipos de palavras e sua utilização será correta ou não conforme a referência da palavra ao objeto, relação essa que se estabelece pelo uso – seja léxico, no jargão, na gíria, etc. – e pelo contexto de sua utilização.

Por sua vez, as palavras prescritivas, de valor, por terem função de qualificar um determinado objeto, não são estáveis semanticamente de forma apriorística, o que torna necessária a indicação, na motivação da decisão,



das circunstâncias descritivas que estão presentes no caso. Elas não são somente aquelas palavras nas quais a função avaliatória é mais evidente, como “correto”, “mau” e “dever”, mas qualquer expressão utilizada para manifestar aprovação em relação a alguma característica que se entenda merecedora de uma avaliação positiva ou negativa. O modo imperativo pelo qual tais palavras operam aproxima a linguagem da moral da linguagem jurídica, pois quem faz um juízo deseja influenciar a conduta.

O reconhecimento de que há inserção de palavras de valor (termos avaliatórios) em decisões jurídicas conduz a investigação de Hare a fomentar uma racionalidade moral no âmbito do Direito. A decisão moral, assim como a jurídica, deve ser tomada com base na lógica e nos fatos. No Direito, isso pressupõe que aspectos relevantes sobre fatos essenciais para o julgamento não podem ser ignorados ou distorcidos, de modo que as adjetivações sobre um fenômeno devem considerá-lo em seu todo.

Retomando as duas propriedades da linguagem prescritiva, a universalizabilidade garante, precisamente, que o argumento seja coerente diante da lógica, independentemente do seu conteúdo substancial, na linha dos princípios da identidade e da não contradição. É um erro lógico o emissor contradizer algo que acaba de ser anunciado por ele como princípio, pois “não se pode fazer um juízo moral diferente para duas ações que se desenvolvam em contextos de similaridade” (HARE, 1963, p. 33). A universalizabilidade isoladamente considerada é, assim, um princípio lógico, não moral, já que não propõe nenhum conteúdo prescritivo relativo a uma ação moral. Ela só adquire cunho moral junto à prescritibilidade, que é o pressuposto de validade relacionado à autoaplicação da prescrição pelo emissor do juízo.

Hare preocupa-se, assim, com a coerência do discurso, dando elementos para a verificação das contradições que porventura ocorram. Nesse sentido, esse autor não se dedica ao controle do conteúdo substantivo das decisões jurídicas, mas à exposição da lógica dos conceitos morais para mostrar como eles geram certas regras que conduzem à adoção de um determinado método de raciocínio moral normativo. Esse enfoque da coerência está ligado à ideia de isonomia, pois um juízo proferido em um determinado caso deve ser aplicado em relação aos demais casos em que haja identidade de circunstâncias situacionais. O sentido das palavras de valor tem relação primordialmente com sua função lógica em uma dada sentença, e o lugar da lógica na teoria ética é crucial, pois sem ela não pode haver raciocínio.

Hare (1981) trata da aplicabilidade do Prescritivismo Universal ao Direito no seu livro *Moral thinking*, de 1981, especialmente no Capítulo intitulado *Rights and Justice* – Direitos e Justiça. Sua teoria é útil para

analisar decisões judiciais porque os sentidos e intenções dos julgadores são facilmente ocultados por processos retóricos que instrumentalizam a lei em nome da dogmática, mesmo que ela não seja corretamente aplicada, mas apenas mencionada, como no caso dos dissídios coletivos de greve julgados pelo TRT-6. Assim, a análise dos juízos valorativos presentes nos comandos prescritivos das sentenças permite perceber os sentidos das decisões, por vezes encobertos.

É possível tentar opor-se à aplicação da teoria de Hare ao Direito com base na incompatibilidade entre a propriedade da universalizabilidade e a concepção de um limite empírico do sistema jurídico vinculado ao Estado. Todavia, essa oposição parte de uma compreensão equivocada da teoria. O princípio da universalizabilidade se refere ao ponto de vista do falante, e a aplicação da teoria ao Direito se dá no sentido de impedir contradições na aplicação da lei. Por exemplo, se a greve não é um direito universalizável, porque sua aceitação varia conforme os ordenamentos, é plenamente possível aplicar a teoria do Prescritivismo Universal para dizer que, nos ordenamentos em que a greve é garantida como um direito, ela não pode deixar de sê-lo sem que se viole a prescritibilidade e a universalizabilidade.

No capítulo dedicado ao tema do utilitarismo, em *Freedom and Reason*, Hare (1963) também discorre sobre a aplicação do conceito de universalizabilidade no campo do Direito, lidando com a ideia consequencialista de resultado da decisão para a sociedade como um todo. Assim, pondera que os interesses de todos da sociedade, espelhados na lei, devem ser considerados pelo juiz quando de sua decisão.

Hare (1981, p. 125) também defende o “compromisso moral do juiz com a decisão proferida e com o próprio sistema legal”. Assim, para ele, se o juiz não concorda com as leis se-

gundo as quais deve julgar, deverá desistir de sua função, já que teria de justificar moralmente suas decisões. A decisão jurídica é o resultado de um juízo produzido no nível crítico do raciocínio e é prevalecente em relação a outros possíveis princípios de ação, porque dotada de coação, o que intensifica a necessidade de observância do princípio da coerência. Em suma, a análise dos significados das palavras permite a investigação das suas propriedades lógicas e, dessa forma, fornece um instrumento crítico para distinguir quais raciocínios são válidos e quais não são.

Demonstradas as premissas da análise, passa-se agora a expor a aplicação da teoria do Prescritivismo Universal, a fim de identificar a validade das inferências lógicas dos argumentos nos julgados estudados. Tendo em vista o limite de espaço desse veículo de informação científica, essa exposição se realiza com base em julgados representativos.

#### **4.2. Coerência lógica interna e ética dos julgados conforme o Prescritivismo Universal e a técnica de ponderação de Robert Alexy**

No primeiro dos acórdãos analisados neste artigo, oriundo dos processos 74-81.2011 e 114-98.2011 julgados em conjunto, a Corte afirma ser ilegítimo o exercício do direito de greve por não haver apresentação de lista de reivindicações dos empregados ao empregador. Leia-se trecho do julgado:

Isso traduz uma clara *confissão* de que a greve em apreço não foi deflagrada apenas antes de iniciado o processo negocial e com a constatação do seu malogro; ela antecedeu, principalmente, o ponto inicial do processo, que se instaura, lógico, com a apresentação da lista das reivindicações da classe trabalhadora, daí não se poder cogitar que o movimento paredista foi uma demonstração

da insatisfação dos empregados por não terem sido atendidas as suas pretensões por parte do empregador, o que o torna *ilegítimo* já sob esse aspecto (BRASIL, 2011a, grifos nossos).

A palavra *ilegítimo* carrega um forte e explícito julgamento moral sobre a greve. Muito embora não seja da competência dos tribunais julgar a legitimidade da greve, uma vez que é de titularidade dos trabalhadores as finalidades e motivos para sua deflagração, o Órgão reduz à formalidade de uma lista a possibilidade de defesa dos interesses dos operários por meio de um instrumento protegido constitucionalmente. A ausência de uma lista é suficiente para impedir que 3.500 trabalhadores, *in casu*, reivindiquem uma melhor condição de vida e de trabalho. Essa exigência é incoerente principalmente porque os trabalhadores no caso concreto já haviam informado ao empregador reiteradas vezes sobre as insatisfações em relação às condições de trabalho no canteiro de obras desde reuniões ocorridas em 2010.

Ainda sobre a exigência de lista com reivindicações, no mesmo acórdão, os julgadores, citando julgado do Tribunal Superior do Trabalho (TST), afirmam haver má-fé por parte dos trabalhadores “ao inovar várias vezes quanto às reivindicações apresentadas ao empregador” (BRASIL, 2011a). A exigência de vinculação dos motivos da greve a uma lista nega a própria dinâmica em que se constitui o Direito, sobretudo o Direito do Trabalho, que estabelece relações que se renovam a cada jornada com base no respeito às cláusulas compactuadas. Ora, havendo múltiplas violações em determinado decurso de tempo, não se pode estabelecer, por meio de um expediente desarrazoadamente burocrático, a inutilidade da reação a essas violações contínuas. Nas linhas posteriores do julgado, a Corte afirma que

Não há dúvida que o art. 9º da Constituição Federal estabelece uma extensão bastante ampliada para o exercício do direito de greve no seguimento privado [...]. Esse comando nitidamente amplo sofre atenuação mediante aplicação do princípio da lealdade e transparência nas negociações coletivas (BRASIL, 2011a).

Seguindo o princípio da universalizabilidade estabelecido pelo Prescritivismo Universal, que é um princípio lógico, pois impõe a coerência na linha dos princípios da identidade e da não contradição, o reconhecimento da amplitude da greve pela Constituição se dá pela sua máxima importância para o Estado Democrático de Direito brasileiro. É inconcebível, do ponto de vista lógico, que a ponderação de algo leve à sua própria extinção, pois, na teoria de Alexy (2008), a ideia de ponderação implica a diminuição de intensidade de um dos pontos ponderados para preservação da coexistência, mas nunca a aniquilação de um

dos pontos. Contrariando a lógica e a ética, a Corte, irracionalmente, alega a ponderação para estabelecer uma supremacia absoluta do princípio da lealdade e da transparência nas negociações coletivas sobre o princípio do direito de greve. Isso contradiz a própria dogmática dos direitos fundamentais e fere o princípio da unidade do direito, que impõe uma coerência sistêmica segundo a qual os princípios devem coexistir, sem que qualquer um deles se sacrifique em favor de outro.

A aplicação do direito pelo Tribunal faz crer que a exigência de lealdade e transparência é uma via de mão única que se dirige apenas ao empregado, uma vez que não se fala nos autos nessa mesma exigência para a entidade econômica que descumpra a legislação e leva ao exercício das greves defensivas, como a que estava em questão nesse processo. A Corte descumpra, assim, o princípio da isonomia.

No mesmo acórdão, citando Godinho Delgado, é dito que as normas estabelecidas na Lei nº 7.783/1989 “não se chocam com o sentido da garantia magna; apenas *civilizam* o exercício de direito coletivo de tamanho impacto social” (BRASIL, 2011a, grifo nosso). Vê-se, na palavra “civilizam”, outro julgamento moral explícito, o que demonstra que para o TRT-6 a greve é um ato de barbárie que precisa ser domesticado. Além de emitir um julgamento moral, a decisão ignora que foi a própria greve que civilizou a sociedade e moldou a democracia com base nas reivindicações por mais direitos e maior participação popular nas esferas de poder. Tal posicionamento é, antes de tudo, um desrespeito à história.

Em outro processo no qual se declarou a greve ilegal, o 2329-12.2011, o Tribunal afirma que houve abuso do direito de greve, “pois o movimento paredista foi deflagrado durante o período em que ainda estavam abertas as negociações com a empresa” (BRASIL, 2012a). Primeiro, é preciso alertar que a greve não revolucionária é um meio de negociação, uma vez que não se pode admitir que os trabalhadores irão permanecer em greve eternamente, pois precisam do trabalho para sobreviver. Assim, a greve é uma forma de acelerar o processo negocial. Não há que se falar aqui em imposição de vontade por parte dos trabalhadores, uma vez que não se fala em imposição de vontade do empregador no momento da exploração de trabalho que impele a pessoa para a subordinação. A greve, nos moldes jurídicos, é um instrumento de persuasão.

Nesse mesmo julgado, o TRT-6 reconhece a obediência a “alguns dos aspectos formais da deflagração da greve (existência de assembleia aprovando a deflagração da greve, com quórum suficiente e comunicação prévia de setenta e duas horas à empresa do início do movimento)”, mas pondera que “o caráter abusivo [...] caracterizou-se pela vedação aos acessos da empresa por parte dos grevistas e pelo seu início antes mesmo de encerradas as negociações” (BRASIL, 2012a). Richard Hare

afirma que, para ser válido, um julgamento prescritivo (moral) precisa ser universalizável. Vemos que a Corte reconhece o cumprimento das burocracias impostas aos trabalhadores pela Lei nº 7.783/1989, mas justifica a ilegalidade da greve pela conduta de um sujeito ou de um grupo. Essa conclusão contraria a determinação do § 2º do art. 9º da CRFB, que dispõe que os excessos sejam individualizados justamente para garantir a ocorrência do movimento. Dessa forma, não guarda coerência sistêmica o julgamento da Corte.

No processo 2233-94.2011, a Corte afirma que “o fato de o sindicato não ter participado do movimento não implica a descaracterização de greve. Diversamente, repercutirá na aferição da legitimidade da paralisação, consoante regramento insculpido na lei de greve” (BRASIL, 2011b). Pelo trecho percebe-se, mais uma vez, que o Tribunal pretende auferir a legitimidade de greve pelos seus próprios critérios, ignorando a Constituição.

É uma contradição de fato vincular a legitimidade de um movimento à participação institucional do órgão que representa determinada classe, pois se submete o meio aos fins. O sindicato é meio para organização e expressão da vontade dos trabalhadores, mas não é a finalidade primeira dos operários – a luta pela melhoria de suas condições de vida. Se os operários manifestam espontaneamente sua vontade em movimento de ampla adesão, não há que se falar em assembleia para ratificar algo que se justifica pelos próprios fatos. Essa é uma interpretação, inclusive, compatível com o princípio da primazia da realidade inerente aos direitos sociais e que tem sido adotado pelo TST<sup>9</sup>.

Sobre a obrigatoriedade de vinculação dos motivos da greve à ata da assembleia geral, apontam-se os mesmos argumentos utilizados na análise do processo 74-81.2011 (BRASIL, 2011a). Desrespeitos que se renovam periodicamente não podem ser vinculados a um documento estanque. Durante a greve, podem ocorrer outras violações, como a prática de ato antissindical pelo empregador ou podem surgir novos re-

---

<sup>9</sup>Recurso Ordinário de Dissídio Coletivo 201740002.2009.5.02.0000, de relatório do ministro Mauricio Godinho Delgado. “*Exigência de aprovação da greve por assembleia (art. 4º da Lei nº 7.783/89). Inobservância. Abusividade do movimento paredista. Não configuração. Requisito suprido pela ampla adesão e participação dos trabalhadores.* A despeito da inexistência de prova da ocorrência de assembleia-geral regular, se os elementos dos autos permitirem a convicção de ter havido aprovação da greve pelos empregados envolvidos, considera-se suprida a formalidade prevista no art. 4º da Lei nº 7.783/89, razão pela qual a inobservância do referido requisito não caracteriza a abusividade do movimento paredista. Com esse entendimento, a SDC, por unanimidade, conheceu do recurso ordinário e, no mérito, por voto prevalente da Presidência, negou-lhe provimento. Vencidos os Ministros Waldir Oliveira da Costa, Fernando Eizo Ono e Márcio Eurico Vitral Amaral, que davam provimento ao apelo para declarar a abusividade da greve” (BRASIL, 2012b, p. 1, grifo do autor).

querimentos de determinado setor do movimento. Exigir outra assembleia para a inclusão das novas pautas é altamente burocrático e ilógico.

O Tribunal também declara a greve ilegal pela ausência do aviso prévio de 48 horas. De modo a garantir a máxima eficiência do art. 9º da Constituição, só é possível entender os dispositivos em análise como um meio de prevenir a greve por meio de uma solução branda entre trabalhadores e empregador. A notificação tem, por suposto, caráter convocatório para conciliação. Porém, não são todas as situações que permitem a notificação, como nos casos em que há uma necessidade inadiável de deflagração da greve, sob pena de ineficácia, ou porque o exercício abusivo do poder patronal evidencia sua rejeição à negociação. Dessa forma, a dogmática impõe a supremacia da norma constitucional de modo que as normas infraconstitucionais se adequem ao conteúdo da Carta Magna. Contudo, há algo que espanta: nesse acórdão (2233-94.2011), a Constituição nem sequer foi citada, a despeito de ela regular explicitamente a greve. O Tribunal age como se o regramento jurídico do fenômeno fosse estabelecido apenas pela Lei 7.783/1989, e o art. 9º da CRFB fosse inútil.

Sobre esse aspecto, vale esclarecer que o TRT-6, quando cita a Constituição, o faz da seguinte maneira, exposta no acórdão do processo 510-06.2012:

Muito embora figure na Constituição Federal (artigo 9º) com *status* de direito fundamental, o direito de greve, como instrumento importante para postular a melhoria das condições de trabalho, não é incontestável e, para ser legitimamente exercido, deve conformar-se aos parâmetros previstos no diploma legislativo que lhe especifica os contornos. É a única forma de assegurar-se que outros direitos, também consagrados constitucionalmente, não sejam atingidos de forma desproporcional. “O direito de greve, considerado pelos órgãos superiores da OIT como um direito fundamental, não é um direito absoluto, razão pela qual o seu exercício deve harmonizar-se com os direitos fundamentais dos cidadãos e dos empresários. Assim, os princípios dos ditos órgãos só amparam as greves legítimas, isto é, aquelas que se realizam em conformidade com a legislação nacional, quanto esta não prejudica as garantias básicas do direito de greve.” (*in* A Greve no Direito Brasileiro. Raimundo Simão de Melo. Editora LTr, 2ª Ed., 2009) (BRASIL, 2012c).

Mais uma vez, para a Corte é impossível a coexistência do direito de greve com os demais direitos, o que é contraditório no próprio discurso do julgamento, uma vez que se fala em coexistência para aniquilá-lo. O que o Tribunal pensa de fato é que o direito de greve é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, apesar de previsto como direito fundamental na CRFB – o que fere o princípio da não contradição.

Vale destacar que a própria citação de Raimundo Simão no acórdão desmistifica a aplicação irreflexiva da Lei nº 7.783/1989, pois advoga que a legislação nacional só deve ser aplicada quando não prejudica as garantias básicas do direito de greve, o que demonstra que a CRFB é invocada retoricamente, apenas para dar aparência de legitimidade ao discurso.

Nesse acórdão (510-06.2012), o Tribunal usa como argumento a necessidade de tentar a negociação prévia, utilizado também em outros julgados e já debatido nos parágrafos anteriores, mas acrescenta ao argumento que a greve pode “banalizar-se como instrumento e perder a aptidão para alcançar os fins perseguidos pelos trabalhadores” (BRASIL, 2012c). Ora, a CRFB não atribui ao Poder Judiciário competência para definir o que é pertinente ou não defender por meio da greve. Pelo contrário, dispõe que o direito de greve é de titularidade dos trabalhadores, e não deixa espaço nem para o legislador infraconstitucional nem para os tribunais limitarem seu exercício pela imposição de critérios de legitimidade.

Nesse mesmo julgado, a corte assim fundamenta sua decisão:

que a representação da categoria profissional passou ao largo da necessidade de *aprovação assemblear* da pauta de reivindicações e da oportunidade para a deflagração da greve, o que inquina de abusivo o movimento, *prima facie*. A consulta à categoria é pressuposto imprescindível e lastreador do caráter democrático e da própria legitimidade (em sentido material, inclusive) do movimento [...] A greve, como medida-limite, não pode ser uma definição de cúpula, mas deve contar com a ampla adesão dos trabalhadores abrangidos pela representação categorial. Se não porque necessária à legitimação do movimento, como já mencionado, também porque correm eles os riscos que se relacionam à suspensão contratual (artigo 7º da Lei 7.783/89). Devem poder participar, ativamente, da definição da estratégia a adotar [...] “De acordo com o artigo 4º já citado, caberá à entidade sindical convocar, na forma de seu estatuto, assembleia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços. É regra consentânea com o que diz o artigo 9º da Constituição Federal (“É assegurado o direito de greve, *competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender*”). [...] E a exigência de que ora se trata, importante destacar, não vem sendo mitigada, mas sim recrudescida pela jurisprudência das Cortes Trabalhistas, cada dia mais criteriosa na análise dos pressupostos autorizadores da greve por ter em vista a nova principiologia que rege os conflitos coletivos, exaltadora da autonomia e do diálogo entre os atores envolvidos (BRASIL, 2012c, grifo do autor).

No início do excerto, afirma-se que a greve não pode ser uma definição de cúpula. E nunca é! Os dirigentes sindicais não podem fazer

greves expressivas sozinhos. O elemento fático, ou seja, a adesão espontânea dos trabalhadores prevalece sobre qualquer deliberação formal.

Mesmo que haja assembleia, que haja aviso, que haja ata, se os trabalhadores, na base, não decidem pela greve, ela não acontece. Nenhuma dessas formalidades são requisitos reais para sua realização; pelo contrário, são requisitos formais para sua não realização. A menção ao artigo 9º da CRFB nesse julgado é apenas performática, pois esse dispositivo foi redigido da maneira que foi justamente para impedir restrições anômalas à amplitude e importância atribuída à greve pela Assembleia Constituinte.

Ademais, como o próprio julgado dispõe, a exigência de assembleia para produção de ata com rol de reivindicações é um dos elementos que podem garantir a greve, por isso mesmo não é capaz de ser fundamento para o seu não exercício. Quer dizer, a previsão de um documento por meio de legislação infraconstitucional não pode ser condição, requisito, para o exercício de um direito fundamental, sobretudo quando se mostra desarrazoado ou desproporcional o expediente. A previsão de tal ata deve servir para vincular a atuação dos representantes da categoria, de modo a certificar que as negociações caminhem para o que foi deliberado democraticamente pelos trabalhadores. Dar sentido diverso a esse dispositivo, sobretudo quando há adesão manifesta ao movimento pelos obreiros, significa inverter a ordem do escalonamento normativo, pondo-se lei menor acima da Lei Maior.

## Conclusão

A pesquisa demonstrou que a força normativa atribuída à CRFB pelos magistrados do TRT-6 é praticamente nula. A proteção ampla, constitucionalmente garantida, ao direito de greve não foi respeitada: em apenas 13% dos casos estudados a greve foi declarada legal. Se considerados, os preceitos constitucionais fatalmente apontariam para a inconstitucionalidade da Lei nº 7.783/1989, que afronta o mandamento do art. 9º da Constituição Federal, ao restringir, *prima facie*, o exercício do direito fundamental e amplo à greve. Entretanto, nas decisões do tribunal pesquisado, o texto constitucional perece em face das regras estabelecidas na Lei nº 7.783/1989.

Assim, 30 anos depois de promulgada a CRFB, que trouxe consigo a esperança de fortalecimento da democracia no Brasil, a greve - apesar de ter deixado de ser criminalizada e de ter sido reconhecida como um direito fundamental - ainda persiste como um direito nunca plenamente exercido.



O debate constitucional contemporâneo se preocupa com a concretização dos preceitos da Constituição, mas a jurisprudência do TRT-6 em relação à greve reflete a desconsideração dos postulados do neopositivismo e da nova hermenêutica. A teoria dos princípios, de Robert Alexy, adotada sem qualquer respeito à real proposta do autor alemão, é apenas performaticamente aplicada pelo tribunal pesquisado.

Os sentidos das decisões, além de insustentáveis dogmaticamente, não têm base ética na perspectiva do Prescritivismo Universal, segundo o qual o princípio da universalizabilidade impõe que um juízo prescritivo (como são as sentenças), para ser moralmente válido, precisa ser universalizável, o que só ocorre quando respeitado o princípio da não contradição. Dessa forma, o que é previsto como direito na Constituição não pode deixar de sê-lo na sentença por meio de interpretações sem vínculo com a racionalidade. O apelo a expedientes burocráticos claramente inconstitucionais traz mais restrições ao direito de greve do que o tratamento da greve como liberdade e representa um retrocesso disfarçado de garantia de positivação.

As reflexões desenvolvidas neste artigo evidenciam alguns dos possíveis obstáculos à concretização dos direitos fundamentais e sugerem a necessidade de mudanças no quadro de referências axiológicas do Poder Judiciário, que maculam de conservadorismos a abordagem do mundo do trabalho e de institutos jurídicos como a greve.

## Sobre o autor

Rafael Borges de Souza Bias é bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; mestrando em Direito pela mesma instituição; advogado em Lima e Falcão Advogados, Recife, PE, Brasil. Pesquisa financiada pela Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco, PE, Brasil.  
E-mail: rafael-bias@hotmail.com

## Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>10</sup>

FUNDAMENTAL RIGHT TO STRIKE AND THE CONSTITUTION OF 1988: FROM ITS AMPLITUDE IN THE CONSTITUTIONAL TEXT TO THE RESTRICTION BY THE COURTS

---

<sup>10</sup> Sem revisão do editor.

**ABSTRACT:** This article explores the compatibility between the exercise of the right to strike by the Constitution of the Federative Republic of Brazil (CFRB) and the decisions made by the TRT-6 on strike class actions between 2004 and 2016. It is a bibliographical and documentary research on which the data were analyzed qualitatively, funded by the Foundation for Support to Science and Technology of the State of Pernambuco and based on the Methodology of Decision Analysis, applied to the evaluation of 35 judgments chosen by total sampling. Thirty years after the enactment of the Federal Constitution of 1988, it was found that, in the focal period, the exercise of the right to strike was considered legal by TRT-6 in only 13% of merit judgments. An analysis of the results, based on the views of Richard Hare and Robert Alexy, reveals incidences on judgments and misunderstandings in the application of the weighting method, which has practically annihilated the right to strike as provided in the Federal Constitution of 1988.

**KEYWORDS:** FUNDAMENTAL RIGHTS. STRIKE. TRT-6. UNIVERSAL PRESCRITIVISM. WEIGHTING.

## Como citar este artigo

(ABNT)

BIAS, Rafael Borges de Souza. Direito fundamental à greve e a Constituição de 1988: da sua amplitude no texto constitucional à restrição pelos tribunais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 219, p. 263-290, jul./set. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p263](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p263)>.

(APA)

Bias, R. B. de S. (2018). Direito fundamental à greve e a Constituição de 1988: da sua amplitude no texto constitucional à restrição pelos tribunais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(219), 263-290. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril\\_v55\\_n219\\_p263](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p263)

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *O direito do trabalho na filosofia e na teoria social crítica: os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações*. São Paulo: LTr, 2014.

BABOIN, José Carlos de Carvalho. *O tratamento jurisprudencial da greve política no Brasil*. 2013. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-10012014-153923/pt-br.php>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien: die Unterscheidung von Prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1998.

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

\_\_\_\_\_. Medida provisória nº 59, de 26 de maio de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 maio 1989a. [Revogada].

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 jun. 1989b.

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

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento n. 595.395-9/SP. Agravante: Grupo de Comunicação Três S/A. Agravado: Elliot Rehder Bittencourt. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 3 ago. 2007. Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20070802\\_072.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20070802_072.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação jurisprudencial n. 12 da Seção de Dissídios Coletivos do TST. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, 30 abr. 2010. [Cancelada].

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Dissídio coletivo de greve n. 0000074-81.2011.5.06.0000. Suscitante: Consórcio RNEST CONEST; Sindicato Nacional da Indústria da Construção Pesada – SINICON. Suscitado: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção de Estradas, Pavimentação e Obras de Terraplanagem em Geral de Pernambuco – SINTEPAV-PE. Relator: Juiz Agenor Martins Pereira. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Recife, 24 abr. 2011a. Disponível em: <<http://apps.trt6.jus.br/consultaAcordaos/exibirInteiroTeor?documento=760862011&tipoProcesso=fisico>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Dissídio coletivo de greve n. 0002233-94.2011.5.06.0000. Suscitante: Estaleiro Atlântico Sul S/A. Suscitado: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico do Estado de Pernambuco – SINDMETAL/PE. Relatora: Des. Maria Clara Saboya A. Bernardino. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Recife, 15 dez. 2011b. Disponível em: <<http://apps.trt6.jus.br/consultaAcordaos/exibirInteiroTeor?documento=934652011&tipoProcesso=fisico>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Dissídio coletivo de greve n. 0002329-12.2011.5.06.0000. Suscitante: Instituto Agrônomo de Pernambuco – IPA. Suscitado: Sindicato dos Trabalhadores Públicos da Agricultura e Meio Ambiente do Estado de Pernambuco. Relatora: Juíza Maria das Graças de Arruda França. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Recife, 4 mar. 2012a. Disponível em: <<http://apps.trt6.jus.br/consultaAcordaos/exibirInteiroTeor?documento=60362012&tipoProcesso=fisico>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. DC. Exigência de aprovação da greve por assembleia... *Informativo TST*, Brasília, n. 1, p. 1, mar. 2012b. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95655/2012\\_informativo\\_tst\\_cjur\\_n0001.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95655/2012_informativo_tst_cjur_n0001.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 16 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Dissídio coletivo de greve n. 0000510-06.2012.5.06.0000. Suscitante: Sindicato Nacional da Indústria da Construção Pesada – SINICON. Suscitado: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção de Estradas, Pavimentação e Obras de Terraplanagem em Geral no Estado de Pernambuco – SINTEPAV-PE. Relator: Des. Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Recife, 18 nov. 2012c. Disponível em: <<http://apps.trt6.jus.br/consultaAcordaos/exibirInteiroTeor?documento=444242012&tipoProcesso=fisico>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. Balanço das greves de 2016. *Estudos e Pesquisas*, São Paulo, n. 84, p. 1-35, ago. 2017. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/balancodasgreves/2016/estPesq84balancogreves2016.html>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

FREITAS FILHO, Roberto. Decisões jurídicas e teoria lingüística: o prescritivismo universal de Richard Hare. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, v. 178, n. 45, p. 19-43, abr./jun. 2008. Disponível em: <[http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160456/Decisoes\\_juridicas\\_teorica\\_linguistica.pdf?sequence=3](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160456/Decisoes_juridicas_teorica_linguistica.pdf?sequence=3)>. Acesso em: 14 ago. 2018.

HARE, Richard Mervyn. *Freedom and reason*. Oxford: Clarendon Press, 1963.

\_\_\_\_\_. *Moral thinking: its levels, method and point*. New York: Oxford University Press, 1981.

\_\_\_\_\_. *A linguagem da moral*. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

\_\_\_\_\_. *Ética: problemas e propostas*. Tradução de Mário Mascherpe e Cleide Antônia Rapucci. São Paulo: Unesp, 2003.

KROTOSCHIN, Ernesto. *Tratado práctico de derecho del trabajo*. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 1981. v. 2.

LOPEZ-MONIS, Carlos. *O direito de greve: experiências internacionais e doutrina da OIT*. São Paulo: LTr, 1986.

LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. *Entre continuidade e ruptura: uma narrativa sobre as disputas de sentido da Constituição de 1988 a partir do direito de greve*. 2014. 293 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17567/1/2014\\_RicardoMachadoLourencoFilho.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17567/1/2014_RicardoMachadoLourencoFilho.pdf)>. Acesso em: 14 ago. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Fundamental, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2014.

NORONHA, Eduardo G. Ciclo de greves, transição política e estabilização: Brasil, 1978-2007. *Lua Nova: revista de cultura e política*, São Paulo, n. 76, p. 119-168, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n76/n76a05>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*: RDE, Rio de Janeiro, n. 4, p. 23-51, 2006. Disponível em: <[https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo\\_essencial.pdf](https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf)>. Acesso em: 29 ago. 2018.

Acesse todas as edições da  
Revista de Informação Legislativa

[www.senado.leg.br/rii](http://www.senado.leg.br/rii)

