

COLEÇÃO DE
DIREITO PARLAMENTAR
DA ADVOCACIA DO SENADO FEDERAL – VOL. I

PILARES DO PODER LEGISLATIVO

Organizadoras: Gabrielle Tatith Pereira e Roberta Simões Nascimento

Ana Cristina Diógenes Rêgo Cordeiro

Carolina Guimarães Ayupe

Cláudio de Azevedo Barbosa

Edvaldo Fernandes da Silva

Ely Maranhão Filho

Fábio Fernando Moraes Fernandez

Felipe de Paula Lyra

Felipe do Amaral Monteiro Martins

Gabrielle Tatith Pereira

Luiza Deretti Martins

Marcelo Cheli de Lima

Mateus Fernandes Vilela Lima

Pedro Formaggini Gualtieri

Roberta Simões Nascimento

Rodrigo Pena Costa e Costa

Vitor Galvão Fraga



A Advocacia do Senado Federal

tem como missão institucional ser instrumento de garantia da independência e da legalidade do Poder Legislativo, prestando assessoramento jurídico e promovendo a representação judicial do Senado Federal, bem como dos senadores e senadoras da República no exercício de seus mandatos.

Em sua atuação, busca ser referência nacional de Advocacia Pública do Poder Legislativo, seja pela atuação no exercício da Advocacia, seja pela produção de conhecimento qualificado, especialmente no campo do Direito Parlamentar.

PILARES DO PODER LEGISLATIVO

Senado Federal

Mesa

Biênio 2025/2026

Senador Davi Alcolumbre

Presidente

Senador Eduardo Gomes

1º Vice-Presidente

Senador Humberto Costa

2º Vice-Presidente

Senadora Daniella Ribeiro

1ª Secretária

Senador Confúcio Moura

2º Secretário

Senadora Ana Paula Lobato

3ª Secretária

Senador Laércio Oliveira

4º Secretário

Suplentes de Secretário

Senador Chico Rodrigues, 1º Suplente

Senadora Roberta Acioly, 2ª Suplente

Senador Styvenson Valentim, 3º Suplente

Senadora Soraya Thronicke, 4ª Suplente

Ilana Tromka

Diretora-Geral

Danilo Augusto Barboza de Aguiar

Secretário-Geral da Mesa

Gabrielle Tatith Pereira
Roberta Simões Nascimento
Organizadoras

PILARES DO PODER LEGISLATIVO

Brasília, 2024

SENADO FEDERAL



Organização: Gabrielle Tatith Pereira e Roberta Simões Nascimento

Revisão: Mariana Sanmartin

Capa: Thomas Jefferson Gonçalves

Projeto gráfico e diagramação: Eduardo Franco

© Senado Federal, 2024

Congresso Nacional

Praça dos Três Poderes s/nº

CEP 70165-900 — DF

Pilares do poder legislativo / Gabrielle Tatith Pereira, Roberta Simões Nascimento organizadoras. — Brasília : Senado Federal, 2024.
483 p.

Inclui notas explicativas e bibliografia.

ISBN: 978-65-5676-560-0

1. Poder Legislativo, Brasil. 2. Separação dos poderes, Brasil. 3. Imunidade parlamentar, Brasil. 4. Processo legislativo, Brasil. 5. Judicialização da política, Brasil. 6. Comissão parlamentar de inquérito (CPI), poderes e atribuições, Brasil. 7. Violência contra a mulher, política, Brasil. I. Pereira, Gabrielle Tatith, org. II. Nascimento, Roberta Simões, org.

CDDir 341.252

Ficha catalográfica elaborada por Alessandra Marinho da Silva – CRB-1 2102

SUMÁRIO

Prefácio	13
<i>Rodrigo Otavio Soares Pacheco, presidente do Senado Federal</i>	
Apresentação	15
<i>Gabrielle Tatith Pereira e Roberta Simões Nascimento</i>	
O papel do Senado Federal brasileiro como Casa da Federação	23
<i>Felipe do Amaral Monteiro Martins</i>	
1. Introdução	23
2. Um breve panorama sobre o Estado Federativo brasileiro	24
3. O bicameralismo	27
4. O bicameralismo no Brasil	33
5. Competências do Senado Federal	35
6. Conclusão: o papel do Senado Federal no Brasil	47
Referências	56
A atualidade da doutrina dos atos <i>interna corporis</i> no Direito brasileiro: reflexões à luz da teoria discursiva do Direito	61
<i>Carolina Guimarães Ayupe</i>	
Introdução	61
1. O processo legislativo à luz da teoria discursiva do direito	63
2. Evolução histórica da teoria dos <i>interna corporis acta</i>	71
3. Reflexões acerca do controle judicial dos atos <i>interna corporis</i> no Direito brasileiro	73
Conclusão	84
Referências	85
Descriminalização do porte para consumo pessoal de <i>Cannabis sativa</i> (RE 635.659): considerações acerca da separação de poderes	87
<i>Luiza Deretti Martins</i>	
Introdução	87

1. A premissa da separação de poderes e a judicialização da política	89
2. A descriminalização do consumo pessoal da maconha pelo Supremo Tribunal Federal	93
3. Crise de separação de poderes?	99
4. Conclusão	104
Referências	105
 Cabe recurso especial por violação a resolução legislativa autônoma do Senado Federal e da Câmara dos Deputados?	 109
<i>Cláudio de Azevedo Barbosa</i>	
1. Introdução	109
2. Hierarquia normativa das resoluções legislativas autônomas das Casas Legislativas	112
3. O papel do STJ como Corte de Vértice e o conceito de lei federal para cabimento de recurso especial	118
4. Resoluções legislativas e o conceito de lei federal para cabimento de recurso especial	123
5. Epílogo necessário: os limites da interpretação judicial das resoluções legislativas autônomas	131
Conclusão	131
Referências	132
 A aplicação do direito ao silêncio em comissões parlamentares de inquérito: uma análise jurídica da jurisprudência do STF a partir do direito comparado	 135
<i>Fabio Fernando Moraes Fernandez</i>	
Introdução	135
1. Problemática	136
2. Direito ao silêncio	137
3. Diferenças entre a investigação criminal e a investigação congressual	139
4. Propósito da investigação congressual	143
5. Dignidade pessoal do investigado – ofensas	151
Conclusão	153
Referências	155

Confidencialidade e transparência nas comissões parlamentares de inquérito: equilíbrio entre interesse público e privacidade 159

Ely Maranhão Filho

1. Introdução	159
2. Fundamento jurídico do sigilo em investigações	160
3. Levantamento do sigilo em casos de interesse público	163
4. Prerrogativas e limites das comissões parlamentares de inquérito	164
5. As comissões parlamentares de inquérito no Direito comparado	172
6. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal	181
Conclusão	191
Referências	192

Advocacia parlamentar: instrumento fundamental para a defesa das prerrogativas do Legislativo 195

Felipe de Paula Lyra

1. Introdução	195
2. Separação de poderes e harmonia institucional: desafios e perspectivas	197
3. A imputação volitiva e a representação dos poderes: abordagem hermenêutica harmonizadora	200
4. A evolução jurisprudencial	204
5. Conclusão	208
Referências	209

Imunidade material parlamentar: análise das dimensões do instituto à luz da teoria e da jurisprudência 213

Gabrielle Tatith Pereira

Introdução	213
1. Imunidades parlamentares: fundamentos, conceito e dimensões do conceito	215
1.1. <i>Fundamentos: a preservação do regime democrático e da separação de poderes</i>	215
1.2. <i>Imunidade material: o conceito e suas esferas de incidência (dimensão conceitual – D1)</i>	221

1.3. <i>Imunidades materiais: natureza jurídica do instituto (dimensão material ou de natureza jurídica – D2).</i>	234
1.4. <i>Imunidade material: opiniões, palavras e votos proferidos no exercício do mandato ou em razão do exercício do mandato (dimensão funcional, causal ou de implicação recíproca – D3)</i>	238
1.5. <i>Imunidade material: opiniões, palavras e votos proferidos dentro ou fora do Parlamento (dimensão espacial – D4)</i>	244
1.6. <i>Imunidade material: meios de veiculação de opiniões, palavras e votos (dimensão modal – D5)</i>	251
1.7. <i>Imunidade material: exercício abusivo das prerrogativas parlamentares (dimensão da moderação – D6)</i>	253
Conclusão	262
Referências	265

Imunidade parlamentar e imunidade tributária: a Advocacia do Senado Federal em juízo contra violações de prerrogativas do Legislativo pelo Fisco

Edvaldo Fernandes da Silva

Introdução	271
1. Cronologia da tributação da ajuda de custo dos senadores	276
2. A Advocacia do Senado Federal em juízo contra a incidência de IR na ajuda de custo	280
2.1 <i>Primeiro caso</i>	281
2.2 <i>Segundo caso</i>	285
3. A representação judicial da Mesa do Senado e de senadores pela ADVOSF na espécie	286
Conclusão	295
Referências	296

Equilíbrio orçamentário, orçamento impositivo e emendas parlamentares

Marcelo Cheli de Lima

Introdução	299
1. Necessidades públicas e atividade financeira do Estado	300
2. Orçamento público	302

2.1	<i>Conceito</i>	302
3.2	<i>Natureza jurídica</i>	303
2.3	<i>Princípios orçamentários</i>	305
2.4	<i>Ciclo orçamentário</i>	307
3.	Orçamento autorizativo e impositivo	308
4.	Emendas parlamentares impositivas	312
4.1	<i>Emendas parlamentares individuais</i>	312
4.1.1	<i>Formas de transferências</i>	314
4.2	<i>Emendas parlamentares de bancada</i>	315
5.	A correlação entre desequilíbrio orçamentário e orçamento impositivo	316
	Conclusão	318
	Referências	319

Quem controla o controlador? 323

Fabio Fernando Moraes Fernandez

	Introdução	323
1.	Estado Democrático e de Direito – marcos do pensamento humano na busca da limitação do monarca	325
2.	Governo das leis e ascensão do Poder Legislativo	332
3.	Paradoxos da democracia	334
4.	Estado, democracia e ascensão do Judiciário: aspectos históricos e teóricos dessa relação	338
4.1	<i>Discrecionariade e limitação. O problema do controle da decisão judicial. Teorias estadunidenses</i>	340
4.2	<i>O problema do controle das decisões judiciais</i>	347
	Conclusão	352
	Referências	354

Violência política contra a mulher na legislação brasileira: análise da Lei 14.192/2021, sua aplicação em casos concretos e seus desafios 357

Roberta Simões Nascimento

	Introdução	357
--	------------	-----

1. Considerações teóricas sobre a violência contra as mulheres e de gênero na política	360
2. Da tramitação legislativa do PL 5.613/2020, que resultou na Lei 14.192/2021	367
3. Comentários sobre o crime de violência política contra as mulheres	371
4. Precedentes jurisprudenciais do crime do art. 326-B do Código Eleitoral	384
4.1 <i>Caso Maurício Martins, Processo 0600036-86.2023.6.06.0009 (9ª Zona Eleitoral de Russas, TRE-CE)</i>	385
4.2 <i>Caso Célio Alves, Processo 0600027-09.2022.6.15.0010 (TRE-PB)</i>	387
4.3 <i>Caso Wellington Felipe, Processo 0600025-73.2022.6.26.0029 (Juízo da 29ª Zona Eleitoral de Caçapava-SP, TRE-SP)</i>	390
4.4 <i>Caso Rodrigo Amorim, Processo 0600472-46.2022.6.19.0000 (TRE-RJ)</i>	393
4.5 <i>Considerações sobre os casos concretos já julgados</i>	395
4.6 <i>Outros casos de violência política</i>	397
5. Projetos de lei em tramitação sobre a violência política contra as mulheres e de gênero	398
Conclusão	405
Referências	407

A decisão de admissibilidade de denúncias de impeachment contra ministros do Supremo Tribunal Federal: reflexões sobre competência e (ir)recorribilidade

<i>Mateus Fernandes Vilela Lima, Pedro Formaggini Gualtieri e Vitor Galvão Fraga</i>	411
Introdução	411
2. Procedimento do impeachment e a decisão de admissibilidade	414
3. A irrecorribilidade da decisão de arquivamento da denúncia por crime de responsabilidade: impossibilidade de analogia e aplicação subsidiária	417
4. Projeto de Lei 1.388/2023: novo regime jurídico procedimental dos crimes de responsabilidade.	423
Conclusão	427
Referências	428

O consensualismo na Administração Pública brasileira: avanços, desafios e o papel do controle externo pelo Tribunal de Contas da União 431

Ana Cristina Diógenes Rêgo Cordeiro

Introdução	431
1. Administração pública e participação popular: releitura democrática do regime jurídico	433
1.1. <i>Considerações sobre o princípio da supremacia do interesse público</i>	434
1.2. <i>Indisponibilidade do interesse público: da intransigibilidade à cooperação.</i>	436
2. O papel do controle externo na concretização do interesse público	437
2.1. <i>Desafios do controle externo: equilíbrio entre responsabilização e proteção da discricionariedade.</i>	440
3. Perspectivas do consensualismo na administração pública brasileira	443
3.1. <i>Evolução normativa</i>	443
3.2. <i>Impactos do consensualismo no controle externo</i>	445
3.2.1. <i>A experiência do TCU: IN 91/2022</i>	447
Conclusão	451
Referências	452

Demarcação de terras indígenas e a controvérsia do marco temporal: a necessária superação desse debate em prol da segurança jurídica 453

Rodrigo Pena Costa e Costa

Introdução	453
2. Fixação de critérios objetivos para delimitação das terras indígenas no julgamento da Petição 3388-4/RR. Reafirmação da data de 5 de outubro de 1988 como marco temporal para a ocupação de terras indígenas a partir da leitura da própria Constituição da República Federativa do Brasil.	454
3. Processo legislativo que culminou na aprovação da Lei 14.701, de 20 de outubro de 2023. Vontade inequívoca do Parlamento de trabalhar em sintonia com a jurisprudência consolidada no julgamento da Petição 3388-4/RR.	461

4. Modificação, pelo Supremo Tribunal Federal, do entendimento consolidado sobre o marco temporal. O STF deve uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Tribunal se vincula horizontalmente ao seu precedente e só pode modificá-lo em razão de situações específicas.	466
5. A liberdade de conformação do legislador. O art. 102, § 2º, da CRFB estabelece que as decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade e em ações declaratórias de constitucionalidade produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta.	471
Conclusão	476
Referências	477
Posfácio	481
<i>Diretoria da Associação Nacional dos Procuradores e Advogados do Poder Legislativo (ANPAL)</i>	

PREFÁCIO

É com alegria que escrevo estas palavras preliminares à guisa de apresentação da obra *Pilares do Poder Legislativo*, organizada pelas advogadas do Senado Federal Gabrielle Tatith Pereira e Roberta Simões Nascimento. Este livro, composto por capítulos escritos por advogados e advogadas do Senado Federal, é um convite a explorar os fundamentos, as estruturas e as nuances do Poder Legislativo no Brasil.

O motivo da alegria está em que a Advocacia do Senado Federal (ADVOSF) completa 30 anos de existência e, ao longo de três décadas, tem se consolidado como um órgão crucial para o Senado Federal, assegurando a legalidade e a segurança das funções legislativa e administrativa desta Casa. Posso testemunhar a excelência do trabalho que vem sendo prestado, sobretudo pelo que observo na qualidade de presidente do Senado Federal.

Se o Poder Legislativo é a espinha dorsal da democracia, responsável pela estruturação das normas mais essenciais que regem a sociedade brasileira, sem dúvidas o assessoramento técnico e jurídico prestado pelos advogados e advogadas do Senado Federal assume um papel de destaque nesta Casa de Leis, dando suporte e servindo de base à infraestrutura que sustenta os diversos processos legislativos.

O livro *Pilares do Poder Legislativo* oferece uma perspectiva única, combinando a base teórica sólida, advinda da formação qualificada, com a experiência prática dos autores – profissionais talentosos, dedicados e competentes, cada um

com sua vivência e expertise –, que atuam na defesa desta Casa Legislativa e de seus membros. O livro honra o papel essencial desempenhado pelos advogados e advogadas do Senado Federal.

Felicitó, assim, as organizadoras e os autores pela brilhante iniciativa.

Mais do que uma compilação técnica, o livro *Pilares do Poder Legislativo* é um tributo ao conhecimento jurídico que sustenta a atividade legislativa brasileira e a independência do Parlamento. Que esta obra sirva como um farol para a compreensão do papel vital do Poder Legislativo na sociedade brasileira e como uma fonte valiosa de consulta e reflexão, tanto para os que já atuam no Legislativo quanto para as futuras gerações de estudiosos e profissionais do Direito.

Boa leitura a todos!

Brasília, 14 de outubro de 2024.

Rodrigo Otávio Soares Pacheco

Presidente do Senado Federal

APRESENTAÇÃO

É com grande entusiasmo que apresentamos o livro *Pilares do Poder Legislativo*, uma obra essencial para todos que desejam compreender profundamente o funcionamento e a importância do Poder Legislativo no Brasil.

A organização deste livro foi uma das iniciativas da comemoração do aniversário de 30 anos de criação da Advocacia do Senado Federal (ADVOSF), pela Resolução 73, de 1994, do Senado Federal, que transformou a então Consultoria-Geral na atual Advocacia do Senado Federal, um marco na institucionalização do seu órgão de assessoramento jurídico superior e de representação judicial.

A ADVOSF presta consultoria e assessoramento jurídicos à Mesa, à Comissão Diretora, à Procuradoria Parlamentar, à Corregedoria Parlamentar, à Secretaria-Geral da Mesa, à Diretoria-Geral e aos demais órgãos da estrutura administrativa da Casa. A ADVOSF ainda apoia as atividades administrativas do Senado, por exemplo, ao opinar sobre minutas de atos e contratos administrativos a serem firmados pelo órgão ou suas unidades; aprovar minutas padrão; propor à Comissão Diretora a criação, alteração ou revogação de enunciados normativos, etc. Além disso, a ADVOSF atua em juízo na defesa das prerrogativas do Senado Federal e do Congresso Nacional, não só encaminhando informações à Advocacia-Geral da União (AGU), com os elementos técnicos de fato e de direito necessários à defesa judicial e extrajudicial dos interesses da União e do Senado Federal, mas também peticionando diretamente ao Poder Judiciário e a outras instâncias administrativas.

Por expressa previsão no Regulamento Administrativo do Senado Federal (RASf) – Resolução do Senado Federal 58, de 1972, com a redação consolidada pela Resolução 6, de 2024 –, a ADVOSF é legitimada a representar judicial e extrajudicialmente os senadores e os servidores do Senado Federal (e também os ex-senadores e os ex-titulares de cargos ou funções de direção e chefia), inclusive promovendo ação penal privada ou representando perante o Ministério Público, quando vítimas de crime, quanto a atos correlacionados ao exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União e do Senado Federal, podendo, ainda, quanto a esses atos, propor ações judiciais em qualquer instância e juízo, impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança em defesa desses agentes públicos.

Ao longo dessas três décadas, tanto a regulamentação quanto a atuação da ADVOSF vêm sendo aperfeiçoadas para dar conta da crescente demanda pelos serviços prestados de defesa dos interesses institucionais do Senado, assegurando legalidade e segurança para a função legislativa e administrativa. Com a realização do último concurso em 2022, novos advogados do Senado Federal foram nomeados e tomaram posse, em mais um marco significativo na trajetória da Casa e na consolidação da ADVOSF, que vem se destacando pelo compromisso com a excelência profissional e contribuindo para a robustez da missão do Senado Federal e de seus membros. Neste momento de celebração, é oportuno reconhecer o trabalho incansável e a dedicação de todos os integrantes da ADVOSF, advogados, técnicos, servidores e estagiários, cujo esforço contínuo fortalece o Poder Legislativo por inteiro.

Para celebrar os 30 anos da Advocacia do Senado Federal, os autores – todos advogados do Senado Federal – exploram, em cada capítulo, os fundamentos e as estruturas que sustentam o Poder Legislativo, oferecendo uma análise detalhada sobre como as instituições legislativas são organizadas e operam para cumprir com suas funções constitucionais de elaborar leis, aprovar orçamentos, investigar fatos determinados, entre outros temas cruciais, como a separação de poderes, as prerrogativas parlamentares e as tendências mais recentes que afetam o funcionamento das Casas Legislativas, a exemplo da criminalização da violência política contra a mulher. À sua maneira, os trabalhos registram a contribuição dos integrantes da ADVOSF para o debate das questões mais importantes das instituições que moldam a democracia brasileira.

Os capítulos que compõem a obra foram escritos com abordagem clara e

acessível, combinando sólida base teórica com exemplos práticos, citação da jurisprudência atualizada e estudos de caso que ilustram a importância e a aplicabilidade real dos temas trabalhados. O livro esclarece questões complexas do universo parlamentar, fazendo-o de uma forma especial, pois as reflexões são apresentadas com o olhar dos que têm como atribuição funcional a defesa das instituições legislativas, sob a óptica privilegiada de dentro do Poder Legislativo.

O capítulo escrito por Felipe do Amaral Monteiro Martins (“O papel do Senado Federal brasileiro como Casa da Federação”) oferece uma análise jurídico-política esclarecedora sobre a função essencial do Senado na estrutura federativa brasileira, explorando os aspectos do desenho institucional dessa Casa Legislativa, da sua composição, das suas competências e de como se dá sua atuação no bicameralismo, sobretudo na função de revisar as propostas oriundas da Câmara dos Deputados, de modo a equilibrar o poder entre as diferentes esferas de governo e assegurar a representação equitativa das unidades federativas nos processos legislativos. O autor mostra como o Senado Federal possui papel fundamental no sistema político brasileiro, com poderes e responsabilidades relevantes.

O capítulo escrito por Carolina Guimarães Ayupe (“A atualidade da doutrina dos atos *interna corporis* no Direito brasileiro: reflexões à luz da teoria discursiva do direito”) apresenta como o conceito de atos *interna corporis* surgiu da necessidade de garantir a autonomia e independência do Poder Legislativo, evoluindo do Direito parlamentar inglês, com o conceito de *internal proceedings*, até a formulação de Rudolf von Gneist no século XIX, e ganhando novos contornos com o advento do Estado Constitucional. A partir dos casos concretos que analisa, a autora conclui que a jurisprudência do STF historicamente demonstra respeito à autonomia do Legislativo, reconhecendo a imunidade de suas normas regimentais ao controle judicial, salvo em casos excepcionais de violação à Constituição.

O capítulo escrito por Luiza Deretti Martins (“Descriminalização do porte para consumo pessoal de *Cannabis sativa* (RE 635.659): considerações acerca da separação de poderes”) traz uma análise incisiva sobre a complexa interseção entre legislação e jurisdição no contexto da estrutura constitucional brasileira, a partir do exame detalhado do julgamento do Tema 506 da Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal (STF). Como explica, ao julgar a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), que criminaliza o porte

de drogas para consumo pessoal, a Corte declarou a inconstitucionalidade do referido artigo no que tange à *Cannabis sativa*, afastando a incidência de efeitos penais da conduta, em decisão que gera intenso debate sobre a legitimidade do Judiciário para decidir sobre políticas públicas, tradicionalmente atribuídas ao Legislativo.

O capítulo escrito por Cláudio de Azevedo Barbosa (“Cabe recurso especial por violação a resolução legislativa autônoma do Senado Federal e da Câmara dos Deputados?”) trata da hierarquia das resoluções legislativas autônomas, explicando que são atos normativos primários, com fundamento de validade na Constituição Federal, e ocupam o mesmo nível hierárquico das leis ordinárias e complementares. O autor diferencia as resoluções autônomas (com poder de inovar o ordenamento) das resoluções regulamentares (que apenas regulamentam normas superiores) e das resoluções de efeitos concretos (sem caráter normativo). A partir dessa premissa, o autor critica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), cuja posição mais recente vem negando o cabimento de recurso especial por violação a resoluções legislativas autônomas, por não analisar de forma adequada a questão.

O capítulo escrito por Fabio Fernando Moraes Fernandez (“A aplicação do direito ao silêncio em comissões parlamentares de inquérito: uma análise jurídica da jurisprudência do STF a partir do direito comparado”) aborda como CPIS desempenham um papel crucial para a democracia brasileira, promovendo a transparência, o debate público e a *accountability*. O autor argumenta que aplicar o regime jurídico das investigações criminais às CPIS de forma automática é um equívoco, pois, apesar de ambas buscarem a verdade, possuem naturezas e finalidades distintas. O autor reconhece o direito ao silêncio como garantia fundamental, presente na Constituição Federal e no Pacto de San José da Costa Rica, mas defende um equilíbrio entre essa garantia individual e a necessidade de garantir a efetividade das investigações parlamentares, elucidando os fatos de interesse público que ensejaram a criação da CPI.

O capítulo escrito por Ely Maranhão Filho (“Confidencialidade e transparência nas comissões parlamentares de inquérito: equilíbrio entre interesse público e privacidade”) analisa a relação complexa entre a necessidade de sigilo em investigações conduzidas por CPIS e o direito do público à informação, especialmente em casos de corrupção e má gestão pública. O texto destaca a dupla natureza das CPIS: 1) instrumento de investigação; e 2) instrumento político,

com a finalidade de propor medidas legislativas para solucionar os problemas identificados no curso das investigações. Após fazer incursões na literatura de referência, na jurisprudência do STF e no direito comparado, o autor conclui que o sigilo é fundamental para garantir a eficácia das investigações e a proteção dos investigados. No entanto, a transparência deve prevalecer quando o interesse público estiver em jogo, considerando a natureza do objeto da investigação e o impacto social dos fatos.

O capítulo escrito por Felipe de Paula Lyra (“Advocacia parlamentar: instrumento fundamental para a defesa das prerrogativas do Legislativo”) argumenta que, em um contexto de crescente judicialização da política e ativismo judicial, a estruturação de órgãos de assessoramento jurídico e representação judicial próprios das Casas Legislativas é medida necessária para garantir a autonomia e a independência do Poder Legislativo. Com essa premissa, o autor avança para a análise da jurisprudência do STF, que já vem reconhecendo a personalidade judiciária das Casas Legislativas (ou seja, a capacidade de atuar em juízo na defesa de seus direitos institucionais), com destaque para a ADI 175, de 1993, e a ADI 2.820, de 2023, concluindo pela consolidação do entendimento de que o Legislativo pode, por meio de seus próprios órgãos de advocacia, atuar em juízo para proteger sua autonomia e independência. O autor defende a importância da advocacia parlamentar sobretudo quando a representação do Legislativo por órgãos subordinados ao Executivo, como a AGU, pode gerar conflitos de interesse, notadamente em casos que envolvam disputas entre os poderes.

O capítulo escrito por Gabrielle Tatith Pereira (“Imunidade material parlamentar: análise das dimensões do instituto à luz da teoria e da jurisprudência”) trata da inviolabilidade parlamentar no Brasil e do papel fundamental que o instituto desempenha na preservação do regime democrático e da separação de poderes. Examina o conceito de imunidade material parlamentar, a natureza jurídica, as dimensões e a abrangência, com foco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A autora argumenta que a imunidade é crucial para a democracia e a separação de poderes, e identifica e descreve seis dimensões do instituto: abrangência, natureza jurídica, funcionalidade, espacialidade, modalidade e moderação, trazendo um subconceito para cada uma delas, de modo a orientar a aplicação constitucionalmente adequada do instituto, com o objetivo de afastar o controle do discurso parlamentar pelo Poder Judiciário. O texto discute as diferentes interpretações sobre o alcance da imunidade, particular-

mente em relação a manifestações em redes sociais, e defende que o controle sobre o discurso parlamentar deve ser feito pelo próprio Poder Legislativo.

O capítulo escrito por Edvaldo Fernandes da Silva (“Imunidade parlamentar e imunidade tributária: a Advocacia do Senado Federal em juízo contra violações de prerrogativas do Legislativo pelo Fisco”) defende que imunidade parlamentar, além das suas dimensões civil e penal, abrange também a imunidade tributária, razão pela qual tributação de verbas destinadas ao custeio da atividade parlamentar, como a ajuda de custo, que tem natureza indenizatória, representa uma violação à independência do Poder Legislativo e ao princípio da separação dos poderes. O autor destaca a atuação da ADVOSF na representação da Mesa do Senado Federal e de senadores individualmente em situações concretas perante o Poder Judiciário, tendo obtido decisões favoráveis, o que demonstra a pertinência dos argumentos e a importância da atuação da ADVOSF.

O capítulo escrito por Marcelo Cheli de Lima (“Equilíbrio orçamentário, orçamento impositivo e emendas parlamentares”) analisa a natureza jurídica do orçamento público brasileiro, a relação entre orçamento impositivo e o princípio do equilíbrio orçamentário, e o papel das emendas parlamentares nesse contexto. O autor desenvolve como a Constituição brasileira, a partir das modificações de 2015, aponta para um orçamento quase impositivo, com a obrigatoriedade de execução das programações orçamentárias pelo Poder Executivo, de forma geral, embora haja algumas exceções. A tendência de impositividade do orçamento, de acordo com o autor, gera questionamentos sobre sua compatibilidade com o princípio do equilíbrio orçamentário, uma vez que a arrecadação de receitas públicas está sujeita a incertezas. Entretanto, a EC 102/2019 mitigou os riscos à sustentabilidade fiscal decorrentes do orçamento impositivo, vinculando a execução obrigatória ao cumprimento de metas fiscais e à ausência de impedimentos de ordem técnica, buscando conciliar o orçamento impositivo com o equilíbrio das contas públicas.

O capítulo escrito por Fabio Fernando Moraes Fernandez (“Quem controla o controlador?”) explora as diferentes correntes de pensamento ao longo da história, como o jusnaturalismo, o positivismo e outras construções como separação dos poderes e a soberania popular, que buscam responder à questão fundamental do controle do poder no contexto do Estado Democrático de Direito. O autor analisa como o declínio do protagonismo legislativo e a ascensão do Judiciário se deram em um contexto de crescente judicialização da

política. A busca por um equilíbrio dinâmico entre os poderes, garantindo que nenhum deles se sobreponha aos demais ou se distancie do ideal democrático de um governo responsável perante o povo, a necessidade de limitar a discricionariedade judicial e a eterna vigilância dos cidadãos são algumas das ideias apresentadas pelo autor para evitar abusos e garantir que o poder seja exercido em benefício de todos.

O capítulo escrito por Roberta Simões Nascimento (“Violência política contra a mulher na legislação brasileira: análise da Lei 14.192/2021, sua aplicação em casos concretos e seus desafios”) discute a violência política contra a mulher no Brasil, abordando desde o contexto teórico até a legislação recente e sua aplicação nos primeiros julgamentos do crime de violência política contra a mulher, que tipifica condutas como assediar, constranger, humilhar, perseguir ou ameaçar candidatas ou detentoras de mandato eletivo. Como explica a autora, a literatura apresenta a violência contra a mulher na política como uma forma de impedir a participação feminina na vida pública, por meio da violência física, psicológica, econômica ou simbólica. Essa violência busca intimidar mulheres, desencorajando-as a entrar na política e reforçando a ideia de que esse espaço não lhes pertence. Além de apresentar os aspectos do novo crime e das críticas que o dispositivo vem recebendo, a autora analisa quatro casos concretos de condenação com base no art. 326-B do Código Eleitoral, incluído pela Lei 14.192/2021, apontando suas principais controvérsias.

O capítulo escrito por Mateus Fernandes Vilela Lima, Pedro Formaggini Gualtieri e Vitor Galvão Fraga (“A decisão de admissibilidade de denúncias de impeachment contra ministros do Supremo Tribunal Federal: reflexões sobre competência e (ir)recorribilidade”) discute a decisão de admissibilidade de denúncias de impeachment contra ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), analisando a competência para essa decisão, a possibilidade de recurso e o silêncio normativo sobre o assunto. O texto explora a legislação, a doutrina e a jurisprudência, concluindo que atualmente a decisão de arquivamento liminar é irrecurível devido à taxatividade recursal e à inexistência de lacuna legal. O artigo também comenta o Projeto de Lei 1.388/2023, que propõe mudanças na disciplina do impeachment, incluindo a previsão de recursos contra a decisão de admissibilidade.

O capítulo escrito por Ana Cristina Diógenes Rêgo Cordeiro (“O consensualismo na administração pública brasileira: avanços, desafios e o papel do

controle externo pelo Tribunal de Contas da União”) discute a implementação do consensualismo na administração pública brasileira, analisando seus avanços, desafios e o papel do controle externo, em especial do Tribunal de Contas da União (TCU), nesse processo. A autora argumenta que a transição de um modelo autoritário para uma abordagem mais dialógica busca promover flexibilidade e participação nas decisões públicas. No entanto, essa mudança exige mecanismos robustos de controle para garantir a legalidade, transparência e supremacia do interesse público. O estudo destaca a importância de equilibrar a flexibilidade com mecanismos de controle que protejam o interesse público, especialmente em um cenário de crescente colaboração entre o Estado e os cidadãos.

O capítulo escrito por Rodrigo Pena Costa e Costa (“Demarcação de terras indígenas e a controvérsia do marco temporal: a necessária superação desse debate em prol da segurança jurídica”) analisa a controvérsia em torno do marco temporal para a demarcação de terras indígenas no Brasil, defendendo sua manutenção como fundamental para a segurança jurídica. O autor traça um histórico do debate, desde a decisão do STF em 2009 que estabeleceu o marco temporal, passando pela aprovação da Lei 14.701/2023, que o ratificou, até a mudança abrupta de entendimento do STF em 2023, que afastou o marco temporal. O artigo argumenta que essa mudança desestabiliza a segurança jurídica e a confiança nas decisões do STF, defendendo a necessidade de o Tribunal manter sua jurisprudência estável e coerente.

Como se vê, o livro *Pilares do Poder Legislativo* é mais do que uma leitura: é uma ferramenta indispensável para todos que buscam entender o papel fundamental não só do Senado Federal, mas de todas as Casas do Poder Legislativo. Ao longo das páginas a seguir, os leitores encontrarão uma jornada esclarecedora sobre os alicerces que sustentam a instituição cujo funcionamento é vital para a democracia. A obra é uma iniciativa importante para a Advocacia do Senado Federal, por ocasião dos seus 30 anos de serviços prestados. Que os próximos anos sejam igualmente marcados por conquistas e avanços, sempre em prol da defesa e da independência do Senado Federal. Desejamos muito boa leitura!

Brasília, 20 setembro de 2024.

Gabrielle Tatith Pereira

Roberta Simões Nascimento

O PAPEL DO SENADO FEDERAL BRASILEIRO COMO CASA DA FEDERAÇÃO

Felipe do Amaral Monteiro Martins¹

1. Introdução

O presente artigo objetiva compreender o papel do Senado Federal como Casa da Federação, notadamente na realidade brasileira.

Para tanto, cabe examinar as características do federalismo e as razões que levam um país a adotar o bicameralismo no Poder Legislativo, tendo por base estudos comparativos de Estados estrangeiros. Neste estudo, cumpre investigar também o panorama histórico do ambiente senatorial no mundo e no Brasil, bem

1 Advogado do Senado Federal. Mestrando em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense. Pós-graduado em Didática do Ensino Superior pela Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro. Professor convidado no Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Foi professor no curso Ênfase Instituto Jurídico Ltda., no Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade La Salle, Niterói, Rio de Janeiro. Foi técnico judiciário e supervisor na Presidência das Turmas Recursais da Justiça Federal do Rio de Janeiro. E-mail: felipe.monteiro@senado.leg.br.

como pesquisar as funções entendidas como típicas e atípicas do Senado entre as atividades desempenhadas pelo Parlamento no regime democrático brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 expressa em diversas passagens funções atribuídas à Casa Senatorial. Este artigo busca tecer uma análise eminentemente jurídico-política das funções do Poder Legislativo, notadamente do Senado Federal, no país.

A metodologia adotada será a bibliográfica. Trata-se de pesquisa teórica, que buscará informações na literatura jurídica e em documentos e sítios eletrônicos oficiais sobre o a questão colocada. A pesquisa bibliográfica a ser desenvolvida primará pelo exame da doutrina estrangeira e brasileira acerca da história e dos fundamentos do Poder Legislativo bicameral. Para tanto, serão utilizados artigos científicos publicados em revistas eletrônicas, livros, legislação brasileira e páginas da internet.

O estudo empreendido buscou enumerar as competências constitucionais do Senado Federal na Constituição de 1988, com foco nas funções da Câmara Alta no Legislativo bicameral pátrio. Primeiramente, coube uma análise panorâmica acerca do Estado Federativo brasileiro, a partir do art. 1º do texto constitucional. Em seguida, estudou-se o bicameralismo no mundo e no Brasil, com ênfase nas razões históricas para adoção do sistema legislativo dual no país. Por fim, após breve exame acerca das competências outorgadas à Casa Senatorial pela Constituição Federal de 1988, cumpriu citar algumas críticas e vantagens do sistema legislativo brasileiro tal como ele é atualmente.

2. Um breve panorama sobre o Estado Federativo brasileiro

Em seu primeiro artigo, a Constituição Federal de 1988 estabelece: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos” (Brasil 1988). Já em seu dispositivo de abertura, o texto constitucional contém duas expressões a serem observadas: “República Federativa do Brasil” e “Estado Democrático de Direito”. Conforme lecionado por Dalmo Dallari (2015) e Paulo Bonavides sobre teoria geral do estado (2018), *República* significa a forma de governo adotada, ao passo que *Federativa* consiste na forma de Estado. Por sua vez, *Democracia* constitui regime

de governo, também denominado como regime político. Por fim, “de Direito” também está ligado à ideia de democracia.

À forma federativa de estado opõe-se o Estado unitário, enquanto à forma republicana de governo contrapõe-se a monarquia. De seu turno, ao regime político ou regime de governo de democracia contradita-se a oligarquia.

Desde o surgimento do federalismo, de acordo com a descrição clássica do sistema federal norte-americano contida nos escritos *The federalist papers*, de Hamilton, Madison e Jay, 1787-1788, uma das funções pensadas para a segunda câmara era a de preservar a união entre os entes federados. Nesse sentido, os federalistas propugnavam a necessidade de manter uma dialética entre as forças centrífugas e centrípetas existentes, a fim de se evitar uma tirania entre os estados-membros.

Também entre as razões que justificam um Estado federado, na visão de Hamilton, conforme se pode interpretar do penúltimo artigo federalista (Federalista nº 84), a forma federativa de Estado seria a mais importante ferramenta de proteção dos direitos, já que todos os entes federados devem respeito, acima de tudo, a uma única Constituição Federal.

Em um país com dimensões continentais e de reconhecida heterogeneidade como o Brasil, a Constituição Federal de 1988 vem com um extenso rol de direitos fundamentais no seu art. 5º, no seu viés de redemocratização da sociedade brasileira.

Portanto, o Estado brasileiro é uma federação, ou seja, é subdividido em entes autônomos, diferentemente de um Estado unitário, no qual a concentração de poderes se encontra nas mãos de um órgão central.

Os entes autônomos da República que compõem a Federação brasileira são a União, os estados-membros, o Distrito Federal e os municípios. A autonomia pode ser exemplificada, entre outros atributos, pelo fato de que os estados-membros possuirão suas próprias Constituições, seus governadores, suas próprias leis e prestarão seus próprios serviços.

Quanto à forma de governo, o Brasil é uma república, que se diferencia do governo monárquico. A palavra república se origina do latim *res publicis*. *Res* significa “coisa”, e *publicis* significa “do povo”. Ou seja, república é coisa do povo, o poder do povo.

Uma república caracteriza-se pelo poder do povo de escolher representantes para o exercício do governo. Esses representantes são eleitos pelo povo para

exercerem o poder por meio de mandatos eletivos. Tais mandatos se dão por prazo determinado e se sucedem conforme a vontade do povo.

Diversamente, em uma monarquia a coisa não pertence ao povo, mas ao monarca (o rei ou o imperador). O ocupante do poder o detém por ato de força e ancestralidade, não exerce o poder por vontade do povo, mas por hereditariedade. O mandato do monarca é vitalício e a sucessão no poder ocorre em razão da hereditariedade.

No que tange ao regime de governo ou regime político, no Brasil tem-se um regime democrático. *Demo* deriva do latim e significa “povo”, *cracia* consiste em “governo”, portanto, governo do povo. Daí decorre a celebrada frase proferida pelo então presidente dos Estados Unidos Abraham Lincoln no Discurso de Gettysburg: “Governo do Povo, pelo Povo, para o Povo”.

Em oposição, *oliga* significa “poucos”. Por isso, oligarquia consiste em governo de poucos.

Na democracia, o povo é quem detém o poder, exercendo seu direito de sufrágio ao escolher seus representantes. Mais especificamente, o modelo de democracia exercido no Brasil é denominado indireto, a democracia representativa. O povo escolhe seus representantes, para que estes tomem as decisões políticas.

Isso porque o tamanho das sociedades políticas atuais inviabiliza uma democracia puramente direta. A representação política torna-se indispensável na medida em que o cidadão se ocupa principalmente do próprio bem-estar e não há tempo para que todos participemos da vida política.

Por fim, o Brasil é um Estado Democrático de Direito, ou seja, um Estado com sistema político democrático, lastreado no império das normas jurídicas.

Contudo, mesmo na democracia representativa, para se evitar a concentração do exercício do poder em um único governante, o que poderia ensejar facilmente o abuso do poder, chegou-se à conhecida teoria da tripartição de poderes, idealizada por Aristóteles em *A política* e abordada posteriormente por Montesquieu. Segundo o barão francês, o poder estatal deveria ser dividido em três esferas: uma responsável pela administração do território (Poder Executivo), outra incumbida da elaboração das leis (Poder Legislativo) e uma terceira instância encarregada da fiscalização do cumprimento das leis (Poder Judiciário). A defesa da separação de poderes centrava-se na necessidade de um poder constantemente fiscalizar o outro e garantir que não houvesse abusos de poder. Esse modelo é adotado pela maioria dos países na atualidade.

3. O bicameralismo

O Senado Federal, enquanto componente do Poder Legislativo, constitui, juntamente com a Câmara dos Deputados, Casa representativa de um dos poderes da República.

Atualmente, no mundo, existem aproximadamente 170 legislativos nacionais. Cerca de um terço deles adota o formato bicameral e os dois terços restantes são unicamerais.

O sistema de duas câmaras segue determinadas características, que podem ser territoriais, demográficas ou políticas. De modo geral, o unicameralismo é mais comum em países de território menor, menos populosos, de população mais homogênea, organizados de maneira unitária, nos quais a democracia encontra-se menos consolidada. Já a adoção de duas câmaras costuma estar associada a países com territórios mais extensos, mais populosos, de população mais heterogênea, organizados de forma federativa, com tradições democráticas mais sólidas e estabelecidas.

Como características de constituição de uma federação pode-se apontar a autonomia dos entes federados, a repartição de competências entre esses entes e o próprio bicameralismo.

Exemplificativamente, duas das maiores democracias unicameralistas são Portugal e Grécia, ambos com aproximadamente 10 milhões de habitantes (HPB Labs, 2024). Por outro lado, sobre a influência da heterogeneidade da população, tem-se o caso da Bélgica: sua população possui profunda divisão em duas comunidades linguísticas e culturais e uma segunda câmara legislativa desempenha o papel de garantir uma representação adequada dessa diferença.

Conforme os ensinamentos de Lijphart (2003):

a relação entre bicameralismo e democracia sólida transparece ao se constatar que, entre as 36 (trinta e seis) democracias de longa duração estudadas pelo cientista político, apenas um terço trabalha com uma única Câmara, enquanto que dois terços são bicamerais.

Para ilustrar o peso da variável democrática, pode-se citar os exemplos da China e da Índia. Ambos os países são populosos, com divisões fortes étnico-linguísticas. Na China vigora um sistema político fundamentado em um único

partido, que evita eleições competitivas. Na Índia, o sistema é pluripartidário, eleições competitivas são realizadas periodicamente e há alternância dos partidos no poder. No que diz respeito aos legislativos, a China é o maior país unicameral do mundo, enquanto a Índia opera com um sistema de duas câmaras.

Constata-se, dessa forma, que a área territorial e o tamanho da população estão associados à heterogeneidade, uma vez que populações diferenciadas necessitam de um sistema de representação complexa, pois as necessidades e interesses das minorias não seriam atendidos pela vontade da simples maioria. Nessa perspectiva, o bicameralismo se apresenta como alternativa institucional para evitar o caso extremo de uma secessão e guerra civil.

Não se descarta que historicamente algumas segundas câmaras surgiram como espaço de representação próprio de estamentos privilegiados da população, consideradas de especial relevância para o país, como a nobreza e o clero. Hodiernamente, o único caso que remanesce é o da Câmara dos Lordes, no Reino Unido. Ao longo do século xx, diversas segundas câmaras com essas características foram extintas, como ocorreu, por exemplo, em Portugal, Suécia, Hungria e Japão (Lijphart, 2003).

Porém, na modernidade democrática, existem outras razões que levam os países a optarem por um modelo com duas câmaras, e não com uma única câmara. Conforme salienta Caetano Ernesto Pereira de Araújo (2008), são diversas as razões que justificam o bicameralismo, podendo-se citar, entre elas:

a) Uma segunda câmara possui relevância especial para todos os arranjos institucionais que contemplam o princípio da divisão de poderes. Na concepção da democracia como sistema de divisão e controle recíproco de poderes, a segunda câmara é instrumento normalmente utilizado nos arranjos institucionais para os quais é importante que o poder seja dividido em várias partes e que exista um controle recíproco por parte de todas elas.

b) Pesa também a questão da representação eficiente dos grupos minoritários no interior de cada sociedade, o que implica considerar a vigência de mecanismos de proteção e salvaguarda desses grupos diante das decisões majoritárias. Dessa forma, para cumprir essa função a contento, uma segunda câmara deve ter uma composição diferente daquela construída na primeira câmara. Em todo o mundo, a primeira câmara costuma ser vinculada de maneira mais estreita à vontade popular. Por sua vez, a segunda câmara é normalmente mais isolada dessa vontade, através de mecanismos de isolamento que permitem à segunda

câmara ser um espaço para a proteção e a representação de grupos minoritários.

c) Quanto ao seu papel no desenho de uma federação, uma segunda câmara tem sido utilizada desde a experiência norte-americana para construir um Estado federado, ou seja, instrumento para dar aos estados integrantes da federação, principalmente aos estados menos populosos, a garantia de que seus interesses não serão violentados pela vontade da maioria. Na experiência norte-americana, que inaugura esse modelo, cada estado, não importa seu tamanho, tem direito ao mesmo número de cadeiras no Senado. Essa regra de representação igual teve ampla aceitação na América Latina e em outras partes do mundo, inclusive no Brasil, onde cada estado e o Distrito Federal elegem três senadores. Cita-se também os exemplos da Argentina, da Austrália, da África do Sul, do México e da Suíça.

d) Por fim, importa mencionar a função revisora da produção legislativa atribuída às segundas câmaras. A legislação tende a tornar-se, com o tempo, cada vez mais técnica e complexa. Portanto, faz-se necessário que o processo legislativo abra espaço para um segundo olhar sobre a produção de leis. Nessa perspectiva, a Câmara dos Deputados seria o espaço da primeira abordagem do legislador no processo de produção de leis, ao passo que uma segunda câmara constituiria o espaço de um olhar revisor, que a complexidade crescente das sociedades modernas torna cada vez mais necessário.

No que concerne às características frequentes que diferenciam a segunda da primeira câmara no mundo, normalmente as segundas câmaras são menores em tamanho do que as primeiras. A única exceção a essa característica é a Câmara dos Lordes, no Reino Unido, que possui assento aproximado de 592 membros (*Folha de S.Paulo*, 2024), enquanto a Câmara dos Comuns possui 672 membros. Mesmo assim, nesse caso excepcional, boa parte dos lordes que têm assento não comparece e não participa dos trabalhos da Casa. Nos demais casos, varia bastante a diferença do número de integrantes de cada uma das câmaras. A diferença pode ser pequena, como na Espanha, com 257 e 365 representantes em cada uma, ou significativa, como na Alemanha, que elegeu, em 1994, 672 deputados e apenas 69 senadores.²

2 Disponível em: <https://results.elections.europa.eu/pt/resultados-nacionais/alemanha/1994-1999/sessao-constitutiva/>. Acesso em 13 jul. 2024.

Relevante ressaltar que as duas câmaras variam muito em relação aos seus poderes constitucionais. Normalmente, a segunda câmara tem influência maior em matéria constitucional, especialmente nos estados federados nos quais a segunda câmara é uma representação desses estados.

No Brasil, pode-se afirmar, conforme assinala Nascimento (2020), que o bicameralismo brasileiro adotou, ao mesmo tempo, três formatos. Em primeiro lugar, para a aprovação de emendas à Constituição, tem-se um bicameralismo “puro” ou simétrico, com perfeito equilíbrio entre as duas Casas Legislativas, como instituído no art. 60, § 2º, da CF (para ser aprovada, a PEC precisa ser discutida e votada em cada Casa, em dois turnos, devendo obter três quintos dos votos dos respectivos membros).

Em segundo lugar, para a aprovação das demais espécies legislativas do art. 59 da CF (com exceção das emendas à Constituição, já referidas acima), o bicameralismo é “mitigado” ou assimétrico, porquanto o constituinte previu as figuras da Casa iniciadora e da Casa revisora (art. 65 da CF), com a preponderância da primeira sobre a segunda. Além disso, especificamente em se tratando de resoluções, cada Casa atua de forma isolada, autônoma ou unicameral.

Em terceiro lugar, para completar o modelo brasileiro de bicameralismo, a CF ainda estabeleceu o que se pode chamar de “híbrido”: situações em que as duas Casas devem se reunir em sessões conjuntas (que não devem ser confundidas com as reuniões unicamerais citadas acima), e, em caso de deliberação, os votos são contados separadamente. Em regra, primeiro votam os deputados, depois os senadores, exceto nas situações de apreciação de veto presidencial a projeto de iniciativa de senador, conforme o art. 43, § 2º, do Regimento Comum do Congresso Nacional (RCCN).

As sessões conjuntas ocorrem para: promulgar emendas à Constituição (art. 60, § 3º), discutir e votar o orçamento (art. 48, inciso II, c/c art. 166, *caput*), delegar ao presidente da República poderes para elaborar leis delegadas (art. 68), e, ainda, conforme o art. 57, § 3º, da CF, sem prejuízo de outras situações previstas na CF, para: I – inaugurar a sessão legislativa; II – elaborar o regimento comum e regular a criação de serviços comuns às duas Casas; III – receber o compromisso do presidente e do vice-presidente da República; IV – conhecer do veto e sobre ele deliberar.

Porém, há ainda algumas outras diferenças entre as duas Casas, sendo uma delas a forma de eleição. Normalmente, há uma série de mecanismos para

diferenciar a eleição dos deputados e dos senadores, com vistas a afastar, na medida do possível, o senador da vontade popular imediata.

Um dos primeiros mecanismos é o etário. É muito comum que haja uma exigência etária superior àquela que é imposta aos candidatos da primeira câmara, ou seja, podem ser candidatos ao Senado ou à segunda câmara quaisquer cidadãos com idade superior à exigida dos candidatos à primeira câmara.

Candidatos às câmaras altas em geral precisam ser mais velhos: com base em dados de 49 países, Neiva (2006, p. 77) mostra que a idade média exigida para o acesso ao Senado (33 anos) é próxima da exigida para candidatos a presidente (35) e ministros da Suprema Corte (36) e distante da necessária para candidatura à cadeira de deputado (25).

No Brasil vigora esse critério; candidatos ao Senado Federal devem ser maiores de 35 anos, e candidatos à Câmara dos Deputados, maiores de 21 anos, conforme o art. 14, § 3º, inciso VI, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal de 1988.

Assinala Araújo (2012, p. 12) que essas exigências refletem a antiga imagem do Senado como uma assembleia de cidadãos experientes, moderados e patrióticos – qualidades que, teoricamente, os tornam mais afeitos à estabilidade e menos propensos a ações impetuosas do que os membros da câmara baixa.

A idade mínima exigida para o cargo promove a eleição de representantes e legislaturas com diferentes “temperamentos” – é esse o objetivo. Além de uma maior experiência política que pode ser acumulada ao longo da trajetória política e, assim, balizar a atuação do senador, desde há muito se pensa que a maturidade, que costuma vir com o tempo, se associa à sensatez e à temperança necessárias à câmara revisora, que tem, entre outras, a função de se contrapor aos eventuais arroubos da primeira câmara, normalmente mais passional e propícia a escolhas intempestivas. No Brasil, por norma constitucional, a idade mínima necessária para se candidatar a senador é 14 anos superior à exigida para deputado federal, estadual e distrital e 17 anos superior à exigida para vereador. Isso dá ao pleiteante à cadeira senatorial oportunidades para um maior acúmulo de experiências na vida em geral e na vida política em particular – senadores tendem a ser politicamente mais experientes e mais qualificados para o ofício da representação política do que os demais parlamentares (Araújo, 2012, p. 18-19).

É utilizado, ainda, o expediente de conceder mandatos mais longos aos integrantes da segunda câmara. O tempo de mandato dos integrantes da segunda câmara no mundo varia de quatro a nove anos. Já o tempo de mandato dos inte-

grantes da primeira câmara varia normalmente entre dois e cinco anos. O fato de os membros da segunda câmara disporem de um mandato mais longo torna-os menos sensíveis à vontade das maiorias ocasionais, ou seja, a possibilidade de decisões que contrariem a opinião pública majoritária do momento é maior do que na primeira câmara. No Brasil, deputados são eleitos para mandatos de quatro anos, e os senadores exercem seu mandato por um período de oito anos, de acordo com o art. 46, § 1º, da Lei Fundamental de 1988.

Finalmente, há o mecanismo de diferenciação entre as Casas que é a eleição parcelada, também usado no Brasil. Significa dizer que a segunda câmara não é renovada em sua integralidade ao final do mandato, como acontece normalmente com a primeira câmara. A sua renovação se dá por partes. No Brasil, dois terços são renovados numa eleição e um terço é renovado na outra eleição, alternadamente. A renovação escalonada também possui efeito de separar a segunda câmara da vontade popular imediata, porque na segunda Casa estão convivendo sempre os representantes da vontade da maioria da eleição com os representantes da vontade da maioria da eleição passada.

Conforme expõe Araújo (2012, p. 13), se as eleições são simultâneas para ambas as câmaras, com todas as vagas sujeitas à renovação, formam-se assembleias expressivas de uma mesma “onda” de preferências.

A esse respeito, a possibilidade de renovação apenas parcial para o Senado é um fator que assegura certa continuidade política e partidária, enquanto a oportunidade de renovação total da Câmara torna a representação na Casa mais vulnerável à instabilidade das preferências eleitorais e mais sujeita às “ondas” políticas que possam afetar os partidos ou o sistema político em geral (Araújo, 2012, p. 18).

A menor exposição popular da segunda câmara permite, em alguns países, o início de discussões sobre questões consideradas delicadas, debates para os quais os representantes das primeiras câmaras sentem-se, em geral, mais constrangidos.

Entretanto, apesar de as regras das eleições para os representantes das câmaras altas tradicionalmente terem características que visem afastar os senadores da vontade popular imediata, cabe destacar que no Brasil a eleição para senadores se dá pelo critério majoritário, e a eleição para a Câmara dos Deputados segue o sistema proporcional, conforme arts. 45 e 46 da Constituição Federal.

Sem prejuízo, o voto majoritário é aquele que mais aproxima o eleitor do

candidato, em prestígio à eleição direta pelo povo. Em regimes democráticos, os governantes eleitos diretamente pelo povo têm mais autoridade ante os cidadãos que os governantes escolhidos por outros meios. Na medida em que o Senado é ocupado por parlamentares nobres ou indicados, com mandatos vitalícios ou temporários, sua legitimidade decai e seu poder é comprometido (Araújo, 2012, p. 11).

Como lembra Stuart Mill (1981, p. 131), se o sistema é verdadeiramente democrático e tem duas câmaras – uma que representa o povo, outra que representa apenas um segmento social ou é absolutamente não representativa –, a segunda câmara não terá poder efetivo para resistir nem mesmo às aberrações cometidas pela primeira.

Vistos os mecanismos de diferenciação das duas câmaras legislativas, cumpre examinar mais detidamente a fisionomia do bicameralismo no Brasil.

4. O bicameralismo no Brasil

A Constituição de 1934 foi a primeira a elencar atribuições específicas e detalhadas do Senado Federal, algumas delas mantidas ao longo das demais Constituições brasileiras, entre as quais a prerrogativa de eleger sua mesa, organizar o próprio regimento interno e, especialmente, suspender a execução, no todo ou em parte, de “qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”, como dispôs o art. 91, inciso IV. Essas atribuições, todavia, foram, em grande parte, suprimidas na Constituição de 1937, que substituiu o Senado pelo Conselho Federal.

Reaparecem, no entanto, de modo menos minucioso, na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional 1 de 1969, respectivamente nos arts. 44 e 42.

De acordo com o art. 44 da Constituição Federal de 1988, “Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”.

Os representantes dos estados estão no Senado Federal e os representantes do povo estão na Câmara dos Deputados. O Senado Federal significa a possibilidade que os estados-membros têm de participarem na formação da vontade nacional. Essa vontade nacional é manifestada pelo Congresso Nacional. Como o Congresso Nacional é composto do Senado e da Câmara e o Senado

é composto por representantes dos estados, logo estão ali representantes para defender interesses dos estados, não necessariamente do povo *lato sensu*.

Desse modo, o Senado Federal é forma de participação dos estados na vontade nacional. Essa participação foi dada aos estados e ao DF, mas não foi dada aos municípios, ou seja, os municípios não elegem representantes para participar do Congresso. Logo, pressupõe-se que os representantes dos estados estão ali representando também os interesses dos municípios dos respectivos estados.

O modelo de bicameralismo brasileiro é chamado de bicameralismo federativo, no qual uma Casa representa os estados e outra Casa representa o povo. Anota Michel Temer (2000, p. 125) que esse modelo de bicameralismo atende à forma de Estado federal positivada pelo constituinte.

O bicameralismo inglês é diferente (bicameralismo aristocrático), pois tem-se a Casa ou Câmara Baixa representando o povo (equivaleria à Câmara dos Deputados), mas existe a Câmara dos Lordes, que é representante da nobreza. Ao longo da história, o peso da importância foi sendo transferido da Câmara dos Lordes para a Câmara Baixa ou *The House of Representatives* (representantes do povo) (Lijphart, 2003).

Portanto, o Legislativo brasileiro é formado pela câmara baixa (a Câmara dos Deputados), que representa o povo, e a câmara alta (o Senado Federal), representante dos entes da Federação (estados e o Distrito Federal).

Para ilustrar concretamente o organograma, projetado pelo arquiteto Oscar Niemeyer, o Palácio consiste em um edifício principal, na horizontal, que serve de plataforma para as cúpulas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados.

Conforme é possível encontrar no sítio eletrônico do Senado Federal, a cúpula menor, voltada para baixo, abriga o Plenário do Senado Federal. A cúpula maior, voltada para cima, abriga o Plenário da Câmara dos Deputados. Atrás do edifício principal e entre as duas cúpulas se encontram duas torres de 28 andares: uma delas pertence à Câmara e a outra ao Senado.³

O Senado Federal é composto de 81 senadores, ao passo que a Câmara dos Deputados possui 513 deputados federais, de acordo com os arts. 45, § 1º, e 46,

3 Disponível em: <https://www2.congressonacional.leg.br/visite/arquitetura>. Acesso em 13 jul. 2024.

§ 1º, da Constituição Federal, bem como segundo o disposto no art. 1º da Lei Complementar 78, de 1993.

Aponta Araújo (2012, p. 19-20) que a duração do mandato e o número de integrantes de cada Casa se destacam como dois fatores importantes de diferenciação das duas câmaras no Brasil que têm presumidamente grande influência sobre o comportamento coletivo dos parlamentares. O fato de que o Senado é uma assembleia relativamente pequena, onde os mandatos são duas vezes mais longos que na Câmara, permite aos senadores melhores condições para desenvolverem o conhecimento recíproco e o espírito de corpo que favorecem a estabilidade das interações entre os pares.

Quanto à atuação do Poder Legislativo, ela se dá por meio do exercício das suas funções constitucionalmente estabelecidas. Conforme leciona Tavares (2012, p. 1240), tradicionalmente, como se sabe, a incumbência de redigir e editar as leis gerais, que devem reger a sociedade, encontra-se atribuída ao Poder Legislativo. Nessa linha, a Constituição Federal de 1988 estabelece uma série de competências ao longo de seu texto, positivando a forma do exercício do Poder Legislativo. Como o Congresso Nacional biparte-se em Câmara dos Deputados e Senado Federal, a Lei Magna também elenca uma série de competências privativas de cada Casa Legislativa, separadamente. Cabe enumerar as competências outorgadas ao Senado Federal.

5. Competências do Senado Federal

Dentro da tripartição de poderes, existem aquelas funções reconhecidas como típicas, próprias ou primárias, e há também aquelas conhecidas como atípicas. Assinala Rosah Russomano (1956, p. 43) que a função das câmaras, pertinentes ao consentimento dos tributos, antecedeu sua função legislativa. Trata-se da função incumbida às câmaras de controlar a atividade tributária do Executivo, protegendo a nação. Origina-se da ideia de que não pode haver tributação sem o consentimento popular, sem a representação na decisão de impor as exações.

As funções típicas, próprias do Poder Legislativo são a criação de normas, a autorização de despesas, que se dá por meio da elaboração e aprovação do orçamento na forma das leis orçamentárias, a fiscalização dos demais poderes

e a fiscalização dos planos de governo. Veja-se que ao Poder Legislativo são conferidas como funções primárias não apenas a criação de normas abstratas mas também a fiscalização dos demais poderes e dos planos de governo, além da autorização de despesas.

O Poder Legislativo, porém, de modo não típico, também exerce funções de administrar (ao prover cargos da sua estrutura ou atuar o poder de polícia, por exemplo) e de julgar (o Senado processa e julga, por crimes de responsabilidade, o presidente da República e o vice-presidente da República, bem como os ministros de Estado e comandantes das três Forças Armadas, nos crimes da mesma natureza conexos com os praticados pelo chefe do Executivo; também processa e julga, por crimes de responsabilidade, os ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério Público, o procurador-geral da República e o advogado-geral da União (Branco, 2018, p. 1511).

Voltando-se ao passado, na Revolução Francesa, por exemplo, para chegarmos à formulação da tripartição dos poderes, tem-se que a ideia original era que aqueles que foram eleitos pelo povo para elaborar as normas podem e devem fiscalizar o cumprimento dessas normas. Logo, a ideia de fiscalização que os representantes do povo fazem em relação aos demais poderes, para verificar se estes estão agindo de acordo com as leis, que foram elaboradas pela vontade majoritária do povo, sempre foi considerada inerente à função do Poder Legislativo.

Sobre a função fiscalizatória do Poder Legislativo, leciona Paulo Gustavo Gonet Branco (2018, p. 1518-1516) que:

É típico do regime republicano que o povo, titular da soberania, busque saber como os seus mandatários gerem a riqueza do País. Essa fiscalização se faz também pelos seus representantes eleitos, integrantes do parlamento. Cabe ao Congresso Nacional, à guisa de controle externo, “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas” (art. 70 da CF). Para essa finalidade, o Congresso conta com o auxílio do Tribunal de Contas da União [...].

[...] O TCU pode sustar atos ilegais, embora caiba ao Congresso Nacional, diretamente, a sustação de contratos.

Quanto às contas do Presidente da República, o Tribunal de Contas da União emite parecer, cabendo o julgamento ao Congresso Nacional (CF, arts. 49, IX, e 71, I).

Sem prejuízo, conceitualmente, competência é limite ou medida do poder político. Segundo Peña de Moraes (2019, p. 1181), o art. 52 prevê atribuições privativas do Senado Federal, algumas delas de caráter normativo, isto é, que carecem de regulamentação pela Casa Legislativa, pela forma jurídica do Regulamento. Outras incumbências ali elencadas são de natureza político-administrativa, tais como participação no ato de aprovação de indicados ao cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal.

Por disposição constitucional, compete privativamente ao Senado Federal: processar e julgar o presidente e o vice-presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os ministros de Estado e os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (art. 52, I); processar e julgar os ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o procurador-geral da República e o advogado-geral da União nos crimes de responsabilidade (art. 52, II); aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: a) magistrados, nos casos estabelecidos na Constituição; b) ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo presidente da República; c) governador de território; d) presidente e diretores do Banco Central; e) procurador-geral da República; f) titulares de outros cargos que a lei determinar (art. 52, III); aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 52, IV); autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos estados, do Distrito Federal, dos territórios e dos municípios (art. 52, V); fixar, por proposta do presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios (art. 52, VI); dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo poder público federal (art. 52, VII); dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno (art. 52, VIII); estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos estados, do Distrito Federal e dos municípios (art. 52, IX); suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X); aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de

ofício, do procurador-geral da República antes do término de seu mandato (art. 52, XI); elaborar seu regimento interno (art. 52, XII); dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (art. 52, XIII); eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII, do texto constitucional (art. 52, XIV); avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos estados e do Distrito Federal e dos municípios (art. 52, XV).

Como assinala Azevedo (2013, p. 3060):

O caput do art. 52 enuncia competências próprias e exclusivas do Senado Federal e, tal qual na Câmara dos Deputados (art. 51, caput), o veículo normativo mediante o qual tais competências são viabilizadas é a resolução, como, aliás, enfatiza o inciso III do art. 213 do Regimento Interno do Senado Federal (Resolução n. 93, de 1970, na edição proposta pela Resolução 18, de 1989, com alterações posteriores).

As matérias arroladas no artigo sob comento são, desse modo, instrumentalizadas por Resolução, que tramita exclusivamente pelo Senado Federal com eficácia de lei ordinária, sendo promulgada pelo Presidente da Casa (Regimento Interno, art. 48, XXVIII).

Dentre as atribuições do Senado Federal, destacam-se três constantes ao longo da experiência constitucional brasileira: aprovação, por voto secreto, da indicação de magistrados nos casos previstos na Constituição; processo e julgamento do presidente da República por crime de responsabilidade e suspensão da execução de lei ou ato normativo que, em sede de controle difuso, tenha sido declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário em decisão definitiva (Moraes, 2019, p. 1180-1181).

Além dessas competências, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou quaisquer de suas comissões, poderão convocar ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificativa adequada, conforme o disposto no art. 50 da Constituição Federal. Além disso, o § 2º do

referido dispositivo constitucional assegura a ambas as Casas o poder de encaminhar pedidos escritos de informações a ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no *caput* desse artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não atendimento, no prazo de 30 dias, bem como a prestação de informações falsas

Consoante observa Gonçalves (2014, p. 780-781), a Constituição também garantiu que os ministros de Estado poderão comparecer ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados, ou a quaisquer de suas comissões, por sua iniciativa e mediante entendimentos com a Mesa da respectiva Casa, para expor assunto de relevância de seu Ministério.

Dessa lista de prerrogativas, aponta Araújo (2012, p. 24) que

a convocação de autoridades é, em tese, a que mais afeta a produção legislativa, já que as informações prestadas pelos administradores públicos e/ou especialistas em políticas públicas podem ser decisivas para o destino de uma proposição de lei.

No Brasil, como na maioria dos bicameralismos ao redor do mundo (Neiva, 2006), a Câmara Alta se destaca pela presença nas funções de autorizar nomeações feitas pelo Executivo, investigar e julgar autoridades (vide Llanos; Lemos, 2008) e participar de decisões que envolvem a soberania e os interesses nacionais em questões de política internacional. No tocante a essas questões, a Constituição de 1988 reforçou seu papel – especificamente o do Senado – nas relações do Brasil com outras nações soberanas.

Outra atribuição do Senado Federal diz respeito à suspensão de eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, também denominada “suspensão de execução”, delineada como ato político do Senado Federal, veiculado pela Resolução de que trata o art. 52, inciso x, da Constituição, que confere efeitos *erga omnes* à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal perante a Constituição Federal.

A competência privativa do Senado Federal, acima transcrita, foi introduzida no cenário constitucional brasileiro na Constituinte de 1934, por proposta de Emenda Coletiva, da qual o primeiro signatário foi Prado Kelly (MS 16.512/DF). Em suma, a justificativa para a introdução do dispositivo na Constituição de 1934 foi de inspiração prática, uma vez que a jurisprudência pacífica do Supremo Tri-

bunal Federal negava a extensão dos efeitos de sua decisão a outros interessados. Somente no caso de *habeas corpus* se admitia a extensão do julgado *erga omnes*.

Nesse sentido, denota Azevedo (2013, p. 3094):

Em 1891, introduziu-se, no plano constitucional brasileiro, o controle difuso de constitucionalidade, inspirado no modelo do *judicial review* criado nos Estados Unidos da América. Tratava-se de um controle do ato inconstitucional realizado no caso concreto, por todo e qualquer juiz. A decisão proferida no caso *sub judice* reconhecia a inconstitucionalidade da lei ou do ato questionado pela parte e afastava a sua aplicação *in casu*, com efeitos *ex tunc*. Isto porquanto o ato inconstitucional, na construção da doutrina clássica norte-americana, adotada no Brasil por influência de juristas, dentre os quais Rui Barbosa, é nulo, írrito, e não produz nenhum efeito. A doutrina brasileira, todavia, diferia do modelo americano do controle difuso em pontos importantes, relacionados com a extensão dos efeitos de uma decisão sobre inconstitucionalidade proferida na Suprema Corte Norte-Americana: de um lado, pela adoção do Recurso Extraordinário no Brasil, que permitia conduzir um feito ao Supremo Tribunal Federal, quando, no caso concreto, se instalasse um conflito entre um ato jurídico (particularmente a lei) e a Constituição Federal. A decisão do STF somente incidia sobre as partes, não alcançando terceiros e não tendo, portanto, efeitos contra todos; de outro, porquanto nos EUA, seguindo tradição da *common law*, se adotava a doutrina do *stare decisis* ou do precedente que, na maioria dos *cases* implicava na extensão da decisão da Corte Suprema a terceiros não envolvidos no processo originário da decisão de inconstitucionalidade. O modelo brasileiro de controle difuso apontava, em razão dos limites *inter partes* das decisões, alguns efeitos perversos: a multiplicação de processos fundados no mesmo ato tido por inconstitucional pelo STF, a disparidade de decisões, já que nem todos os casos concretos chegavam ao Supremo, e a morosidade da tramitação do processo até alcançar decisão definitiva de nossa Corte mais elevada, pela via do recurso extraordinário.

Tratando-se de instituto criado no Brasil pela Constituição de 1934 e mantido nas constituições posteriores, diversas decisões do Supremo Tribunal Federal refletem a construção e a evolução da jurisprudência sobre o teor normativo da suspensão, pelo Senado Federal, de atos e leis declarados inconstitucionais pelo Supremo. Desde a sua introdução no cenário constitucional, várias correntes

foram sendo formadas a propósito da natureza e do alcance da função senatorial de suspensão de ato inconstitucional pelo Senado.

Segundo Lúcio Bittencourt (1968, p. 145-146), a função do Senado Federal de suspender a execução da decisão do STF tem por finalidade apenas tornar pública tal decisão, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Para o autor, “suspender a execução de lei inconstitucional” constitui uma “impropriedade técnica”, uma vez que, sendo o ato inconstitucional um ato “nulo”, “inexistente” ou “ineficaz”, não é possível suspender sua execução. Assim, a atribuição constitucional ao Senado Federal não teria outra finalidade que não a de dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal (Bittencourt, 1968, p. 145-146). Essa posição também é defendida por Pedro Chaves (MS 16.512/DF), para quem o Senado é mero executor constitucional de decisão judiciária do Supremo Tribunal Federal. De acordo com essa corrente, não cabe ao Senado Federal adentrar no mérito da decisão judicial, limitando-a ou restringindo-a em seu alcance. De outra sorte, não pode o Senado Federal invalidar resolução que suspendeu ato inconstitucional, cujos efeitos já estão sedimentados no ordenamento brasileiro.

Diversamente, Pontes de Miranda (1987, p. 88-92) entendia que o Senado Federal deve examinar a questão sob o aspecto formal, fazendo um juízo prelibatório, um exame das condições de objetividade da decisão do STF, para ver se existe a decisão e se foi tomada dentro dos termos do processo constitucional pertinente; se foi observado o quórum constitucional; se a composição do Supremo Tribunal ao tomá-la era ou não plena; se a votação apurada estava conforme à Constituição e ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. O Senado Federal não tem, todavia, competência para examinar o mérito da decisão, interpretá-la, ampliá-la ou restringi-la. Nesse caso, a suspensão não “pressupõe qualquer apreciação de mérito por parte do Senado, que não pode recusá-la por entendê-la errônea”.

Uma outra vertente, defendida por Paulo Brossard (1965), postula que o Senado Federal tem ampla discricionariedade para examinar a decisão de inconstitucionalidade que lhe é remetida: pode reexaminá-la não apenas sob os aspectos formais mas também quanto aos substanciais, suspendendo, se assim o entender, apenas parte de uma lei declarada totalmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa mesma linha, defende Michel Temer (2000), com fulcro na teoria dos poderes implícitos, se o Senado pode, inclusive, decidir

não suspender a eficácia da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, então a Casa Alta poderá também decidir suspender apenas parte da norma. Haveria, assim, uma discricionariedade quanto à extensão da resolução suspensiva.

Em várias decisões, o Supremo Tribunal Federal firmou a tese de que a resolução do Senado Federal é ato político, discricionário no que diz respeito à possibilidade de ser ou não expedida a suspensão da lei inconstitucional, e que tem função complementar, ampliativa dos efeitos da decisão judicial (RMS 16.965 e MS 16.519/DF); o Senado Federal pode examinar aspectos formais, mas não tem competência para entrar no mérito da decisão judicial proferida pela Corte Suprema.

Na verdade, desde o momento de sua instituição, a função senatorial de suspender a execução de ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, foi sinalizada como um mecanismo adequado para complementar a decisão judicial proferida nesta modalidade de controle, para o fim de estender os seus efeitos a todos. É função exercida por órgão político com a finalidade de complementar uma decisão judicial no tocante aos seus efeitos; assim, embora participe do “sistema” do controle difuso, o ato de suspensão não traduz exercício de função jurisdicional; tem a natureza de ato político-jurídico ou político-normativo, “quase legislativo”, já que produz efeito jurídico inovador no ordenamento jurídico. Trata-se de função limitada. Não pode o Senado Federal adentrar no mérito da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, substituindo-se ao Guardião da Constituição. Assim, não tem opção de suspender a execução de parte da lei, quando toda ela foi julgada inconstitucional, nem pode suspender toda a lei, quando apenas parte dela foi declarada inconstitucional pelo STF. Não pode ampliar ou restringir o conteúdo da decisão jurisprudencial que lhe é encaminhada para os fins do art. 52, x (Azevedo, 2013, p. 3099-3100).

Mais recentemente, na Reclamação 4.335-5/AC, julgada em 2014, se discutiu o alcance da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre decisão proferida em *habeas corpus* concedido e que tinha por objeto a progressividade do regime penal. Em seu voto, que terminou por ser acordado pela maioria da Corte, o ministro Gilmar Mendes levantou a tese da equiparação da extensão dos efeitos de decisão proferida em controle difuso à do controle concentrado, ambos adotados na Constituição de 1988.

O relator, interpretando a norma perante o sistema constitucional de controle de constitucionalidade vigente, complexo e minucioso, entende que se deve dispensar a participação do Senado Federal no controle difuso, que é expressamente determinada na Lei Maior.

Dessa forma, a função do Senado Federal, prevista no inciso x, em vez de constitutivo-negativa, se resumiria, apenas, a dar publicidade à decisão do STF, que produziria efeitos *erga omnes* desde logo (Streck, 2007).

Independentemente dos argumentos utilizados, o fato é que decisão dessa ordem faria letra morta de disposição constitucional expressa e importaria em mutação constitucional inconstitucional, investindo-se o Supremo Tribunal Federal de Poder Constituinte Originário. Se a disposição normativa contida no inciso x perdeu sua utilidade, tão relevante desde 1934, e, nos dias atuais, assume novo papel relativo à legitimação da jurisdição constitucional – tema ressaltado pela doutrina vigente (Streck, 2007) –, para suprimi-la impõe-se edição de emenda constitucional, obra do constituinte derivado.

Não tem o Poder Judiciário – poder constituído – atribuição de modificar letra expressa da Constituição nem fazer as vezes do Constituinte Originário, sob pena de ultrapassar suas funções constitucionais e produzir, como se acentuou, verdadeira mutação inconstitucional. O fato é que, em razão dessa discussão, não há encaminhamento de decisões do STF ao Senado Federal desde 2006. É certo que, desde que se instituiu no Brasil a súmula vinculante, existe uma situação paradoxal com relação à função senatorial contida no art. 52, inciso x. É que, se o Senado Federal não é “obrigado” a expedir a resolução suspensiva e se, de outro lado, o Supremo Tribunal Federal, após enviar ofício ao Senado, ante o silêncio deste, continua decidindo pela inconstitucionalidade da norma questionada, poderá ocorrer a hipótese de o STF expedir súmula vinculante decidindo, em definitivo, a questão e, por óbvio, fixando os efeitos a serem produzidos pela norma julgada inconstitucional. Parece, portanto, impor-se, com urgência, reforma constitucional que solucione tais questões, de modo a evitar que o Supremo Tribunal Federal se transforme em Poder Constituinte, lance mão de mutação inconstitucional e torne letra morta disposição expressa da Constituição (Azevedo, 2013, p. 3104).

Relevante destacar, ainda, que, diferentemente das constituições anteriores, que indicavam como objeto da suspensão “lei ou decreto” (1946, 1967, 1969), ou “qualquer lei, ato, deliberação ou regulamento” (1934), a Constituição de 1988

determina, de modo expresse, que cabe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Tendo presentes os textos constitucionais anteriores e a nova redação dada ao tema pelo art. 52, x, travou-se polêmica quanto à modalidade de ato que pode ser declarado inconstitucional pelo STF para os fins de ter sua execução suspensa pelo Senado Federal. A doutrina, construída a respeito da interpretação do assunto perante a Constituição de 1988, inclina-se por entender que a palavra lei, inserida no texto constitucional, não alcança apenas o ato típico do Poder Legislativo – a lei formal ou material – mas abrange, também, decretos (Ferreira Filho, 1997, volume 2, p. 40); ou, como entendem outros, alcança a regra ou norma jurídica contida em regulamentos, decretos e atos normativos e administrativos em geral, que contrariem a Lei Suprema (Cretella Junior, 1997, v, p. 2600-2601); ou, ainda, alcança a lei e o ato normativo (Streck, *Jurisdição constitucional*, 2003, p. 376).

Para Azevedo (2013, p. 3101):

Parece que a interpretação mais adequada à disposição normativa em exame, considerada sua finalidade, é a de se entender que todo ato jurídico normativo que possa ser objeto de controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal e, nesta sede, possa ser declarado inconstitucional em decisão definitiva, poderá constituir objeto da disposição normativa em exame, para que seus efeitos sejam suspensos *erga omnes*, eliminando-se, de vez, as consequências indesejáveis produzidas pelo efeito apenas *inter partes* das decisões do STF, próprias do controle difuso. Não havendo qualquer restrição constitucional sobre a hierarquia do ato declarado inconstitucional no controle difuso, e considerando a finalidade do dispositivo, a suspensão do Senado Federal alcança atos federais, estaduais e municipais.

Outro ponto de destaque diz respeito à vinculação do comando constitucional contido no art. 52, x, com relação aos dois poderes envolvidos na norma. Questiona-se se o Supremo Tribunal Federal é obrigado a remeter ao Senado Federal sua decisão definitiva sobre a inconstitucionalidade de lei declarada em controle difuso e se, em adotando a medida, é o Senado Federal obrigado a expedir a resolução consequente. A doutrina apresenta posições divergentes quanto à posição do Senado Federal, como aponta Paulo Brossard (“O Senado e as leis inconstitucionais”, *RL*, 1976, p. 55-64); pela obrigatoriedade, Lúcio Bittencourt (*O*

controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, 1949, p. 145), Pedro Chaves (*RTJ*, v. 38, p. 64-65), Alfredo Buzaid (*Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, 1958, 37, p. 89) e Celso Bastos (*Direito constitucional*, 1975, p. 59). Em sentido contrário, Josaphat Marinho (*RIL*, n. 2, p. 12) e Aliomar Baleeiro (*O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*, 1968, p. 97-98).

É pacífica, presentemente, a jurisprudência no sentido de que o Senado Federal (*RTJ*, v. 38, p. 22 e 23; *RTJ*, v. 38, p. 28-81) não é obrigado a expedir a resolução de suspensão do ato inconstitucional, particularmente ante a inexistência de sanção constitucional relativa à ausência do cumprimento do comando constitucional. Inúmeros ofícios encaminhados pelo Supremo Tribunal Federal não foram atendidos pelo Senado, como relata Zeno Veloso (*Controle de constitucionalidade*, p. 64).

Na verdade, parece que a interpretação que mais atenderia ao fim delineado para o instituto da suspensão seria a de se entender que toda norma constitucional impõe um dever constitucional ao seu destinatário, que é obrigado a cumpri-la, ainda que não haja sanção expressa para a não observância do comando constitucional, sob pena de praticar inconstitucionalidade por omissão, hoje admitida, de modo expresso, em nosso sistema constitucional. Poder-se-ia, assim, vislumbrar a possibilidade de, ante a inércia do Senado Federal, utilizar os instrumentos que corrigem a omissão inconstitucional em nosso sistema: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Também é pacífica a jurisprudência no sentido de que o Supremo Tribunal Federal tem discricionariedade para entender quando a decisão, tomada em controle difuso, atende às características de uma decisão definitiva para encaminhamento ao Senado Federal (Azevedo, 2013, p. 3101).

Mais uma controvérsia em relação à norma comentada diz respeito aos efeitos da suspensão senatorial quanto ao tempo. O problema também concerne à teoria adotada quanto à eficácia temporal da inconstitucionalidade. Pois, caso se adote, na linha de Kelsen, que o ato declarado inconstitucional deve ser anulado (e não considerado nulo), a anulação deve valer para o futuro, ressalvada a nulidade para o caso concreto. Em consequência, o Senado Federal, que não revoga a lei, expede uma resolução que, todavia, tem efeitos semelhantes à revogação da lei: sua resolução não pode retroagir, permanecendo intocáveis os efeitos já produzidos pela norma enquanto ainda não considerada inconstitucional pelo STF, não prejudicando as situações jurídicas já constituídas e respeitando o

direito fundamental à segurança jurídica assegurado pela Constituição. Assim, os efeitos da suspensão senatorial operariam *ex nunc*.

Não se pode ignorar, todavia, que o Supremo Tribunal Federal, em várias decisões, firma a tese da nulidade do ato inconstitucional, e não a tese de sua anulabilidade (RE 93.173-2/SP; RMS 17.796/SP), pelo que, em consequência, a resolução do Senado significaria a retirada da norma jurídica do ordenamento *ab initio*.

Uma das atribuições atípicas de maior relevo do Senado Federal é a competência para julgamento por crime de responsabilidade imputado ao presidente da República, tendo sido a acusação admitida por dois terços dos membros da Câmara dos Deputados, em derivação dos arts. 52, inciso I e parágrafo único, 86 e 102, inciso I, *b*, da Constituição (Moraes, 2019, p. 1181).

O Senado exerce atividade jurisdicional, de forma atípica, nos casos de sua competência privativa descritos na CF, art. 52, I e II. Mesmo exercendo jurisdição *stricto sensu*, não é órgão do Poder Judiciário. Nas hipóteses mencionadas nos incisos I e II, o Senado exerce, igualmente, função política, razão pela qual essa atividade não pode ser revista pelo Poder Judiciário. Por esses fundamentos, os efeitos vinculantes da súmula do STF, nos casos permitidos pela CF, no seu art. 103-A, não se aplicam ao Senado quando pratica as atividades do art. 52, I e II (Nery Junior, 2019, p. 692).

Ademais, assevera Nery Junior (2019, p. 698-699) que:

O sistema de julgamento das autoridades arroladas na CF 52 I, que dá competência ao Senado Federal e transfere sua presidência ao Presidente do STF (CF 52 par. ún.), foi copiado do direito norte-americano, como confessadamente ocorreu com a edição de nossa primeira Constituição republicana (CF 1891). Nos Estados Unidos isso faz sentido, porque o Presidente do Senado Federal norte-americano é o Vice-Presidente da República, eleito na chapa juntamente com o Presidente da República. Nenhum dos dois pode ser julgado sob a presidência do Vice-Presidente da República dos EUA, como é curial. Essa é a razão pela qual o Presidente da Suprema Corte Americana preside o Senado Federal daquele País, somente nesse caso. No Brasil a regra não faz sentido. Poderia o Presidente do Senado Federal brasileiro presidir a sessão da Câmara Alta no julgamento previsto na CF 52 I. Essa, contudo, não foi a opção de nosso constituinte. Copiamos em 1891 e mantivemos a cópia, inalterada, até hoje.

A regra da CF 52 par.ún. foi instituída no Brasil pela CF/1891 33 § 1.º, justamen-

te porque o Presidente do Senado Federal era o Vice-Presidente da República (CF/1891 32) e, por essa razão, estaria impedido de presidir o julgamento do Presidente da República, seu companheiro de chapa na eleição presidencial. A mesma disciplina foi dada pela CF/1946 61 e 62 § 1.º; CF/1967 44 caput e par.ún. 2. Na CF/1969 o Vice-Presidente da República não tinha mais a função de Presidente do Senado Federal; nada obstante, foi mantida a regra de que o Senado seria presidido pelo Presidente do STF, no julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade (CF/1969 42 par.ún.). Não havia mais razão para que o Presidente do Senado – que não era mais o Vice-Presidente da República – não pudesse presidir o Senado no julgamento do Presidente da República. 3. Conclusão. No sistema vigente repetiu-se a mesma situação da CF/1969: não existe razão para o Presidente do STF presidir o Senado, nos casos da CF 52 I e II.

Frisadas as competências senatoriais outorgadas pela Constituição Federal de 1988, cumpre analisar, por fim, se o papel do Senado Federal no bicameralismo federal tem sido realizado conforme as expectativas da literatura sobre o tema.

6. Conclusão: o papel do Senado Federal no Brasil

O Legislativo bicameral é aquele em que as leis são produzidas mediante a deliberação de duas câmaras distintas e autônomas entre si (Patterson; Mughan, 1999). Sua versão moderna surgiu na Inglaterra, no século XIV, e foi reconfigurada para se adaptar ao federalismo dos Estados Unidos, no século XVIII (Tsebelis; Money, 1997; Patterson; Mughan, 1999).

Nos estudos sobre o bicameralismo, a criação da segunda câmara tem sido justificada à luz de suas funções no processo de produção de leis. Nesse campo, diversos teóricos tem destacado a importância do Senado como obstáculo contra decisões tirânicas a que estão propensas as câmaras únicas, compostas em bases populares (Montesquieu, 1773; Hamilton et al., 1787, Mill, 1803).

Além de sua função de contrapeso ao poder da maioria, argumenta-se que a segunda câmara favorece a qualidade da legislação, incrementa a representação de interesses e aumenta a estabilidade das decisões políticas, protegendo-as dos arroubos dos legisladores (Hamilton et al., 1787; Tsebelis; Money, 1997; Patterson; Mughan, 1999; Lijphart, 2003).

Nessa perspectiva funcional, um modo de analisar o bicameralismo é apresentado por Money e Tsebelis (1992), Tsebelis e Rash (1995), Tsebelis e Money (1997). Conforme assinala Araújo (2012, p. 4), os autores observam que as várias funções historicamente associadas ao sistema bicameral podem ser reduzidas a apenas duas: a função de eficiência e a função política.

A função de eficiência é produto dos esforços convergentes das duas câmaras para formular as políticas mais adequadas à solução dos problemas em foco. Em comparação com a representação unicameral, a representação bicameral amplia o leque de experiências e de pontos de vista do conjunto dos legisladores, possibilita a apreciação reiterada das matérias em decorrência das idas e voltas dos projetos entre as casas (*navette system*), bem como estende o tempo de deliberação para o amadurecimento das ideias parlamentares. Com isso, o bicameralismo cria condições mais favoráveis para deliberações bem informadas e menos sujeitas a equívocos. Em síntese, pela função de eficiência, a tramitação bicameral tende a produzir decisões com a melhor qualidade possível, dentro das possibilidades dadas pelos interesses políticos em cena (Araújo, 2012, p. 5).

Segundo Tsebelis e Money (1997), o aspecto propriamente conflitivo da relação entre as casas se expressa na função política ou redistributiva do processo legislativo bicameral. Enquanto arenas distintas e autônomas de representação, as câmaras tendem a defender interesses diversos e muitas vezes contraditórios entre si. Nessas situações de conflito, o potencial de veto do sistema se manifesta, de modo que a tomada de decisões passa a depender de concessões e acordos que os agentes parlamentares são capazes de estabelecer.

Assinala Araújo (2012, p. 5-6) que:

Combinadas, a função de eficiência e a função política englobam as diversas funções do bicameralismo enumeradas na literatura. A atuação eficiente redundando em reflexão, ganhos de informação e deliberação qualificada, evitando decisões passionais, apressadas ou mal planejadas. A dimensão política ou redistributiva induz à formação de consensos entre uma pluralidade de interesses, favorecendo a representação democrática, o controle mútuo entre as casas e, em última instância, o combate aos abusos políticos, à corrupção e à tirania.

Tsebelis e Money (1997) afirmam que a mera existência de uma segunda câmara – quaisquer que sejam suas prerrogativas – é suficiente para que o de-

sempenho da primeira se modifique, visando formular projetos tecnicamente melhores e mais representativos. Segundo os autores, isso ocorre porque os parlamentares da câmara de origem buscam captar, por antecipação, as preferências e opiniões dos revisores, de modo a reduzir as possibilidades de veto, obstrução ou mesmo polêmica na etapa de revisão.

A Câmara dos Deputados brasileira, por sua vez, como também é comum nos sistemas bicamerais, ganha vulto por suas atribuições voltadas para a produção legislativa, especialmente naquelas matérias de interesse direto do governo.

Computadas as prerrogativas exclusivas e as compartilhadas do Legislativo bicameral brasileiro, previstas nos arts. 40, 51 e 52 da Constituição Federal, nota-se assimetria em favor do Senado Federal. O Senado tem mais poderes que a Câmara em decorrência do art. 52, que enumera 15 atribuições privativas (portanto, independentes) do Senado, ao passo que o art. 51 do texto constitucional, que arrola as atribuições exclusivas da Câmara dos Deputados, contém apenas cinco incisos: dois deles se referem a atribuições voltadas para a organização da própria Casa, os outros três designam funções de controle constitucional. Dos 15 incisos do art. 52, sobre as prerrogativas do Senado, 13 são relativos aos poderes dos senadores para controlar autoridades e fiscalizar a administração pública (Araújo, 2012, p. 24-25).

Contudo, as funções diretamente relacionadas com as atividades legiferantes são em geral tidas como as mais importantes, por seu impacto forte e claro no cotidiano da sociedade nacional. Nesse aspecto, relevante denotar que, no bicameralismo brasileiro, as propostas legislativas infraconstitucionais podem ser apresentadas por um parlamentar de uma Casa, individualmente. Depois de aprovada nessa Casa, segue para a seguinte, onde será debatida, eventualmente emendada e votada. Se não for alterada, será submetida à sanção do presidente da República. Caso alterada, deverá retornar para a Casa original, que pode ser tanto a Câmara como o Senado, para, em seguida, ser submetida à sanção presidencial. No caso das emendas constitucionais não há sanção presidencial e, após aprovada por ambas as casas após dois turnos de discussão e votação, com aprovação de três quintos dos membros, será promulgada. Esse sistema de chama *navette*: uma proposta de lei navega de uma casa a outra, mas não indefinidamente.

Uma particularidade do nosso sistema é que tanto a Câmara dos Deputados como o Senado podem servir de Casa revisora, dependendo de onde se iniciou a proposta (ou seja, uma proposta de autoria de uma senadora será revisada

pela Câmara dos Deputados, ao passo que uma proposta de uma deputada será revisada pelo Senado).

Dessa forma, o Brasil distribui de forma semelhante os direitos dos parlamentares. Em alguns senados pelo mundo, os parlamentares têm um papel honorífico, mas não têm muito poder para legislar ou fiscalizar o Poder Executivo. Diversamente, o bicameralismo brasileiro é simétrico: tanto deputados quanto senadores têm prerrogativas muito semelhantes. Ambos podem apresentar proposições, emendar projetos, votar todas as matérias.

É verdade que algumas regras favorecem a Câmara dos Deputados. Por exemplo, os projetos de autoria do Poder Executivo sempre se iniciam na Câmara dos Deputados, o que lhe garante a palavra final em muitas matérias, uma vez que, pelo sistema *navette*, a proposta que se iniciou na Câmara e não é alterada no Senado segue para sanção presidencial. Caso seja alterada, ela retornará para a primeira Casa, que pode rejeitar as emendas da Casa revisora.

Nesse aspecto, relevante denotar que uma mudança regimental na Câmara dos Deputados colocou o poder de iniciativa do Senado em risco, conforme assinala Nascimento (2022). Embora a ideia de que uma segunda casa legislativa possa, dentro do sistema *navette*, promover o amadurecimento do debate em torno das proposições, na prática temos uma Constituição Federal, promulgada em 1988, submetida, em tese, a um sistema rígido de alteração – que exige aprovação por três quintos dos membros do Congresso Nacional, em dois turnos de votação –, que já conta com mais de 130 emendas, até o ano de 2024. Além disso, há uma imensa profusão de instrumentos legislativos infraconstitucionais ora em vigor.

Assevera Nascimento (2022) que

Há diversas táticas parlamentares que podem ser usadas para “acelerar” ou “saltar” a tramitação de proposições, algumas delas inclusive com a chancela do STF, como é o caso da subtração dos interstícios entre turnos de votação e a aprovação de “calendários especiais” de tramitação, cujas constitucionalidades foram reconhecidas por ocasião do julgamento da ADI nº 4.425.

E, principalmente, no processo legislativo ordinário, que não segue a sistemática do *ping pong* (ou *navette system*) determinado pelo art. 60, § 2º, da Constituição Federal, a alteração do Regimento Interno da Câmara dos Depu-

tados (RICD) promovida pela Resolução 33 de 2022 pode abalar a lógica do bicameralismo.

Pelo art. 142, parágrafo único, do RICD, o momento limite para determinar a tramitação conjunta é antes de a matéria entrar na ordem do dia (no Plenário) ou antes de ser apreciada em caráter terminativo nas comissões. Já no Regimento Interno do Senado Federal (RISF), tais limites temporais estão sujeitos a alguma flexibilização por deliberação de Plenário, nos termos do art. 258, parágrafo único, do Regimento Interno do Senado Federal.

Conforme explicado por Nascimento (2022):

Agora existe, no entanto, uma diferença no cenário normativo da apensação, pois a Resolução nº 33/2022 deu nova redação ao art. 143, inciso II, do RICD, que traz as regras sobre a tramitação conjunta. Antes da mudança regimental, o referido dispositivo previa expressamente a “precedência” da proposição do Senado sobre a da Câmara, o que garantia uma certa racionalidade ou previsibilidade sobre os contornos da proposição a ser aprovada pelas duas Casas Legislativas.

Pelo texto atual do RICD, entretanto, a proposição que “encabeça” a tramitação conjunta é a mais antiga sobre a mais recente das proposições em tramitação na Câmara dos Deputados. Ou seja, já não mais se garante que o texto oriundo do Senado Federal teria a primazia desejável, em consideração, sobretudo, ao bicameralismo. Por outro lado, para as apensações no Senado Federal, a regra de precedência dos projetos oriundos da Câmara sobre os do Senado continua existindo no RISF, artigo 260, inciso II, a. Ou seja, o problema aqui em referência ocorreria só na Casa do carpete verde.

(...)

Como não necessariamente a tramitação conjunta dos PLS apensados na Câmara dos Deputados será encabeçada por uma proposição aprovada pelo Senado Federal – podendo, pela literalidade da nova redação do art. 143, inciso II, do RICD, a precedência ser de uma proposição da própria Câmara dos Deputados –, corre-se o risco de que a Casa Alta perca seu papel de Casa iniciadora ou revisora, nos termos do art. 65 da CF, pois as discussões legislativas na Câmara poderão resultar em textos que não reflitam necessariamente as proposições normativas antes aprovadas pelo Senado.

Mas algumas regras constitucionais também favorecem o Senado. A Câmara Alta brasileira é responsável exclusiva pela aprovação de autoridades do Poder

Executivo – tais como diretores do Banco Central, de agências reguladoras – e também do Judiciário, inclusive dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. O Senado também é responsável por autorizar empréstimos dos municípios, estados e da União.

Nesse ponto, cabe frisar que, embora tradicionalmente o Supremo Tribunal Federal entenda que as matérias *interna corporis* do Congresso Nacional, incluídas aí as disciplinas regimentais de ambas as câmaras, são, a princípio, infensas ao controle de constitucionalidade, existe precedente da Suprema Corte no sentido de assegurar a prerrogativa parlamentar quando violada, ainda que essa violação ocorra por norma regimental. Foi o que decidiu o STF na Medida Cautelar no Mandado de Segurança 26.900 (STF, Pleno, MCMS 26.900, rel. min. Eros Grau, j. 12/9/2007, m.v., DJU n. 60, div. 3/4/2008, publ. 4/4/2008). O caso tratou de remédio constitucional impetrado por deputados federais contra ato da Mesa Diretora do Senado Federal, para garantir aos impetrantes o livre acesso e a presença no Plenário do Senado por ocasião da Sessão Deliberativa Extraordinária destinada à apreciação do Projeto de Resolução 53/07, apresentado como conclusão do Parecer 739/07 do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar sobre a Rep 1/07, na qual foi recomendada a perda do mandato do presidente do Congresso Nacional.

Por outro lado, a representação do Senado brasileiro não é indene de críticas. Uma delas é de que a representação igual de cada estado (três senadores) reforçaria a desproporcionalidade que existe na Câmara dos Deputados, ou seja, colocaria abaixo a ideia de igualdade do voto, já que parlamentares de estados pouco populosos se elegem com um número de votos bem inferior a parlamentares de estados mais populosos. Haveria uma desproporcionalidade entre o peso dos parlamentares e de seus estados e regiões. O Senado, ao garantir três representantes para cada estado e para o Distrito Federal, reforçaria essa desproporção em favor de estados menos populosos, que são também os menos desenvolvidos.

De outro lado, no sistema atual, afirmando-se que os estados mais populosos, São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, que em tese estariam sub-representados, conseguem, por força de suas economias e de uma sociedade civil organizada mais atuante, equilibrar a desproporção da representação política no Congresso.

Uma outra observação que pode ser feita com relação ao Senado Federal é

que a Casa possui apenas 10 mulheres nas suas cadeiras, em face dos 71 senadores na legislatura atual, que começou em 2023. No recorte da representatividade negra, a ocupação também é baixa, contando com apenas 21 senadores que se autodeclararam negros (pretos e pardos). Esses números destoam do último censo demográfico de 2022, que mostrou que 55% dos brasileiros (112,8 milhões) – mais da metade da população – são pardos e pretos.⁴

Ademais, dados do Tribunal Superior Eleitoral apontam que 52,65% correspondem a eleitoras aptas a votar.⁵

Porém, embora criticável, essa expressiva sub-representação não é exclusiva do Senado Federal, considerando a composição atual da Câmara dos Deputados e dos demais poderes. Certamente, um incremento de diversidade na composição dos órgãos estatais de cúpula atenderia à exigência do princípio democrático, a fim de evitar uma estratificação desses setores e afirmar a legitimidade democrática dos poderes.

Como medida de ação afirmativa voltada a remediar essa discrepância de representatividade, a Lei 10.304, de 2009, que alterou a Lei 9.504, de 1997, trouxe a obrigatoriedade de que cada partido ou coligação preencha no mínimo 30% e no máximo 70% para candidaturas de cada sexo. A obrigatoriedade da cota feminina de candidatura visa propiciar uma maior proporção das mulheres nas candidaturas.

Ainda, noutro ponto de crítica ao sistema legislativo e à democracia representativa, André Cyrino (2017, p. 4) aponta que a literatura da economia política descritiva, que se convencionou denominar de teorias das escolhas públicas (*public choice theories*), demonstra que a doutrina convencional superestimou as virtudes do Congresso Nacional, olvidando-se de que se trata de instituição formada por homens e mulheres reais. Pessoas com incentivos, dificuldades, interesses e crenças que, em conjunto, nem sempre funcionam como antídoto natural contra o arbítrio e as oligarquias, mas podem criar, justamente, o habitat da manutenção dessas patologias com que convivemos há tanto tempo no Brasil.

4 Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2024/03/26/200-anos-do-senado-22percent-das-cadeiras-foram-ocupadas-por-negros-na-ultima-decada.ghtml>. Acesso em 27 jul. 2024.

5 Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Julho/eleicoes-2022-mulheres-sao-a-maioria-do-eleitorado-brasileiro>. Acesso em 27 jul. 2024.

O parlamento brasileiro é fragmentário e, de certo modo, representativo de oligarquias tradicionais que insistem em nos mostrar que esse colégio de pessoas está longe da imagem de corpo vivo e coeso capaz de formar uma vontade geral. Trata-se de um palco propício à ação de grupos de interesse motivados politicamente por reeleições que não necessariamente serão suficientes para estimular atuações parlamentares dignas de aplausos, mas de uma percepção cética. Entender o processo político subjacente à própria formação do direito de maneira realista é o objetivo dessa teoria.

A Escola das Escolhas Públicas aborda o Teorema de Arrow (Inojosa, Monteiro, 2000, p. 598-600), segundo o qual a formação de uma vontade legislativa majoritária é simplesmente ilusória, pois, em uma votação de uma proposição ou na discussão em torno da escolha entre diversas modalidades de políticas públicas, o resultado é muito mais obtido como produto da forma como as votações são feitas.

Em outras palavras, a *vontade geral do povo*, a partir do Nobel de economia Kenneth J. Arrow, nada mais é que o resultado da condução da agenda de deliberação. Entretanto, o funcionamento das instituições da democracia brasileira não conduz necessariamente a uma corrosão de legitimidade do parlamento em virtude dos problemas acima apontados.

Entretanto, no conhecido sistema presidencial de coalizão brasileiro, assim batizado pelo sociólogo Sérgio Abranches (1988), o Poder Executivo utiliza como ferramenta estratégica um corpo ministerial heterogêneo, com tamanho alargado para acolher aliados que efetivamente sigam a agenda presidencial. A distribuição de cargos é fundamental para a manutenção da coalizão.

No Brasil, o presidente da República ostenta grande parcela de poder do direcionamento de agenda, de modo que a governabilidade envolve a distribuição de cargos e a liberação de emendas orçamentárias para que sejam atendidos grupos articulados no parlamento.

Dessa forma, a compreensão da dinâmica do papel do Senado Federal no Brasil deve envolver não um papel sagrado, mas pragmatista e democrático sobre a produção legislativa. Pode-se afirmar, com exemplos recentes, que a Câmara Alta, sob a presidência do senador Rodrigo Pacheco, vem atuando de modo parcimonioso e aberta aos debates quando entram em cena proposições que tratam de temas polêmicos, tais como a desoneração da folha de pagamentos e a criminalização/legalização das drogas e do aborto. Nessas situações, observou-se

uma preocupação da Presidência da Casa em assegurar uma maior reflexão ao debate, por vezes com retiradas de pauta para possibilitar o amadurecimento das discussões e negociações.

Não se nega que são observadas votações e aprovações de temas por vezes polêmicos com uma rapidez talvez indesejada pela população. Porém, por detrás das deliberações, ocorrem diversas negociações nos bastidores, que são ínsitas ao ambiente político como um todo. Essas definições perpassam por uma convergência prévia, para que, ao colocar determinada proposição em votação, os atores políticos já tenham concordado quanto ao ponto previamente.

Em tais casos, o movimento dos atores políticos passa por uma atuação concertada e planejada, que favorece o papel do Senado Federal enquanto Casa revisora. Diante das características e competências do Senado analisadas no trabalho aqui realizado, mesmo quando surgem matérias inovadoras, ainda não debatidas anteriormente e que possam surpreender os congressistas e a população, a Câmara Alta poderá utilizar seu poder revisor e adotar uma posição reflexiva de contenção, para permitir um amadurecimento da discussão e assim evitar que decisões que interferem no rumo do país sejam tomadas de modo açodado.

O Senado, enquanto Casa da Federação, exerce seu papel de colocar em paridade todos os entes federados, permitindo assim avançar na meta constitucional de redução das desigualdades através do crescimento da Federação, no seu viés cooperativo.

Neste ano de bicentenário, desde sua criação, em 1824, no Brasil do Império, o Senado desempenha papel de órgão fundamental na elaboração de leis, nos debates políticos e na defesa dos direitos e das garantias constitucionais.

Conforme pronunciamento do presidente do Senado Federal proferido em 25 de março de 2023, em alusão às eleições de 2022: “o Senado, em conjunto com as demais instituições, rechaçou as investidas recentes contra o processo eleitoral, contra a normalidade democrática e contra a transição pacífica de poder”.⁶

Ao mencionar a trajetória do Brasil como nação independente, o presidente Rodrigo Pacheco destacou a participação ativa da instituição em momentos históricos, como a abolição da escravidão, o fim da ditadura militar e a rede-

6 Fonte: Agência Senado, 2024.

mocratização. O presidente citou também a resiliência do Senado diante de desafios, como nas ocasiões em que o Congresso foi fechado ou dissolvido, e sua capacidade de prestar um “serviço inestimável” ao país. Um desses momentos, segundo ele, foi a criação da Assembleia Nacional que deu origem à atual Constituição, de 1988.

No contexto atual, o presidente do Senado destacou o papel crucial desempenhado pela Casa na defesa das instituições democráticas durante a pandemia de covid-19, na superação de crises econômicas e no enfrentamento a ameaças à normalidade democrática.⁷

Dessa forma, pode-se concluir, nas falas do presidente senatorial para este biênio, que a Casa Alta realça o compromisso democrático brasileiro, evidenciando a importância do Senado como um “baluarte da estabilidade institucional” e “um farol da vida pública brasileira”.

Referências

- Agência Senado. ‘Nos seus 200 anos, o Senado nunca foi tão importante e decisivo’, diz Pacheco. 25 de março de 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/03/25/nos-seus-200-anos-o-senado-nunca-foi-tao-importante-e-decisivo2019-diz-pacheco>. Acesso em: 4 ago. 2024.
- ARAÚJO, Caetano Ernesto Pereira de. O bicameralismo na Constituição de 1988. Senado Federal, Brasília, 2008. Volume II – *Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois. O exercício da política*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-ii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-o-exercicio-da-politica/o-bicameralismo-na-constituicao-de-1988>. Acesso em 13 jul. 2024.
- ARAÚJO, Paulo Magalhães. O bicameralismo no Brasil: as bases institucionais e políticas do desempenho legislativo do Senado Federal (1989-2004). *Política & Sociedade*, Florianópolis, Volume 11, n. 21, julho de 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2175-7984.2012v-11n21p83>. Acesso em 13 jul. 2024.

7 Fonte: Agência Senado, 2024.

- ARROW, Kenneth Joseph. *Social choice and individual values*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1963.
- BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. 216 p.
- AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 7154 p.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1975. 160 p.
- BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. 166 p.
- BITTENCOURT, Lúcio; Atualizado por Aguiar Dias. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. 164 p.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BRANCO, Paulo Gonet Gustavo. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes. *Direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13 jul. 2024.
- BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. 141 p.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 274, p. 175-208, jan.-abr. 2017.
- CURCINO, Sara. 200 anos do Senado: 22% das cadeiras foram ocupadas por negros na última década. *Portal G1*. 26 de março de 2024. Política. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2024/03/26/200-anos-do-senado-22percent-das-cadeiras-foram-ocupadas-por-negros-na-ultima-decada.ghtml>. Acesso em 27 jul. 2024.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva Jurídico, 2015.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GONÇALVES, Bernardo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Juspodvim, 2014. 1295 p.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Os artigos federalistas*. Tradução de Maria Luiza x. de A. Borges. São Paulo: Faro Editorial, 2021. 464 p.
- HARIAN, Val. *Microeconomia: princípios básicos*. Tradução da 5. ed. americana. Tradução de Ricardo Inojosa e Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 598-600.
- HPB Labs. Aplicativo Atlas Mundial e Mapa, 2024. Download disponível em: <https://apps.microsoft.com/detail/9nblggh23cgr?hl=pt-br&gl=BR>. Acesso em 4 ago. 2024.
- LACOMBE, Victor. Entenda como funcionam as eleições no Reino Unido. *Folha de S. Paulo*. 23 de junho de 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2024/06/entenda-como-funcionam-as-eleicoes-no-reino-unido.shtml>. Acesso em 2 ago. 2024.
- LEMONS, L.B. (Org.). *O Senado Federal no pós-constituente*. Brasília: Senado Federal, Unilegis, 2008.
- LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- MARINHO, Josaphat. Irretroatividade e retroatividade da lei na Constituição de 1946. Senado Federal. *Revista de Informação Legislativa*: v. 2, n. 5 (mar. 1965). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180846>. Acesso em 2 ago. 2024.
- MILL, J.S. *Considerações sobre o governo representativo*. Brasília: UnB, 1981.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1, de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- MONEY; J. TSEBELIS, G. Cicero's puzzle: Upper House power in comparative perspective. *International Political Science Review*, n. 13, 1992, p. 25-43.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- MORAES, Guilherme Peña de. In: MORAES, Alexandre de [et al.]. *Constituição Federal comentada* [et al.] Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- NASCIMENTO, Roberta Simões. PEC da Transição, apensação e o futuro do bica-meralismo. *Jota*, 7 de outubro de 2022. Defensor Legis. Disponível em: <https://>

- www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/pec-da-transicao-apensacao-e-o-futuro-do-bicameralismo-07122022. Acesso em 24 jul. 2024.
- NEIVA, P. Os determinantes dos poderes das câmaras altas: federalismo ou presidencialismo? *Dados*, Rio de Janeiro, v. 49, 2006. p. 269-299.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada*. 7. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2019. 1717 p.
- PATTERSON, S. e MUGHAN, A. (Orgs.). *Senates: bicameralism in the contemporary world*. Ohio State University Press, 1999.
- PINTO, Paulo Brossard de Souza. O Senado e as leis inconstitucionais. *Senado Federal: Revista de Informação Legislativa*, v. 13, n. 50, p. 55-64, abr.-jun. 1976. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181304>. Acesso em 2 ago. 2024.
- RUSSOMANO, Rosah. *Dos Poderes Legislativo e Executivo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 2003. Rio de Janeiro: Forense.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1427 p.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 16. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros Ed., 2000.
- TSEBELIS, G; Money, J. *Bicameralism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- TSEBELIS, G. *Jogos ocultos*. São Paulo: Edusp, 1998.
- TSEBELIS, G; RASH, B. Patterns of bicameralism. In: *Parliaments e majority rules in western Europe*. Frankfurt, New York: St Martin's Press: H. Doring Editor, 1995.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

A ATUALIDADE DA DOCTRINA DOS ATOS *INTERNA CORPORIS* NO DIREITO BRASILEIRO: REFLEXÕES À LUZ DA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO

*Carolina Guimarães Ayupe*¹

Introdução

O processo legislativo nas democracias contemporâneas adquire singular importância. A racionalização do procedimento de elaboração de normas jurídicas é fruto de uma série de transformações históricas que resultaram no reconhecimento da independência e autonomia do Parlamento e que influenciaram o fortalecimento do direito parlamentar.

A concepção moderna de processo legislativo é fruto de uma longa evolução, cujas concepções iniciais foram delineadas na Antiguidade Clássica,² foram

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogada do Senado Federal.

2 Conforme explica Lopes (2009), a lei produzida de modo racional e coletivo é uma invenção

resgatadas no período do Renascimento Cultural, ganharam contornos mais precisos após episódios como as Revoluções Inglesa e Francesa e, finalmente, sofreram influxos do constitucionalismo contemporâneo, em um cenário pós-Segunda Guerra Mundial.

Até alcançar seu molde representativo contemporâneo, o parlamento “aperfeiçoa-se e estabelece-se como espaço decisório do embate legítimo para o aprimoramento do ordenamento social” (Lopes, 2009, p. 24).

Nesse contexto histórico, ao passo que a Revolução Gloriosa e a aprovação do *Bill of Rights* representaram a consolidação do poder parlamentar e a supremacia do parlamento sobre a monarquia, somente no século XIX se consolidam no debate político e jurídico questões como a liberdade do parlamento para disciplinar as regras relativas ao desempenho de suas finalidades.

Assim se desenvolve a chamada doutrina dos atos *interna corporis*, objeto do presente estudo. Apesar de tal doutrina ter sido inicialmente desenvolvida por Rudolf von Gneist em 1863, objetiva-se demonstrar, mediante revisão da literatura sobre o assunto, sua atualidade no contexto contemporâneo brasileiro, sobretudo a partir de uma análise de seu emprego pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

A fim de empreender o presente estudo, recorreu-se a um referencial teórico de análise que permitisse compreender o papel dos debates políticos e do processo argumentativo, no contexto das democracias contemporâneas. Nesse sentido, foram adotadas as premissas da teoria discursiva do direito de Habermas para compreender os processos institucionalizados de formação democrática da opinião e da vontade, exercidos sobretudo nos parlamentos, a fim de delimitar um conceito jurídico de devido processo legislativo.

Em um segundo momento, objetivou-se delimitar os contornos da teoria dos atos *interna corporis*, especialmente considerando os influxos exercidos pelo

grega, sendo que o processo legislativo se operacionalizou inicialmente na Atenas Clássica, e posteriormente em Roma. Porém, nos séculos que se seguiram à decadência do Império Romano, o processo legislativo antigo caiu na obscuridade, tendo o processo de elaborar leis ressurgido com o Renascimento (Lopes, 2009).

constitucionalismo contemporâneo, pela supremacia da Constituição e pelo advento de uma jurisdição constitucional.

Por fim, empreendeu-se uma análise voltada ao cenário jurisprudencial pátrio, a fim de responder ao seguinte questionamento: qual seria o papel exercido pelo STF no controle judicial do devido processo legislativo brasileiro?

Para tanto, foram examinados, mediante pesquisa exploratória, entendimentos jurisprudenciais da Corte acerca dos limites e das condicionantes do controle judicial exercido sobre os atos *interna corporis*, sobretudo diante da fixação do Tema 1.120, em Regime de Repercussão Geral, sobre o assunto.

Justifica-se a análise proposta tendo em vista que temas como a judicialização da política e o ativismo judicial protagonizam o debate jurídico contemporâneo, tornando-se necessário refletir acerca dos limites e das balizas para que sejam observadas tanto a supremacia da Constituição quanto a independência e harmonia entre os poderes constituídos.

1. O processo legislativo à luz da teoria discursiva do direito

Nas democracias contemporâneas, os debates acerca do devido processo legislativo³ adquirem especial relevo, em especial diante da necessidade de aprovação das normas jurídicas por intermédio de um procedimento legislativo público e com a possibilidade de contraditório (Macedo, 2007).

No cenário atual, ganha destaque o debate acerca dos limites do controle judicial da atividade legislativa, sobretudo em razão do fenômeno da judicía-

3 Deve-se destacar que tal categoria jurídica, porém, não constitui elemento de consenso na doutrina e deve ser vista à luz de uma perspectiva crítica, conforme será discutido ao longo do texto. Conforme defende Nascimento (2021, p. 145), o “devido processo legislativo apareceu, primeiramente, na jurisprudência do STF, depois tendo sido incorporado na literatura jurídica brasileira, como uma categoria nebulosa – situação que perdura até os dias atuais –, tendo servido muito mais como elemento para viabilizar o controle judicial preventivo do processo legislativo (e, em algumas situações, também para a declaração de inconstitucionalidade de proposições aprovadas pelo Congresso Nacional), sem que se tenha conferido maior clareza sobre quais são efetivamente as etapas mínimas necessárias para a elaboração legislativa, sequer do ponto de vista normativo de um procedimento ideal”.

lização da política e seus reflexos na legitimidade democrática das decisões judiciais e no princípio da separação de poderes.

A compreensão de tal fenômeno e seus reflexos demanda a adoção de um referencial teórico de análise que permita compreender o papel do debate político na elaboração de normas jurídicas, bem como as condições necessárias ao regular exercício do procedimento democrático. Nesse contexto, a teoria discursiva do direito, tal como concebida por Habermas (1997), permite compreender o papel ímpar do Poder Legislativo em cumprir seu papel legitimador do Direito.

A essência da filosofia jurídica de Habermas reside na comunicação humana, e a racionalidade está centrada no processo argumentativo, por intermédio do debate entre os argumentos que alicerçam as estruturas normativas (Agra, 2008).

Em outras palavras, por intermédio de processos racionais de argumentação, torna-se possível legitimar decisões tomadas pela coletividade, sendo de especial relevo assegurar que os procedimentos de tomada de decisão sejam democráticos e racionais.

Nesse cenário, destaca-se o conceito cunhado por Habermas de democracia discursiva: a democracia deixa de ser vista unicamente como democracia representativa, e verifica-se a necessidade de estabelecer um espaço onde a formulação de normas passe por intensos debates políticos. Assim, a atividade estatal deve ser legitimada por argumentos racionais, e a definição de como os debates serão realizados é feita por procedimentos previamente definidos (Agra, 2008).

A legitimidade do Direito positivo, portanto, não mais decorre de um Direito moral superior, mas, ao revés, decorre de um processo de formação da opinião e da vontade que se presume racional (Habermas, 1997).

O paradigma procedimentalista do Direito, desse modo, almeja resguardar, sobretudo, as condições do procedimento democrático (Habermas, 1997). As normas emitidas pelo legislador político são racionais pelo fato de os destinatários serem tratados como membros livres e iguais de uma comunidade de sujeitos de direito.

Conforme será a seguir exposto, o pensamento de Habermas fornece relevantes ferramentas de análise para a compreensão do papel exercido pelo Poder Legislativo nas sociedades contemporâneas, com especial destaque para a necessidade de assegurar o respeito a um procedimento racional e legítimo de elaboração das normas, que se traduz, na linguagem jurídica, na observância ao adequado processo legislativo.

A influência pública e política, portanto, deve passar pela filtragem de processos institucionalizados de formação democrática da opinião e da vontade, transformando-se em poder comunicativo e convertendo-se em legislação legítima (Habermas, 1997).

Tais considerações permitem concluir que o Poder Legislativo é aquele encarregado de cumprir verdadeiro papel legitimador do Direito, institucionalizando a formalização da vontade democrática, não podendo, é certo, o Poder Judiciário substituí-lo no processo de formação de normas jurídicas.

No entanto, deve-se destacar que, uma vez reconhecida a supremacia das normas constitucionais, pensamento este fruto do constitucionalismo contemporâneo, o Poder Judiciário assume o relevante papel de resguardar a observância da própria Constituição, estabelecendo balizas relevantes para o próprio exercício do processo legislativo pelo Poder Legislativo.

Nesse novo arranjo institucional, alguns autores sustentam que incumbe ao Judiciário o papel definido de proteger as condições processuais para que o processo legislativo assegure a participação plural e formação de uma norma legítima, sem adentrar nas opções políticas feitas pelo Legislativo (Fonseca, 2011).

A compreensão dessa dinâmica entre os poderes constituídos demanda o estudo dos conceitos essenciais atinentes ao processo legislativo e seu regular exercício.

Inicialmente, deve-se notar que o processo legislativo está ligado à elaboração de normas, e, para que estas sejam consideradas adequadas, devem obedecer às condições do Direito. Para além disso, porém, o processo legislativo constitui ferramenta de agentes políticos para a consecução de seus objetivos (Lopes, 2009).

O processo legislativo garante, ademais da prevalência da vontade majoritária, uma série de procedimentos voltados àqueles que não se sentiram contemplados: recursos, reclamações e questões de ordem a serem julgados pela Mesa ou pelo Plenário (Lopes, 2009). Tais mecanismos asseguram o respeito aos direitos das minorias, cuja defesa é realizada racionalmente, conforme as regras do jogo democrático.

O parlamento, desse modo, representa o espaço para debates e disputas entre maiorias e minorias, bem como para negociações, por intermédio das quais o plenário poderia afastar a aplicação de suas regras escritas (normas regimentais)

e tomar decisões mediante propostas informais e pontuais (Lopes, 2009). Tal dinamicidade é inerente à atividade legislativa, o que deve se refletir nas próprias regras que disciplinam tal atividade.

Nesse sentido, tais dinâmicas conformam ramo especial do direito constitucional, que possui características próprias e que observa fontes especiais do Direito:

O processo legislativo é o momento da política e, portanto, o próprio rito em alguma medida é negociável entre os parlamentares. Dentro das Casas Legislativas, vige esse ramo especial do Direito Constitucional que é o Direito Legislativo (para alguns autores, trata-se do Direito Parlamentar), que é um ramo do Direito com peculiaridades em relação a outros, na medida em que as práticas legislativas, os usos e costumes não escritos e os acordos parlamentares são verdadeiras fontes especiais do Direito Legislativo. (Nascimento, 2021, p. 164.)

Lopes (2009, p. 50), em seus estudos acerca da temática, afirma que devem ser observados determinados limites ao processo legislativo, na medida em que determinações e princípios constitucionais devem ser respeitados e as alterações pontuais no regimento interno devem observar procedimentos específicos. Trata-se, para o autor, de um necessário exercício de compatibilização entre as disposições constitucionais e as normas regimentais da atividade parlamentar.

Entretanto, cabe a ressalva de que o “princípio majoritário é o único método que respeita o pluralismo político, e por isso é o que deve conduzir o processo legislativo” (Nascimento, 2021, p. 153). Em outras palavras, a revisão judicial do processo legislativo não pode servir de instrumento para que aqueles que foram vencidos no debate legislativo utilizem o Poder Judiciário como nova arena de debates parlamentares.

Fixadas tais premissas, deve-se perquirir quais elementos caracterizam um processo legislativo compatível com as normas constitucionais e com as premissas da perspectiva procedimental do Direito.

Conforme Lopes (2009), três áreas do Direito são essenciais para a compreensão do processo legislativo: o direito constitucional, na medida em que as normas de elaboração de leis estão previstas no texto constitucional; o direito processual, tendo em vista que o processo legislativo se constitui como con-

junto complexo de atos; e a teoria da norma jurídica, uma vez que a norma é produto do processo legislativo, ao mesmo tempo que normas (constituições e regimentos) o comandam.

Ao que mais interessa ao presente trabalho, o processo legislativo guarda relação com o direito processual,⁴ de modo que, conforme parcela da doutrina, este último pode informar princípios daquele (Lopes, 2009), em especial a noção de devido processo legislativo, análoga àquela de um devido processo legal.

Entretanto, deve-se ressaltar que não se trata de categoria jurídica isenta de críticas. Defende Nascimento (2021) que as lógicas do processo legislativo e judicial não são passíveis de aproximação, na medida em que possuem naturezas jurídicas diversas.

Por mais que tais normas regimentais tenham a função essencial de dirigir os procedimentos, facilitar a iniciativa legislativa e regular os debates e os diversos trâmites até a aprovação das leis, haverá ocasiões em que tais disposições se tornam acessórias ou meramente instrumentais quando a decisão for alcançada com independência dessas previsões. Por isso, os regimentos não podem engessar a tomada de decisões. (Nascimento, 2021, p. 159.)

A parcela da doutrina que defende a configuração de um devido processo legislativo argumenta que este decorre da necessidade de se obedecer a uma lei geral e impessoal, expressão do próprio Estado Democrático, por intermédio do respeito aos prazos e às oportunidades de debate ou votação (Lopes, 2009). Porém, não se pode perder de vista, conforme defendem os críticos de tal perspectiva, que os regimentos internos não podem engessar o próprio procedimento legislativo, uma vez que são instrumentos para se alcançar determinada finalidade – a tomada de decisões racionais e legítimas pelo legislador.

O devido processo legislativo, para Monteiro Neto (2020), pode adquirir diferentes acepções, seja ela sob uma perspectiva subjetiva (garantia dos par-

4 O procedimento parlamentar possui uma estrutura muito semelhante à do procedimento judicial, e nesse contexto os privilégios e a liberdade do Parlamento vão alcançar configuração jurídica (Aranda Álvarez, 2005).

ticipantes dos processos desenvolvidos perante o parlamento), seja objetiva (parâmetro de controle da validade das normas jurídicas):⁵

Por vezes, é visto como um direito, conferido a determinados atores do processo político, de exigir determinadas ações ou omissões dos outros participantes desse mesmo processo e das autoridades que o conduzem, de modo a não se sujeitar a coerções ou a desvirtuamentos no âmbito do processo de que participam. Por outras, é tido como verdadeiro parâmetro de validade das normas resultantes do processo legislativo, irradiando sua eficácia como critério legitimador de todo o ordenamento jurídico. (Monteiro Neto, 2020, p. 62.)

Feitas tais considerações, é relevante pontuar que a construção teórica em torno de um devido processo legislativo se propõe a garantir aos sujeitos envolvidos que as regras do jogo democrático são legítimas e racionais e que, ainda que sejam passíveis de serem modificadas e flexibilizadas, tais alterações respeitam, ao mesmo tempo, a vontade da maioria e as prerrogativas essenciais das minorias.

Como consequência, na medida em que as regras são previamente aceitas pelos sujeitos envolvidos, por intermédio da consensualidade, o resultado obtido é tido por legítimo, não propriamente pelo conteúdo da norma produzida, mas pelo respeito ao procedimento adotado para sua produção.

Tendo em vista a processualidade como condição de legitimidade da le-

5 Conforme aponta Monteiro Neto (2020, p. 63), “questão relevante diz respeito aos instrumentos de defesa do direito fundamental em apreço e combate às violações contra ele perpetradas, bem como à legitimidade para fazer uso desses instrumentos. Nesse contexto, quando atingido o devido processo sob a perspectiva subjetiva, o remédio mais adequado tem sido, ao menos do ponto de vista das manifestações analisadas, o mandado de segurança, com uma compreensão restrita sobre a legitimidade para utilização de tal instrumento protetivo, normalmente reconhecida apenas a participantes diretos do processo legislativo nas esferas institucionais; por outro lado, o controle das violações perpetradas contra a dimensão objetiva desse princípio tem um caráter instrumental mais amplo, podendo ser veiculada mediante diversos instrumentos de controle de constitucionalidade, seja concentrado, seja difuso, o que, inclusive, permite a ampliação dos *loci* de discussão para as diversas instâncias jurisdicionais.”

gislação, parcela da doutrina defende que se torna necessário que a produção normativa respeite as condicionantes de um devido processo, “uma vez que seus resultados, seus provimentos, devem ser fruto de um processo adequadamente concretizado à luz (...) dos valores da participação dos interessados em condição simétrica de paridade, à luz do contraditório” (Monteiro Neto, 2020, p. 38).

Por outro lado, o conceito de devido processo legislativo não pode ser instrumentalizado para desvirtuar tais propósitos, cabendo ao Poder Judiciário definir, nos casos concretos, quais etapas procedimentais seriam essenciais ao devido processo legislativo (Nascimento, 2023), de modo que tal conceito seja:

(...) visto como cláusula geral, que não termina de fornecer os critérios de sua realização, de modo que o devido processo legislativo é um conceito complexo, com múltiplas dimensões, e sumamente contexto-dependente. A despeito disso, pode-se dizer que é formado por: a) algumas regras formais, notadamente as constitucionais que fixam os trâmites de aprovação das leis; b) alguns princípios, como o democrático, que normativamente exigiria uma produção legislativa com os maiores elementos possíveis de participação da sociedade. (Nascimento, 2023, p. 72.)

Assim, “seu exame pressupõe perscrutar a decisão legislativa como um todo, e não só uma simples etapa de seu procedimento” (Nascimento, 2023, p. 73). A análise do cumprimento das regras formais, portanto, deve orientar-se às finalidades que devem ser atingidas, sobretudo prestigiando o princípio democrático e as premissas da visão procedimental do Direito.

Por fim, deve-se questionar: a quem compete decidir o que caracteriza o devido processo legislativo para fins de aprovação das leis?

Tal decisão compete precipuamente às Casas Legislativas, que possuem a função típica de legislar e autonomia para definir os procedimentos racionais de deliberação e tomada de decisões, bem como para adaptar tais procedimentos à dinâmica parlamentar.

Apenas excepcionalmente pode tal decisão ser apreciada pela jurisdição constitucional, competindo ao STF delimitar, com coerência e clareza, o alcance e a natureza jurídica dos atos *interna corporis*, tendo como parâmetro de controle apenas as normas constitucionais de processo legislativo.

Diante de tais considerações, é possível estabelecer uma conexão entre as

premissas da democracia procedimental e o princípio do devido processo legislativo: ambos objetivam garantir a adequação dos procedimentos racionais de tomada de decisão, a fim de que o resultado alcançado seja considerado legítimo e, conseqüentemente, aceito não somente pelos representantes eleitos, mas por toda a sociedade.

Nesse sentido, o debate político deve desenvolver-se na esfera adequada para tanto (Poder Legislativo):

De fato, a participação no processo deliberativo é um direito de todos os parlamentares, inclusive dos que integram os grupos minoritários. E esse é o principal mecanismo para evitar a tomada de decisões arbitrárias, contrárias ao jogo democrático. Mas é preciso que haja a demonstração de que se estava tolhendo a participação de grupos minoritários no processo legislativo. Proceder de forma diferente disso é dar margem a que os magistrados interrompam o debate político e o substituam pela visão da minoria, por suas próprias convicções ou agendas pessoais, o que indubitavelmente afronta o princípio democrático. Por isso, esse controle judicial deve ficar restrito ao controle das disposições da Constituição que disciplinam o processo de criação das leis e emendas e não cabe tomar como referência as normas regimentais como parâmetro de controle. Ou seja, não faz sentido o controle judicial da regimentalidade. (Nascimento, 2021, p. 163.)

Em síntese, é possível concluir que o processo de produção legislativo, a fim de adquirir legitimidade, deve orientar-se pela cláusula geral (Nascimento, 2021) de devido processo legislativo, de modo a assegurar a participação de todos os interessados na formulação legislativa.

Ocorre que, conforme será defendido no tópico subsequente, ao mesmo tempo que a observância do devido processo legislativo é valor constitucional a ser garantido, deve-se delimitar a matéria que pode ser objeto de controle judicial, sob pena de ferir a própria independência do Poder Legislativo. A delimitação proposta pela teoria dos *interna corporis acta*, nesse sentido, traz relevantes contribuições para tal debate.

2. Evolução histórica da teoria dos *interna corporis acta*

O objetivo da teoria dos atos *interna corporis* é o de garantir um parlamento independente (Fonseca, 2011). Seus antecedentes podem ser encontrados no direito parlamentar inglês,⁶ com o conceito de *internal proceedings*: privilégios parlamentares tendentes a assegurar o correto exercício de suas funções (Álvarez, 2005).

O conceito de *interna corporis*, por sua vez, descreve atos que possuam como fundamento de validade o exercício da autonomia e independência dos poderes constituídos, pressupondo a liberdade para disciplinar as regras relativas ao desempenho das finalidades e aos direitos e deveres aos quais estará vinculado o poder constituído (Carvalho, 2022).

Trata-se de expressão abrangente que engloba todos os atos vinculados à autonomia e auto-organização dos poderes, não se restringindo a matérias de economia interna, mas alcançando também o livre exercício dos poderes no desempenho de funções exclusivas e que demandam ampla margem de atuação (Carvalho, 2022).

É certo, porém, que somente no século XIX o conceito de *interna corporis* ingressa no debate político e jurídico, sendo que a formulação dessa doutrina, tal como conhecida atualmente, pode ser atribuída a Rudolf von Gneist⁷ (Carvalho, 2022).

O juspublicista, ao ser questionado acerca da possibilidade de fiscalização judicial de uma lei, aprovada em desconformidade com o procedimento constitucional previsto para sua elaboração, restringiu a sua admissibilidade à análise

6 As propostas de organização do Parlamento inglês, sobretudo a partir da Revolução Gloriosa, tiveram forte influência no Direito continental europeu, em especial no Direito francês, pós-revolução de 1789, e no Direito alemão (Aranda Álvarez, 2005).

7 Conforme explica Fonseca (2011, p. 39), “a formulação de tal doutrina coube a Rudolf Von Gneist, juspublicista alemão, que em 1863 utilizou pela primeira vez a expressão *interna corporis*, ao se manifestar sobre a possibilidade de o juiz apreciar a regularidade constitucional da tramitação de uma lei, em um caso de não aprovação por parte do Parlamento alemão de determinada lei orçamentária. Rudolf Von Gneist admitiu tal hipótese, desde que os procedimentos internos que se desenvolvessem exclusivamente no Parlamento fossem excluídos de tal apreciação. A esses procedimentos deu-se o nome de *interna corporis*”.

da validade formal da norma, desde que tal análise não adentrasse no exame das fases procedimentais desenvolvidas exclusivamente no interior das Casas Legislativas (Macedo, 2007).

Percebe-se, portanto, a preocupação da teoria, desde sua concepção inicial, com o princípio da separação dos poderes e com o adequado exercício da atividade legislativa.

Aprofundando a análise proposta, deve-se destacar que a concepção tradicional de *interna corporis* se refere, por um lado, à liberdade de dirigir as discussões e o procedimento de deliberação parlamentar e, por outro, à competência exclusiva da faculdade de elaborar os códigos de procedimento e a disciplina parlamentar (Álvares, 2005).

Feitas tais considerações, é importante pontuar que a teoria dos atos *interna corporis* ganha novos contornos com o advento do Estado constitucional e com o reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição.

Se no Estado de Direito a soberania da lei permite reconhecer direitos e deveres aos indivíduos, bem como os meios por intermédio dos quais poderão ser tutelados, no Estado Constitucional, que se desenvolve a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, a lei deve compatibilizar-se com a Constituição (Aranda Álvarez, 2005).

A supremacia da Constituição obriga a que a interpretação de todas as normas, inclusive as parlamentares, deva ser feita de acordo com os princípios e regras da Constituição. A soberania do parlamento deve compatibilizar-se com sua consideração como órgão constitucional (Aranda Álvarez, 2005).

Diante do exposto, verifica-se a necessidade de compatibilização entre diversos valores constitucionais: de um lado a separação de poderes e a independência do Poder Legislativo; de outro, a necessidade de observância dos direitos das minorias e do devido processo legislativo.

3. Reflexões acerca do controle judicial dos atos *interna corporis* no Direito brasileiro

Ainda que caiba ao Judiciário preservar o papel do processo legislativo como aquele que possibilita a transformação da vontade política no Direito, sua atuação não pode desequilibrar as forças dos poderes estatais (Fonseca, 2011).

Desse modo, “o controle judicial do devido processo legislativo não pode pretender-se substituto do parlamento no exercício das deliberações a respeito dos provimentos normativos” (Monteiro Neto, 2020, p. 49).

Fixadas tais premissas, a fim de delimitar o objeto passível do controle judicial sobre a atividade legislativa, deve-se, inicialmente, compreender o papel exercido pelos regimentos internos das Casas Legislativas.

Enquanto a Constituição Federal define regras gerais do processo legislativo, nos regimentos internos é prevista a maioria das regras que o disciplinam. Tais regimentos são veiculados por resoluções, com *status* de lei, independentemente de sanção presidencial, o que demonstra a autonomia das Casas Legislativas (Fonseca, 2011).

A principal função dos regimentos internos é regular a produção normativa, e, na medida em que a sociedade é a destinatária das normas produzidas consoante procedimentos previstos em regimentos internos, as regras procedimentais se revelam não somente garantia dos parlamentares, mas, sobretudo, garantia da sociedade contra ações tomadas por maiorias eventuais (Fonseca, 2011).

Em um segundo momento, deve-se perquirir acerca da natureza jurídica das normas veiculadas pelos regimentos internos e da possibilidade de tais normas serem objeto de controle judicial do devido processo legislativo.

No tocante a tais aspectos, pode-se adotar a perspectiva teórica de que os

regimentos reúnem em seu corpo normas de diferentes naturezas, desde reproduções ou desenvolvimentos diretos de conteúdo normativo constitucional – ocasião em que são dotadas de juridicidade suficiente a servir de fundamento ao exercício do controle judicial do devido processo legislativo –, até normas irrelevantes para o processo de formação dos provimentos legislativos – como no já citado caso do nome parlamentar –, que tratam, realmente, de matéria *interna corporis*, e cujo desrespeito não legitima a atuação jurisdicional. (Monteiro Neto, 2020, p. 59.)

Assim, conforme a perspectiva teórica acima mencionada, a natureza jurídica da norma veiculada nos regimentos internos constitui baliza que delimita a possibilidade ou não de controle judicial.

Tal perspectiva fornece subsídios para o exame da adoção, por parte do STF, da teoria dos atos *interna corporis*, no âmbito do controle judicial da atividade legislativa.

Relativamente ao controle judicial do processo legislativo no Direito pátrio, devem ser tecidas algumas considerações acerca da interpretação conferida pelo STF no tocante à teoria dos atos *interna corporis*, sobretudo diante da fixação de tese, em sede de repercussão geral, sobre a temática.

No âmbito do Recurso Extraordinário (RE) 1.297.884/DF, o STF fixou a tese de que, em respeito ao princípio da separação dos poderes, quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação do sentido e do alcance de normas meramente regimentais das Casas Legislativas (Tema 1.120).

Entretanto, antes de perquirir os fundamentos que orientaram a fixação de tal precedente, torna-se relevante compreender a evolução do entendimento da Corte Constitucional quanto aos atos *interna corporis*.

O acórdão mais antigo que trata sobre a matéria *interna corporis* do Poder Legislativo é datado de 1969 (Recurso Extraordinário 56.281/SP) e possui como objeto discussão acerca de eleição da Mesa de Câmara Municipal de Vereadores.

Posteriormente, no ano de 1980, o STF afastou, no julgamento do Mandado de Segurança (MS) 20.247, a possibilidade de o Judiciário adentrar em matéria *interna corporis*, no julgamento de mandado de segurança impetrado contra ato do presidente do Senado, que havia indeferido requerimento de anexação de projeto de emenda constitucional (Santos, 2024).

Ambos os precedentes, embora tenham sido desenvolvidos em um momento histórico anterior à Constituição de 1988, denotam a recepção da teoria dos atos *interna corporis* pela jurisprudência pátria, revelando a deferência da Corte com as atividades exercidas no âmbito do Poder Legislativo.

Ao que mais interessa ao presente estudo, devem ser examinados os principais precedentes judiciais relativos à teoria dos atos *interna corporis* firmados após a promulgação da Constituição de 1988.

Fonseca (2011) sistematizou algumas das principais decisões do STF acerca do

controle judicial dos atos *interna corporis* e direitos das minorias parlamentares, sob a vigência da Constituição Federal de 1988.⁸

Ao analisar o MS 22.503, de 1996, Fonseca (2011) sustenta que a corrente majoritária firmada no âmbito do STF foi no sentido de que somente seria permitido o controle judicial em caso de ofensa à Constituição, tendo prevalecido o entendimento de que os impetrantes não possuem direito público subjetivo em relação à interpretação das normas regimentais. Trata-se de relevante precedente tendente ao reconhecimento da aplicabilidade da teoria dos atos *interna corporis*.

Por outro lado, Fonseca (2011) aponta que, no ano de 2005, para fins de empreender o controle judicial do processo legislativo, o STF invocou o estatuto constitucional das minorias parlamentares. No caso concreto, o presidente do Senado Federal se negou a suprir omissão dos líderes partidários de indicar representantes para compor Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).

O STF, portanto, autorizou o controle judicial a fim de fazer valer direito de minoria parlamentar de exercício de função fiscalizatória por intermédio de CPI (Fonseca, 2011). Trata-se, também, de relevante precedente, que contribuiu para a posterior consolidação da jurisprudência da Corte acerca das CPIs como um direito subjetivo das minorias parlamentares.

Os precedentes expostos podem ser visualizados no quadro a seguir reproduzido:

8 Conforme Santos (2024, p. 27), após a Constituição de 1988, “um marco na superação do regime político e constitucional autoritário e inflexível, o Supremo se deparou também com o tema das matérias *interna corporis* no Poder Legislativo e houve uma continuidade de sua jurisprudência de não intervenção: MS 24356, de relatoria do Min. Carlos Velloso e julgado em 2003; MS 21754 Agr, de relatoria do Min. Marco Aurélio e julgado em 1993; SS 327 Agr, de relatoria do Min. Sydney Sanches e julgado em 1991; MS 22183, de relatoria do Min. Marco Aurélio e julgado em 1995; MS 22503, de relatoria do Min. Marco Aurélio e julgado em 1996; MS 22494, de relatoria do Min. Maurício Corrêa e julgado em 1996; MS 23388, de relatoria do Min. Néri da Silveira e julgado em 1999”.

Quadro 1 – Precedentes anteriores do Supremo Tribunal Federal acerca de atos *interna corporis*.

Número da ação	Data do julgamento	Relator/redator do acórdão	Órgão julgador	Questão controvertida	Fundamento constitucional	Entendimento firmado
RE 56.281/SP	5/5/1969	Min. Eloy da Rocha	Segunda Turma	Declaração de impedimento de vereador por ato do presidente da Câmara de Vereadores.	Arts. 28 e 36 da CF/1946	Quando não se trata de questão <i>interna corporis</i> , mas de legalidade, a apreciação cabe ao Poder Judiciário.
MS 20.247	18/9/1980	Min. Moreira Alves	Tribunal Pleno	Indeferimento de requerimento de anexação de projeto de emenda constitucional por ato do presidente do Senado.	Art. 2º da CF/1988	Questões <i>interna corporis</i> do Poder Legislativo não estão sujeitas ao controle judicial.
MS 22.503	8/5/1996	Relator min. Marco Aurélio, redator min. Maurício Corrêa	Tribunal Pleno	Questionamento de ato do presidente da Câmara dos Deputados que submeteu a votação emenda aglutinativa, sob o argumento de que ela deveria ter sido considerada prejudicada.	Art. 60, § 5º, da CF/1988	Matéria <i>interna corporis</i> não sujeita à apreciação judicial, exceto em caso de violação a norma constitucional.

Número da ação	Data do julgamento	Relator/redator do acórdão	Órgão julgador	Questão controvertida	Fundamento constitucional	Entendimento firmado
MS 24.849	22/6/2005	Min. Celso de Mello	Tribunal Pleno	Criação e composição de CPI, frustrada pela maioria parlamentar, em desrespeito aos direitos das minorias.	Art. 58, § 3º, da CF/1988	Controle jurisdicional é permitido quando a maioria parlamentar frustra o exercício, pelas minorias, do direito constitucional de investigação parlamentar.
MS 24.831	22/6/2005	Min. Celso de Mello	Tribunal Pleno	Recusa de líderes parlamentares em indicar membros para a composição de uma CPI.		
MS 26.441	25/4/2007	Min. Celso de Mello	Tribunal Pleno	Frustração, pela maioria parlamentar, da criação de uma CPI.		

Proseguindo na análise, deve-se mencionar que a jurisprudência do STF, nos últimos anos, convergiu no sentido de preservar do controle judicial as matérias *interna corporis*. Santos (2024) aponta que, “da ementa dos 71 acórdãos analisados a partir dos filtros metodológicos, apenas em 8 (HC 129129, MS 27931, MS 24849, MS 24831, ADI 5127, MS 26441, MS 26900 MC, ADPF 378) efetivamente afastaram o argumento *interna corporis* para se imiscuir em temas regimentais”.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.968, o STF firmou o entendimento de que devem prevalecer as

normas regimentais no tocante ao regime de tramitação de urgências, no silêncio da Constituição Federal (Santos, 2024). Por sua vez, no MS 37.083-Agr, o STF assentou que não poderia o Judiciário fixar prazo para que o presidente da Câmara dos Deputados apreciasse pedido de impeachment contra presidente da República, sob pena de violação da independência entre os poderes.

Alguns desses precedentes podem ser visualizados no quadro a seguir reproduzido:

Quadro 2 – Jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal acerca de atos *interna corporis*.

Número da ação	Data do julgamento	Relator/redator do acórdão	Órgão julgador	Questão controvertida	Fundamento constitucional	Entendimento firmado
MS 27.931	29/6/2017	Min. Celso de Mello	Tribunal Pleno	Questionamento de deliberação do presidente da Câmara dos Deputados, ao decidir questão de ordem sobre o alcance da expressão “deliberações legislativas”, prevista no art. 62, § 6º, da Constituição, a fim de definir quais proposições legislativas ficam sobrestadas até que se ultime votação de medida provisória.	Art. 62, § 6º, da CF/1988	Possibilidade de controle jurisdicional da deliberação parlamentar quando ocorrente situação configuradora de litígio constitucional.
ADI 5.127	15/10/2015	Relatora min. Rosa Weber, redator min. Edson Fachin	Tribunal Pleno	Tramitação de emenda parlamentar com conteúdo distinto da medida provisória original.	Art. 1º, <i>caput</i> , parágrafo único; art. 2º, <i>caput</i> ; art. 5º, <i>caput</i> e LIV, CF/1988	Inserção de emenda parlamentar em medida provisória com conteúdo estranho ao objeto originário da MP viola o princípio democrático e o devido processo legislativo.

Número da ação	Data do julgamento	Relator/redator do acórdão	Órgão julgador	Questão controvertida	Fundamento constitucional	Entendimento firmado
ADPF 378	17/12/2015	Relator min. Edson Fachin, redator min. Roberto Barroso	Tribunal Pleno	Questionamento do rito de impeachment contra a presidente da República.	Art. 85, parágrafo único, II, CF/1988	A aplicação subsidiária do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e do Senado ao processamento e julgamento do impeachment não viola a reserva de lei especial imposta pelo art. 85, parágrafo único, da Constituição, desde que as normas regimentais sejam compatíveis com os preceitos legais e constitucionais pertinentes, limitando-se a disciplinar questões <i>interna corporis</i> .
ADI 6.968	22/4/2022	Min. Edson Fachin	Tribunal Pleno	Previsão regimental de um regime de urgência que reduza as formalidades processuais em casos específicos, reconhecidos pela maioria legislativa.	Separação de poderes	Adoção do rito de urgência no processo legislativo é matéria <i>interna corporis</i> e não cabe ao STF controle judicial.

Feitas tais considerações, passa-se à análise do entendimento firmado no RE 1.297.884/DF.

Inicialmente, deve-se pontuar que, no caso concreto, foi analisado recurso excepcional no qual o recorrente apontou violação aos arts. 1º, parágrafo único, 37, *caput*, 58, § 2º, I, e 65 da Constituição Federal, ao argumento de não ser possível o controle jurisdicional da interpretação de normas regimentais das Casas Legislativas, bem como de não haver vício formal capaz de infirmar a higidez constitucional da Lei 13.654, de 2018, razão pela qual não mais se considera como causa de aumento o emprego de arma branca no crime de roubo.

Foi dado provimento ao recurso, por maioria de votos, com ressalvas do ministro Gilmar Mendes, o qual destacou que o controle constitucional de normas regimentais poderá ocorrer quando houver violação direta ao texto constitucional, considerando-se como parâmetro de controle toda a Constituição, e não apenas as normas relativas ao processo legislativo.

Foram mencionados pelo ministro relator os seguintes precedentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal:⁹ (1) MS 33.558/DF-Agr, Tribunal Pleno, rel. min. Celso de Mello, *DJe* de 21/3/2016; (2) MS 25.588/DF-Agr, Tribunal Pleno, rel. min. Menezes Direito, *DJe* de 8/5/2009; e (3) MS 26.062/DF-Agr, Tribunal Pleno, rel. min. Gilmar Mendes, *DJe* de 4/4/2008.

9 Foram, ademais, citadas as seguintes decisões monocráticas: (1) RE 1.284.013/DF, rel. min. Edson Fachin, *DJe* de 28/4/2021; (2) RE 1.267.610/DF, rel. min. Nunes Marques, *DJe* de 19/3/2021; (3) RE 1.297.900/DF, rel. min. Gilmar Mendes, *DJe* de 27/11/2020; (4) HC 191.942/DF, rel. min. Cármen Lúcia, *DJe* de 22/10/2020; (5) RE 1.292.315/DF, rel. min. Rosa Weber, *DJe* de 19/10/2020; (6) RE 1.273.076/DF, rel. min. Celso de Mello, *DJe* de 14/9/2020; (7) RE 1.268.662/DF, rel. min. Ricardo Lewandowski, *DJe* de 10/6/2020; (8) RE 1.280.495/DF, rel. min. Alexandre de Moraes, *DJe* de 6/8/2020; (9) RE 1.280.488/DF, rel. min. Roberto Barroso, *DJe* de 6/8/2020; e (10) RE 1.283.682/DF, rel. min. Luiz Fux, *DJe* de 24/8/2020, bem como precedentes de ambas as Turmas: (1) RE 1.239.632/DF-Agr, Primeira Turma, rel. min. Roberto Barroso, *DJe* de 18/6/2020; (2) RE 1.281.276/DF-Agr, Segunda Turma, rel. min. Ricardo Lewandowski, *DJe* de 10/11/2020; (3) RE 1.257.182/DF-Agr, Primeira Turma, rel. min. Luiz Fux, *DJe* de 18/6/2020; RE 1.268.662/DF-Agr, Segunda Turma, rel. min. Ricardo Lewandowski, *DJe* de 4/11/2020; (4) RE 1.279.750/DF, rel. min. Edson Fachin, *DJe* de 16/12/2020.

Quadro 3 – Resumo dos principais entendimentos do STF mencionados no âmbito do RE 1.297.884/DF.

Número da ação	Data do julgamento	Relator/redator do acórdão	Órgão julgador	Questão controvertida	Fundamento constitucional	Entendimento firmado
MS 26.062-Agr	10/3/2008	Min. Gilmar Mendes	Tribunal Pleno	Oferecimento de denúncia por cidadão imputando crime de responsabilidade ao presidente da República. Impossibilidade de recurso contra decisão que negou seguimento à denúncia.	Separação dos poderes	A interpretação do Regimento Interno da Câmara dos Deputados é matéria <i>interna corporis</i> , insuscetível de apreciação judicial.
MS 25.588-Agr	2/4/2009	Min. Menezes Direito	Tribunal Pleno	Procedimento da Presidência da Câmara dos Deputados para processar recursos dirigidos ao Plenário.	Separação dos poderes	Questão <i>interna corporis</i> relacionada à sistemática de processamento de recursos pela Presidência da Câmara dos Deputados não é passível de questionamento judicial, na ausência de violação constitucional.
MS 33.558-Agr	25/11/2015	Min. Celso de Mello	Tribunal Pleno	Recurso contra a decisão do presidente da Câmara dos Deputados que negou seguimento a denúncia contra presidente da República.	Separação dos poderes	Questão <i>interna corporis</i> não passível de controle judicial.

Como síntese dos argumentos veiculados pela corrente majoritária, é possível apontar: a) as normas *interna corporis* analisadas, na medida em que não são concernentes ao processo legislativo instituído pela Constituição Federal, são imunes ao crivo judicial; b) não é possível controle jurisdicional em relação à interpretação de normas regimentais das Casas Legislativas, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes, por intromissão política do Judiciário no Legislativo; c) não há possibilidade de ingerência do Judiciário nas questões de conflito de interpretação, aplicação e alcance de normas meramente regimentais.

A análise da tese firmada no referido tema permite concluir que o STF teve atuação contida no tocante ao controle judicial de atos *interna corporis*, “a fim de consolidar a jurisprudência, preservar a separação dos poderes e destacar a independência e autonomia do Poder Legislativo, quando seus atos interferem somente na sua própria esfera de auto-organização” (Santos, 2024, p. 32 e 33).

A pesquisa exploratória empreendida permite concluir que o STF historicamente vem invocando a doutrina dos atos *interna corporis*, para afastar a possibilidade de controle judicial de normas meramente regimentais das Casas Legislativas. Mesmo anteriormente à Constituição de 1988, foi possível verificar a adoção de tal entendimento, o qual foi consolidado por intermédio da fixação de tese no RE 1.297.884/DF.

A fixação da referida tese também permite concluir que prevaleceram os precedentes convergentes sobre o assunto, os quais ressaltam a necessidade de preservação do princípio da separação de poderes.

Por outro lado, é possível notar, em alguns outros precedentes, a ressalva utilizada, por parte do STF, de que a violação a preceitos constitucionais pode ocasionar o controle judicial nos casos concretos. Como exemplo recorrente da aplicação de tal exceção, é possível mencionar o controle judicial tendente a resguardar o direito das minorias parlamentares em instaurar CPI.

O texto constitucional condiciona a criação de CPIS unicamente ao requerimento de um terço dos membros da Câmara e do Senado, em conjunto ou separadamente. Assim, uma vez que as CPIS possuem assento constitucional e sua criação objetiva alcançar a finalidade constitucional de preservar um direito de minoria parlamentar, é possível concluir que normas regimentais ou práticas legislativas que impeçam sua criação não possuem a natureza jurídica de atos *interna corporis*, mas, ao revés, contrariam diretamente o texto constitucional.

Em síntese, percebe-se que a natureza jurídica das normas regimentais

exerce relevante papel para fins de aferição da possibilidade de revisão judicial: aquelas normas meramente regimentais são excluídas da apreciação jurisdicional, ao passo que as normas que constituem desenvolvimento direto de preceitos constitucionais não estão imunes ao controle judicial.

No entanto, apesar da consolidação do entendimento acima mencionado, verifica-se que mais relevante que a conclusão adotada pelo STF no RE 1.297.884/DF (de que os atos *interna corporis* não são passíveis de controle judicial) é a adoção de justificativa racional e adequada para categorizar uma determinada norma como *interna corporis*.

Em outras palavras, defende-se que, a fim de preservar uma jurisprudência íntegra e coerente, deve a Corte observar parâmetros claros e objetivos para categorizar um ato como *interna corporis*, a fim de prevenir o controle judicial sobre normas regimentais que não constituam o núcleo constitucional das normas parlamentares.

Sugere-se, nesse sentido, a adoção, como regra geral, do entendimento de que as normas regimentais não são passíveis de controle judicial, salvo quando desrespeitado, em concreto, valor fundamental do processo legislativo, com previsão constitucional.

Assim, uma vez identificada potencial inobservância do texto constitucional, defende-se perquirir, no caso concreto, se o procedimento adotado pela Casa Legislativa, como um todo, preservou a finalidade das normas constitucionais sobre processo legislativo.

Tal análise, defende-se, deve observar a instrumentalidade das formas, de modo que mais importante que as questões meramente procedimentais é o atendimento às finalidades constitucionais a serem alcançadas com tais procedimentos.

Assim, somente será caracterizada, em concreto, violação à Constituição se desrespeitado o núcleo mínimo do processo legislativo constitucionalmente previsto, a obstar o atingimento de finalidade constitucional do processo legislativo.

Defende-se que a análise finalística e instrumental proposta permite preservar a separação de poderes, sem, porém, que sejam subvertidas as finalidades constitucionais do processo legislativo.

Para tanto, cabe retomar os conceitos de democracia procedimental: a racionalidade está centrada no processo argumentativo.

Os processos racionais de argumentação permitem legitimar as decisões tomadas pela coletividade, sendo de especial relevo assegurar que os procedimentos

de tomada de decisão sejam democráticos e racionais. O caráter democrático e racional de tais procedimentos é assegurado não somente pelo texto constitucional, mas, sobretudo, pelos regimentos internos das Casas Legislativas.

Assim, ao passo que a Constituição Federal consagra as regras mínimas que conferem racionalidade e legitimidade ao sistema, os regimentos internos, flexíveis e instrumentais, conferem a necessária adaptabilidade dos procedimentos às contingências verificadas na dinâmica parlamentar.

Nesse percurso, preserva-se o parlamento como instância democrática deliberativa por excelência, submetendo ao controle judicial apenas as hipóteses excepcionais. Tais premissas são extraídas do conceito procedimental do Direito, que reconhece o papel essencial exercido pela política como esfera precípua de deliberação racional.

Por sua vez, à jurisdição constitucional compete a tarefa de assegurar a observância apenas das disposições constitucionais acerca do processo legislativo, que conformam seu núcleo essencial, reconhecendo à esfera deliberativa parlamentar, dotada de legitimidade democrática para legislar, a atribuição de disciplinar autonomamente todos os demais aspectos inerentes às suas atividades, na medida em que configuram atos *interna corporis*.

Conclusão

O exame da jurisprudência do STF acerca da revisão judicial da atividade legislativa permite concluir pela atualidade da teoria dos atos *interna corporis* no Direito brasileiro.

A referida teoria tem historicamente sido invocada, no âmbito da jurisprudência analisada, para afastar a possibilidade de controle judicial de normas meramente regimentais.

Nesse sentido, pode-se concluir que a jurisprudência estudada revela compatibilidade com as premissas teóricas da teoria dos *interna corporis acta*, especialmente com sua vertente contemporânea, que leva em consideração a centralidade do texto constitucional para o ordenamento jurídico. Afinal, a supremacia da Constituição obriga que a interpretação de todas as normas, inclusive as parlamentares, deva ser feita de acordo com os princípios e regras da Constituição.

Em tal contexto, a tese firmada no RE 1.297.884/DF demonstra a consolidação dos entendimentos da Corte acerca dos limites da intervenção judicial na seara do processo legislativo.

É possível concluir, ainda, que a teoria discursiva do direito fornece relevantes elementos para a compreensão do processo legislativo. Conforme exposto anteriormente, identifica-se a necessidade de estabelecer um espaço onde a formulação de normas passe por intensos debates políticos, e a legitimidade dos resultados obtidos decorre justamente da racionalidade dos procedimentos adotados para a formulação.

A legitimidade do procedimento adotado para os debates legislativos, em tal contexto, decorre não somente do respeito às normas previstas pela Constituição, mas também do reconhecimento da existência de matérias regimentais alheias ao controle do Poder Judiciário, em respeito ao próprio princípio constitucional da separação de poderes.

Em síntese, portanto, é possível concluir pela relevância e atualidade da teoria dos atos *interna corporis*, mencionada como fundamento teórico central das decisões judiciais analisadas, as quais permitiram a consolidação da jurisprudência acerca da temática dos limites da revisão judicial do processo legislativo.

É possível concluir, ademais, que, a fim de que se mantenha uma jurisprudência íntegra e coerente, deve o Supremo fixar parâmetros claros e objetivos para categorizar um ato como *interna corporis*, a fim de prevenir o controle judicial sobre normas regimentais que não constituam o núcleo constitucional das normas parlamentares.

Assim, retomando-se as premissas da visão procedimental do Direito, é possível preservar a figura do parlamento como instância democrática deliberativa por excelência, submetendo ao controle judicial apenas as hipóteses excepcionais.

Referências

- ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. Claves para entender el concepto y las fuentes del derecho parlamentario. *Revista de las Cortes Generales*, n. 66, p. 7-62, 1 dic. 2005.
- AGRA, Walber. Habermas e a teoria da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, [S. l.], v. 2, n. 3, p. 65-81, 2008.

- CARVALHO, Lucas César Severino. *Por uma crítica ao conceito de interna corporis no direito político brasileiro*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2022.
- FONSECA, Tiago Moreira da. *Os atos interna corporis e as minorias parlamentares: análise sobre a legitimidade do controle judicial em defesa dos direitos de atuação das minorias parlamentares*. 2011. Monografia (especialização) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), Câmara dos Deputados, Curso de Especialização em Processo Legislativo, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flavio Beno Siebenneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LOPES, Fabio Almeida. *Princípios do processo legislativo: uma perspectiva interdisciplinar e sistêmica*. 2009. 95 f. Monografia (Especialização) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), Câmara dos Deputados, Curso de Especialização em Processo Legislativo, 2009.
- MACEDO, Cristiane Branco. *A legitimidade e a extensão do controle judicial sobre o processo legislativo no Estado Democrático de Direito*. 2007. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007.
- MONTEIRO NETO, José Trindade. *O conceito judicial do devido processo legislativo*. 2020. Dissertação de Mestrado (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Escola de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2020.
- NASCIMENTO, Roberta Simões. Devido processo legislativo e qualidade da deliberação legislativa. *Revista da Advocacia do Poder Legislativo*, Brasília, v. 2, p. 141-170, 2021.
- NASCIMENTO, Roberta Simões. *Estudos de direito constitucional parlamentar*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.
- SANTOS, Caio Ruggiero Nicolau. *ADPF do impeachment à luz da análise da jurisprudência do STF: parâmetros para a delimitação do conceito de atos interna corporis do Poder Legislativo*. 2024. 64 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2024.

DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE PARA CONSUMO PESSOAL DE *CANNABIS SATIVA* (RE 635.659): CONSIDERAÇÕES ACERCA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

*Luiza Deretti Martins*¹

Introdução

No atual contexto brasileiro, têm sido frequentes as interações entre manifestações do Poder Judiciário e do Poder Legislativo no que se refere a temas mais ou menos controvertidos na sociedade: legalização do aborto, ampliação ou restrição ao porte de armas, privatização, reforma da previdência e reforma trabalhista, entre muitos outros. De um lado, o Poder Legislativo, composto por representantes eleitos, detém a legitimidade democrática para definir os

1 Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), em Curitiba. Graduada pela mesma universidade. Advogada do Senado Federal, em Brasília. Ex-procuradora do estado do Rio Grande do Sul.

rumos da sociedade. De outro, o Poder Judiciário, composto por magistrados não eleitos, é imbuído da tutela de direitos fundamentais e do controle dos atos legislativos em face da Constituição.

De maneira cada vez mais frequente, as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) vêm impactando de forma bastante direta a delimitação da política do país em uma série de áreas, tomando o centro dos noticiários e virando objeto do debate público. Um exemplar perfeito de uma dessas decisões é o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635.659, afetado como Tema 506 da Repercussão Geral.

Também de modo bastante frequente, tais pronunciamentos judiciais implicam uma reação do Poder Legislativo, o que pode levar à discussão sobre o ator mais adequado para a definição de assuntos tão sensíveis.

Diante desse contexto, o presente artigo se propõe a estudar aspectos da separação de poderes entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, especialmente à luz do que foi decidido no julgamento do Tema 506 da Repercussão Geral. Para tanto, a análise empreendida se limita à atuação do Poder Legislativo Federal (Congresso Nacional), por ser competência privativa da União legislar sobre direito penal material e processual (art. 22, inciso I, CF/88), e do STF, por ter sido essa instância que resolveu a questão de forma definitiva e vinculante para os demais juízes e tribunais.

A problemática que se apresenta é se a decisão no RE 635.659 representaria uma possível crise do paradigma de separação dos poderes no Brasil. São hipóteses: (A) a de que a interferência judicial nas políticas do Legislativo enseja uma crise à concepção de poderes independentes e harmônicos entre si (art. 2º da CF/88); (B) a de que existe normalidade nas interações entre poderes, agindo o STF dentro da sua esfera de competências.

São objetivos específicos do artigo: (i) estudar a teoria da separação de poderes e o fenômeno da judicialização da política, inclusive em parâmetros internacionais; (ii) delimitar o que foi decidido pelo STF no julgamento do RE 635.659; (iii) aprofundar o tema a respeito da legitimidade para a tomada de decisão no que se refere à política de drogas.

O método escolhido é o hipotético-dedutivo, e a pesquisa se debruçará sobre livros, artigos, texto da Constituição, leis infraconstitucionais e decisão do STF.

Justifica-se a escolha do tema do artigo, para além da sua relevância e atualidade, pela correlação temática com a atuação da Advocacia do Senado Federal,

que tem o dever institucional de defender o Senado Federal, que compõe o Poder Legislativo federal, no exercício das suas atribuições e prerrogativas.

O artigo será estruturado em três capítulos, que correspondem aos objetivos específicos do trabalho, com uma conclusão ao final.

1. A premissa da separação de poderes e a judicialização da política

A separação de poderes é uma expressão consagrada na doutrina constitucional, remontando historicamente à obra de Montesquieu, embora as premissas de tal dogma já pudessem ser extraídas de pensamentos mais antigos, como de Aristóteles e Locke (Dallari, 2016, p. 214-215). Atualmente, considerando a compreensão do poder do Estado como uno, entende-se mais preciso que seja tratada como separação das funções estatais, compreendendo a função legislativa, a função administrativa ou executiva e a função judiciária (Bulos, 2015, p. 68).

Como concepção tipicamente atrelada ao liberalismo, o dogma da separação de poderes tem por objetivo a limitação do poder do Estado. Ao evitar a concentração de todas as funções na mesma pessoa ou no mesmo órgão, reduz-se o espaço para práticas arbitrárias em face das liberdades dos indivíduos (Cunha Júnior, 2010, p. 274-275). Assim, a adoção da separação de poderes estaria intimamente ligada ao Estado Democrático de Direito (Nunes; Silva, 2019).

A Constituição Federal de 1988 consagra, como princípio fundamental da República, a independência e a harmonia dos poderes da União: Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 2º). Essa positivação traz uma compreensão moderna de separação entre os poderes, que, embora independentes no sentido orgânico, são controlados uns pelos outros num sistema de freios e contrapesos, com o fim de buscar o *equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade* (Cunha Júnior, 2010, p. 277).

As constituições contemporâneas atribuem funções típicas e atípicas aos poderes constituídos (Peixinho, 2008). Os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo exercem predominantemente as suas funções típicas, mas também podem exercer funções atípicas nas hipóteses delineadas pela Constituição, especialmente para garantir sua própria autonomia e independência (Cunha Júnior, 2010, p. 278). Apenas exemplificativamente, na Constituição Federal de 1988, assim como o Poder Executivo pode editar atos normativos (função legis-

lativa), consubstanciados nas medidas provisórias (art. 62), o Poder Legislativo funciona como órgão julgador dos crimes de responsabilidade (art. 52, I e II).

O Legislativo é o poder da República que tipicamente exerce as funções legislativa e de controle sobre o governo (Silva, 2015, p. 62). No Brasil, em âmbito federal, o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal; em estrutura de bicameralismo, portanto. Segundo Silva (2015, p. 62), é a ideia de representação que motiva o surgimento e a estrutura do Poder Legislativo, que, em sua origem, contava com os nobres representando os nobres e os comuns representando os comuns, cada qual em um órgão próprio (Silva, 2015, p. 61-62). Com a introdução da soberania popular, os mandatários passam a ser representantes do povo (Silva, 2015, p. 61-62).

Ao Poder Judiciário compete a função típica de julgar, resolvendo conflitos de interesse e aplicando a lei no caso concreto, através de processo regular, o que se chama de exercer a jurisdição (Bulos, 2015, p. 1005).

A jurisdição constitucional é voltada à aferição da adequação do controle da atividade do poder público em face das normas constitucionais, tendo como pressuposto o caráter normativo e superior hierárquico da Constituição e a efetividade dos direitos fundamentais (Vieira, 2008, p. 53-55). No Brasil, vigora o controle misto de constitucionalidade, que autoriza a apreciação da constitucionalidade de leis e atos normativos: pelo STF, por uma das ações previstas nos arts. 102, I, *a*, §1º, e 103, §2º, da Constituição, ou por qualquer órgão judicial (incluindo o STF), desde que essa apreciação seja necessária para a resolução do caso concreto posto (Bulos, 2015, p. 1064-1065). Assim, a jurisdição constitucional, no Brasil, pode ser exercida na forma difusa ou concentrada, sem que uma substitua a outra (Vieira, 2008, p. 239).

Ao controle difuso acrescenta-se um novo aspecto: o que se convencionou chamar de “objetivação” (Didier Jr; Cunha, 2014, p. 331-337). Um processo gradual – que culminou na positivação da obrigatoriedade de observância aos precedentes constitucionais do STF no art. 927 do Código de Processo Civil (CPC) (Zaneti Jr, 2016) – por meio do qual as decisões proferidas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade passaram a gerar efeitos não só para as partes do processo, mas também para todos os jurisdicionados, que ficam submetidos aos motivos determinantes da decisão ou precedente (Sarlet; Marinoni, 2020, p. 1117).

Nesse contexto, o atual desenho da ordem jurídica contemporânea fez surgir, tanto no Brasil como no exterior, o fenômeno da judicialização da política, que implica intervenções decisórias do Poder Judiciário que são capazes de afetar a conjuntura política traçada pelos Poderes Legislativo e Executivo (Peixinho, 2008).

Em um estudo aprofundado, Hirschl analisou o que considera um fenômeno global e decisivo nos governos dos anos 1990 ao início do século XXI: a transferência de uma quantidade significativa de poder das instituições representativas (como o Legislativo) para o Judiciário (Hirschl, 2007). A investigação de Hirschl foi centrada nas cortes supremas do Canadá, Nova Zelândia, Israel e África do Sul, todas as quais teriam se tornado palco para discussão de controvérsias políticas fundamentais na democracia, como aquelas atinentes a educação, imigração, política criminal, propriedade e comércio (Hirschl, 2007, p. 169).

Nas conclusões de seu trabalho, o autor se mostra cético a respeito dos efeitos simplesmente positivos do episódio estudado. Embora a atuação das cortes seja comumente associada ao progresso social e à promoção de direitos marginalizados, Hirschl compreende que essa percepção é exagerada. Destaca que direitos constitucionais não podem ser interpretados ou implementados em um vácuo político ou ideológico, mas dependem de um contexto institucional, econômico e social, especialmente no que toca a direitos como erradicação da pobreza e provisão de condições mínimas de vida, que ficam além da interpretação das cortes. A litigância, por outro lado, seria mais efetiva em assegurar direitos de liberdade, associados à esfera privada. Nesse sentido, conclui que a crescente judicialização não parece ter aumentado significativamente a isonomia e tem sido mais eficiente em proteger a esfera econômica (Hirschl, 2007, p. 218-219).

Análise semelhante foi conduzida por Christopher Wolfe, que estudou as decisões da Suprema Corte americana desde o período do caso *Marbury vs. Madison* (Abboud; Lunelli, 2015). Na sistemática mais atual do Judiciário americano, o autor identificou o advento de um poder “quase legislativo” pelos magistrados, que, segundo ele, estariam se valendo da discricionariedade para escolher interpretações que melhor refletissem as suas convicções, preferências e percepções quanto às expectativas e preferências da sociedade (Abboud; Lunelli, 2015).

Retomando o contexto brasileiro, Pontes de Miranda (1971, p. 106) já afirmou que, “em todo caso, no sistema jurídico brasileiro, o controle judicial vai

muito mais longe do que nos outros sistemas jurídicos, inclusive no dos Estados Unidos da América”.

Segundo Sarlet (2020, p. 239), embora se possa questionar a adequação do emprego do termo “judicialização da política” ou “ativismo judicial” na realidade brasileira, é digno de nota “o quanto cada vez mais aparentemente menos se leva em conta o princípio da conformidade funcional, especialmente no que diz com a ampla intervenção do Poder Judiciário na esfera da atividade legislativa”. Quando se trata do ativismo, a principal problemática colocada refere-se à legitimidade democrática das decisões judiciais, já que o magistrado não se submete à *accountability* eleitoral ou à fidelidade aos textos legais (Abboud; Lunelli, 2015).

O STF já reconheceu, em uma série de oportunidades, a existência de um espaço de conformação legislativa dentro do qual o Poder Judiciário deve ser deferente às escolhas do legislador no que toca a questões essencialmente políticas.² Nesse escopo, o STF já se absteve de realizar juízo de valor a respeito de assuntos de política criminal.³ Assim, a necessidade do que se denomina “autocontenção”, “autorrestrrição” ou “deferência” por parte do Judiciário é admitida tanto pelo STF como pela doutrina brasileira e estrangeira (Sarlet; Marinoni, 2020, p. 238).

Está-se, portanto, diante de um fenômeno global e multifacetário, permeado pelo menos pelo princípio democrático, pelo dogma da separação dos poderes e pela supremacia da Constituição.

No presente estudo, propõe-se a análise específica do resultado do julgamento do Tema de Repercussão Geral 506, que tratou da constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei 11.343/2006). Portanto, cabe aprofundar a controvérsia na próxima seção.

2 Nesse sentido, cite-se: a ADI 6.696, que versou sobre a autonomia do Banco Central, e a ADI 1.805, que tratou da possibilidade de reeleição do chefe do Poder Executivo.

3 Confira-se: Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, Recurso Extraordinário 1.133.451-ED-AGR e Recurso Extraordinário com Agravo 1.305.785-AGR.

2. A descriminalização do consumo pessoal da maconha pelo Supremo Tribunal Federal

A Lei 11.434/2006 (Lei de Drogas) instituiu Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), estabelecendo seus objetivos, finalidades e princípios. Até então, a interpretação uníssona da legislação era aquela extraível diretamente da literalidade do art. 28, de que é crime a posse de droga para consumo pessoal, tipificando a conduta de “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (art. 28 da Lei 11.343/2006).

Vale dizer que a tipicidade das condutas previstas na Lei 11.343/2006 sempre esteve vinculada à regulamentação do Poder Executivo do que é considerado droga (Greco, 2015, p. 69) – o que está atualmente delineado pela Portaria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) 344, de 12/5/1998.⁴

A constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 foi questionada perante o STF, resultando no julgamento do Tema de Repercussão Geral 506. A questão central era determinar se o direito fundamental à intimidade e à vida privada (art. 5º, inciso X, da CF/88) permitiria ao legislador infraconstitucional criminalizar a posse de drogas para consumo pessoal, conforme previsto no referido artigo. O tema foi discutido no âmbito do RE 635.659,⁵ interposto contra acórdão que condenou o réu pela posse para consumo pessoal de maconha (*Cannabis sativa*).

Embora não se trate de um caso de controle concentrado de constitucionalidade, a decisão do STF é particularmente relevante por ter sido proferida pelo Plenário da Corte, sob o regime de repercussão geral. Isso significa que sua aplicação se torna obrigatória para todos os juízes e tribunais em casos futuros, conforme previsto no art. 927, III e V, do CPC.

Cabe ressaltar que, para a finalidade deste artigo, a análise ficará limitada às teses fixadas pelo STF, tendo em vista que, na data da elaboração do trabalho, o

4 ANVISA. Portaria – PRT 344 de 12/5/1998. Disponível em: <https://antigo.anvisa.gov.br/legislacao#/visualizar/26291>. Acesso em 8 ago. 2024.

5 STF. RE 635.659. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em 9 ago. 2024.

inteiro teor do acórdão ainda permanecia pendente de publicação. As referidas teses restaram assim redigidas:

1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância *cannabis sativa*, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III);

2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta;

3. Em se tratando da posse de *cannabis* para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença;

4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito;

5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes;

6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários;

7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio;

8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário.

Foi assim que o STF declarou, com efeitos vinculantes para todos os juízes e tribunais, a inconstitucionalidade da criminalização da conduta de posse de drogas para consumo pessoal, especificamente quanto à droga *Cannabis sativa*.

A Corte se valeu do método da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto do art. 28 da Lei 11.343/2006, para afastar qualquer efeito de natureza penal do dispositivo. Pela técnica de decisão da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, o tribunal, inicialmente, identifica que a norma pode ser utilizada em situações diversas: uma em que se apresenta inconstitucional e outra constitucional. Em seguida, declara a inconstitucionalidade da norma em relação à situação em que se apresenta inconstitucional, preservando o texto para as situações em cuja incidência a norma se mantém de acordo com a Constituição (SARLET, 2020, p. 1327).

Assim, segundo o entendimento do STF, o art. 28 da Lei de Drogas, no que toca à *Cannabis sativa*, dá margem a duas aplicações possíveis: a de que a norma criminaliza a conduta de posse para consumo pessoal, gerando efeitos penais, caso em que a sua aplicação seria inconstitucional; ou a de que a norma prevê mero ilícito civil ou administrativo, caso em que permaneceria em conformidade com a Constituição. Com base nisso, a Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas quanto à incidência de efeitos penais, mas preservou o texto do dispositivo. Dessa forma, entendeu que a conduta prevista no art. 28 permaneceria sendo ilícita e sujeita à aplicação das penas: a apreensão da droga e imposição de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III).

Vale dizer que, antes da decisão do STF, a conduta do art. 28 já não era punida com a pena de prisão. Contudo, a doutrina amplamente majoritária entendia que tal circunstância não retirava do fato a natureza de crime, especialmente considerando a sua localização no capítulo relativo aos crimes e às penas (Capítulo III) (Capez, 2006, p. 132), mas significaria unicamente a sua despenalização ou desprisionalização, entendimento igualmente encampado pela jurisprudência (Almeida, 2022).

Nesses termos, ainda que preservado o dispositivo, é inequívoco que a decisão passa a considerar a criminalização do porte de *Cannabis sativa* para consumo pessoal como contrária ao texto constitucional.

Em razão dessa primeira premissa fixada pelo STF (tese 1), contrária a toda interpretação que até então vinha sendo dada ao dispositivo, tornou-se necessário enfrentar os demais pontos inseridos na moldura da Lei 11.343/2006, como tentativa de harmonizar o sistema com o novo entendimento.

Uma das controvérsias envolvendo o art. 28 da Lei de Drogas sempre foi a definição de um critério seguro para determinar em quais circunstâncias a posse da droga se destinaria ao consumo pessoal, e não à traficância. O art. 28, § 2º, estabelece que essa determinação deve considerar, entre outros fatores, a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que a ação ocorreu, bem como as circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e os antecedentes do agente.

Diante desse cenário, o STF fixou, na tese 4, que “será presumido usuário aquele que, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas”. A presunção, segundo a tese, fica em vigor até que o Congresso legisle sobre o assunto. Além disso, a Corte deixou expresso que se trata de presunção relativa, podendo ser afastada se outros elementos indicarem que a droga não era para consumo pessoal (tese 5). Na mesma linha, na tese 8, o STF indicou que, mesmo que tenham sido apreendidas quantidades superiores a 40 gramas, o juiz pode, com base nos demais elementos, concluir que a posse da droga se destinava ao consumo pessoal.

Considerando as dificuldades práticas que a aplicação de tais teses sabidamente geraria, a Corte, nas teses 2, 3, 6 e 7, ainda estabeleceu normas procedimentais para a aplicação prática de sua decisão. Entre essas teses incluem-se a definição da competência para a apuração do ilícito não penal e a aplicação das sanções, bem como o delineamento do procedimento para afastar a presunção de consumo pessoal com base na quantidade (40 gramas) e natureza da substância (*Cannabis sativa* ou seis plantas-fêmeas).

Além de fixar essas teses, o STF determinou que os órgãos públicos (CNJ, Ministério da Saúde, Anvisa, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Tribunais e CNMP) adotem medidas para garantir a aplicação das teses fixadas,

bem como para assegurar que usuários dependentes sejam encaminhados aos serviços da rede pública de saúde para tratamento adequado.⁶

Por fim, houve o que se denominou “apelo” e “conclamação” aos demais poderes da República, para que aprimorem as políticas públicas sobre drogas, destacando-se o que seria, segundo o STF, uma necessidade de mudança de foco de um modelo repressivo para uma abordagem que incluía a prevenção, o cuidado com dependentes e a repressão à produção ilegal e ao tráfico.⁷ A Corte destacou que as políticas públicas devem priorizar o engajamento dos dependentes no processo de autocuidado, a prevenção educativa e a criação de órgãos administrativos voltados ao tratamento adequado do tema.

Dado que a implementação de novas políticas públicas exige recursos, o STF determinou que os demais poderes da República assegurem dotações orçamentárias adequadas para esse propósito. Além disso, ordenou que a União libere o saldo acumulado do Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD) e se abstenha de contingenciar futuros aportes ao fundo.⁸

6 “1) Determinar ao CNJ, em articulação direta com o Ministério da Saúde, Anvisa, Ministério da Justiça e Segurança Pública, Tribunais e CNMP, a adoção de medidas para permitir (i) o cumprimento da presente decisão pelos juízes, com aplicação das sanções previstas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06, em procedimento de natureza não penal; (ii) a criação de protocolo próprio para realização de audiências envolvendo usuários dependentes, com encaminhamento do indivíduo vulnerável aos órgãos da rede pública de saúde capacitados a avaliar a gravidade da situação e oferecer tratamento especializado, como os Centros de Atenção Psicossocial de Álcool e Drogas – CAPS AD;”

7 “2) Fazer um apelo aos Poderes Legislativo e Executivo para que adotem medidas administrativas e legislativas para aprimorar as políticas públicas de tratamento ao dependente, deslocando o enfoque da atuação estatal do regime puramente repressivo para um modelo multidisciplinar que reconheça a interdependência das atividades de (a) prevenção ao uso de drogas; (b) atenção especializada e reinserção social de dependentes; e (c) repressão da produção não autorizada e do tráfico de drogas;”

“3) Conclamar os Poderes a avançarem no tema, estabelecendo uma política focada não na estigmatização, mas (i) no engajamento dos usuários, especialmente os dependentes, em um processo de autocuidado contínuo que lhes possibilite compreender os graves danos causados pelo uso de drogas; e (ii) na agenda de prevenção educativa, implementando programas de dissuasão ao consumo de drogas; (iii) na criação de órgãos técnicos na estrutura do Executivo, compostos por especialistas em saúde pública, com atribuição de aplicar aos usuários e dependentes as medidas previstas em lei;”

8 “4) Para viabilizar a concretização dessa política pública – especialmente a implementação

Vistas todas essas peculiaridades, entende-se que o julgamento do Tema 506 pode ser colocado como exemplo claro do fenômeno discutido no item anterior: a judicialização da política. O julgamento de um caso concreto, que inicialmente se limitava a decidir se o acusado deveria ser condenado criminalmente pela conduta prevista no art. 28 da Lei de Drogas, resultou em uma decisão do STF que altera a conjuntura política estabelecida pelos Poderes Legislativo e Executivo em relação ao tratamento das drogas no país, passando por aspectos de importância fundamental na organização da sociedade: política criminal, legislação processual, atuação da agência reguladora da saúde e orçamento do Executivo.

Trata-se de mais um exemplo que revela a jurisdição sendo exercida de forma distinta do conceito clássico de função de julgar casos, resolvendo conflitos de interesse e aplicando a lei no caso concreto.⁹ A intervenção do Poder Judiciário na formulação e execução de políticas públicas, incluindo decisões sobre a alocação de recursos públicos, introduz novos desafios ao princípio da separação dos poderes consagrado no art. 2º da Constituição.

Embora uma série de considerações possam ser tecidas a respeito de vários pontos do Tema 506 (diferenciação entre a desprisonalização do crime e a declaração de inconstitucionalidade da sua descriminalização, impactos na interpretação sistêmica da Lei de Drogas, razoabilidade da diferenciação do art. 28 apenas em relação à maconha, competência técnica da Anvisa, impacto orçamentário), e apesar de remanescerem pontos que podem ser esclarecidos com a publicação da íntegra do acórdão, a próxima seção tem como objeto a análise do decidido em face do paradigma da separação dos poderes.

de programas de dissuasão contra o consumo de drogas e a criação de órgãos especializados no atendimento de usuários – caberá aos Poderes Executivo e Legislativo assegurar dotações orçamentárias suficientes para essa finalidade. Para isso, a União deverá liberar o saldo acumulado do Fundo Nacional Antidrogas (Funad), instituído pela Lei 7.560/86 e gerido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), e se abster de contingenciar os futuros aportes no fundo, recursos que deverão ser utilizados, inclusive, para programas de esclarecimento sobre os malefícios do uso de drogas. Por fim, a Corte determinou que o CNJ, com a participação das Defensorias Públicas, realize mutirões carcerários para apurar e corrigir prisões decretadas em desacordo com os parâmetros fixados no voto do Relator.”

9 BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1005.

3. Crise de separação de poderes?

A (des)criminalização das drogas é um tema complexo, não apenas por ser altamente controverso na sociedade, mas também pelos impactos sistêmicos que tal decisão pode gerar. Ainda que o confronto de dados com regulamentações estrangeiras mereça cautela, especialmente considerando diferenças essenciais entre a descriminalização para uso recreativo, a descriminalização para uso medicinal e a legalização da conduta, o panorama internacional mostra que existem 34 países em que houve algum tipo de descriminalização do consumo de drogas.¹⁰ O número é significativo em face dos 193 que atualmente compõem a Organização das Nações Unidas (ONU), representando que existe uma controvérsia relevante e atual que vem sendo abordada de diferentes formas por cada Estado-Nação.

Aqui, não se pretende discorrer sobre as vantagens e desvantagens da decisão pela criminalização ou não do uso pessoal recreativo da maconha ou de outras drogas. Outrossim, entende-se que as questões abordadas no julgamento do Tema 506 são, por sua natureza, de competência predominante do Poder Legislativo

Segundo Brandão (2022, p. 256), o Poder Legislativo é o foro mais adequado para a resolução de conflitos policêntricos. Isso porque esse órgão possui a maior capacidade de coletar informações de diversas fontes, consultar especialistas de dentro e fora das casas legislativas e ponderar interesses variados.

Tomando o conceito de políticas públicas como “objetivos econômicos, políticos ou sociais da comunidade, implementados por programas de ações governamentais para coordenar os meios à disposição do Estado”, Brandão conclui que a capacidade institucional e a legitimidade democrática do Poder Legislativo o tornam o poder mais apto a concebê-las e implementá-las (Brandão, 2022, p. 280).

A política criminal relativa ao consumo de drogas, como conflito policêntri-

10 Informação extraída da reportagem da *Folha de S. Paulo*, a partir de um levantamento feito por três ONGs internacionais (Release, International Drug Policy Consortium e Accountability International). Notícia disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2024/06/descriminalizacao-da-maconha-equipara-brasil-a-14-paises.shtml>. Estudo disponível em: <https://www.talkingdrugs.org/decrim/>. Acesso em 9 ago. 2024.

co, enquadra-se nesses assuntos de política pública que atraem a atuação mais legítima do Poder Legislativo.

A partir da concepção dos ciclos de estruturação das políticas públicas, Kurkowski e Forni (2018) analisaram a legitimidade do STF para decidir acerca da política de drogas, especialmente considerando a ausência de omissão dos Poderes Legislativo e Executivo. Anotaram especialmente que o art. 28 da Lei de Drogas não pode ser visto isoladamente, mas como uma parte essencial da política pública sobre drogas, e que decisão do STF sobre o tema não consultaria os diversos atores envolvidos, não seria precedida de estudos de impacto com a devida profundidade e não teria estrutura para avaliar as consequências de sua decisão nas fases do acompanhamento e da avaliação. Assim, “[e]m situações como a da Política de Drogas, os juízes deverão prestigiar as manifestações dos Poderes Legislativo e Executivo, ‘cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade’” (Kurkowski; Forni, 2018, p. 307). Concluíram, em suma, que decisão no sentido da descriminalização (o julgamento ainda não havia sido concluído quando da elaboração do trabalho dos autores) representaria *afrenta ao ciclo da política pública, especificamente em relação às fases de diálogo e apreciação, além da precária capacidade institucional para as fases de acompanhamento e avaliação* (p. 308).

Diante desse paradigma, a decisão do STF no Tema 506 poderia ser considerada um avanço do Poder Judiciário sobre competências típicas do Poder Legislativo. A situação não é inédita do ponto de vista internacional, já que, em 2018, a Corte Constitucional da África do Sul proferiu decisão declarando inconstitucional a lei que proibia “o consumo de maconha na residência por parte de adultos”.¹¹ É digno de nota o fato de ser a África do Sul justamente um dos países estudados por Hirschl (2017), em razão da transferência de significativa parcela de poder sobre decisões políticas ao Judiciário.

A problemática no Brasil adquire ainda mais uma camada, por ser a Anvisa, agência reguladora ligada ao Poder Executivo, a responsável pela exposição do rol das substâncias consideradas como droga.

Retomando os estudos de Brandão (2022, p. 277), o autor anota que não é possível afirmar o Poder Judiciário como o único detentor da última palavra

11 Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/09/18/justica-da-africa-do-sul-legaliza-o-consumo-privado-de-maconha.ghtml>. Acesso em 9 ago. 2024.

sobre a interpretação da Constituição, definindo o sentido da Constituição de forma cogente para a atuação futura dos demais poderes e da sociedade, sem que esses atores tenham a possibilidade de reverter ou mesmo evitar decisões judiciais tidas como inaceitáveis.

Uma vez que os demais poderes – especialmente o Poder Legislativo – têm os instrumentos¹² para reagir a decisões de inconstitucionalidades indesejadas, o debate sobre o sentido futuro da Constituição não se restringe às cortes e não se encerra com a decisão judicial. Pelo contrário, há um diálogo contínuo entre os poderes do Estado (2022, p. 277), dentro da harmonia e independência prevista na Constituição (art. 2º), para a sua interpretação e aplicação na vida da sociedade.

Por essa razão, a ideia de que a única restrição ao exercício das competências do Poder Judiciário é a autocontenção estaria equivocada. Além da consciência do juiz sobre a legitimidade de sua atuação, existem diversas limitações institucionais à atividade judicial (Brandão, 2022, p. 286).

Entre os instrumentos de limitações institucionais à atividade judicial, o que revela maior potencial são os mecanismos de superação legislativa de decisões da Suprema Corte. A reação legislativa reflete uma resposta da comunidade política a decisões judiciais consideradas demasiadamente vanguardistas, ao ponto de romper com a linha de princípios de moral política ainda resguardados em instâncias legislativas (Lopes Filho; Cidrão, 2018). Trata-se de uma reação do Parlamento ao editar uma lei que contraria uma decisão do STF, buscando restabelecer sua vontade legislativa e reafirmar sua autoridade ante o Judiciário.

O caso da vaquejada é bem conhecido e ilustra a prática. Em 6/10/2016, o STF, na ADI 4.983, declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que regulamentava a prática da vaquejada, sob o fundamento de que os maus-tratos aos animais não configuravam a atividade como manifestação cultural legítima, mas sim como prática cruel vedada pelo art. 225, §1º, VII, da Constituição.¹³

12 Dentre eles, o autor cita: a atribuição do Legislativo de aprovar o orçamento dos tribunais e os salários dos juízes, o poder de vetar a posse de indicados pelo Poder Executivo a assumir cargos na Suprema Corte, a possibilidade de impeachment de juízes, a possibilidade de alterar número de membros dos Poder Judiciário e restringir suas competências, a possibilidade de superação legislativa de decisões da Suprema Corte.

13 STF. ADI 4.983. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243>. Acesso em 9 ago. 2024.

A reação legislativa veio, primeiramente, pela Lei 13.364/2016, que elevou a vaquejada à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial.¹⁴ E, posteriormente, com a promulgação da Emenda Constitucional (EC) 96/2017, que acrescentou o § 7º ao art. 225 da Constituição, para dispor que não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizam animais, desde que sejam manifestações culturais registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais.¹⁵ Por fim, sobreveio a exigida regulamentação pela Lei 13.873/2019,¹⁶ de modo que, não obstante a decisão do STF na ADI 4.983, a vaquejada é atualmente atividade lícita.

No caso do consumo pessoal da maconha, uma situação semelhante vem se desenhando. Foi protocolada a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 45, de 2023, para acrescentar ao art. 5º da Constituição o inciso LXXX, com o seguinte teor:¹⁷

Art. 5º

(...)

LXXX – a lei considerará crime a posse e o porte, independentemente da quantidade, de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, observada a distinção entre o traficante e o usuário pelas circunstâncias fáticas do caso concreto, aplicáveis ao usuário penas alternativas à prisão e tratamento contra dependência.

A redação, que ainda pode sofrer mudanças significativas, está em viés oposto à tese fixada pelo STF no julgamento do RE 635.659, já demonstrando indicação de reação legislativa. Não obstante, constou especificamente da justificação da PEC:

14 BRASIL. *Lei 13.364, de 29 de novembro de 2016*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13364.htm. Acesso em 9 ago. 2024.

15 BRASIL. *Emenda Constitucional 96, de 6 de junho de 2017*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm. Acesso em 8 ago. 2024.

16 BRASIL. *Lei 13.873, de 17 de setembro de 2019*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13873.htm. Acesso em 8 ago. 2024.

17 BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição 45, de 2023*. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/160011>. Acesso em 8 ago. 2024.

É fundamental fortalecer a legislação frente aos impasses causados por recentes interpretações judiciais, como por exemplo no Recurso Extraordinário nº 635659, que discute, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, se o porte de maconha para consumo próprio pode ou não ser considerado crime e qual a quantidade da droga diferenciaria o usuário do traficante.

Contudo, consideramos que a decisão sobre descriminalização e fixação de limites deve ser enfrentada pelo Poder Legislativo. Essa medida legislativa reforça a prerrogativa deste poder: de definir políticas nacionais de drogas e resguardar a intenção original do legislador ao estabelecer o artigo 28 da Lei de Drogas.

Portanto, trata-se de uma possível manifestação reativa do Congresso Nacional à tese fixada pelo STF. A mera reação legislativa não parece suficiente para se falar na caracterização de uma crise entre os poderes, mas, sim, para demonstrar justamente o funcionamento das instituições, no movimento de controle recíproco, com o uso dos instrumentos postos pela Constituição para o exercício de suas funções.

É importante que se diga que, no julgamento do RE 635.659, houve a discussão a respeito da constitucionalidade de emenda constitucional que, posteriormente, viesse a prever a criminalização da conduta discutida. Isso se deu diante de interpretações no sentido de que tal PEC esbarraria no art. 60, § 4º, da Constituição, que veda a proposição de emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais.¹⁸

Entende-se que a colocação dessa limitação, *a priori* e em tese, à atividade legislativa do Congresso Nacional gera significativo impacto negativo no balanceamento dos poderes da República. Isso porque, adotando tal posição, o Poder Judiciário se coloca como a última palavra em matéria de interpretação constitucional, de maneira final e definitiva.

Conforme observam Chueiri e Macedo (2018, p. 147), “em democracias constitucionais, a Constituição não é o que a Corte Suprema diz que ela é. Há de se considerar que os demais poderes e nós, o povo, são intérpretes tão legítimos da Constituição quanto a Corte e não podemos ser demitidos de tal tarefa”.

18 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 9 ago. 2024.

Ao estudar o caso da vaquejada, os autores constataram que a reação legislativa mobilizou também a manifestação de diversos setores da sociedade civil ligados à prática, trazendo a discussão sobre a constitucionalidade e os limites desses eventos para o centro da vida política (Chueiri; Macedo, 2018). A interpretação da Constituição, dessa forma, foi levada diretamente à opinião pública.

É assim que a reação legislativa, tipicamente dada como indesejada, pode estimular as disputas sobre os sentidos profundos da Constituição e, dessa forma, reforçar a própria autoridade da Carta (Chueiri; Macedo, 2018). E também por isso é que essa reação não deve ser tolhida de plano.

Nesse sentido, é fundamental viabilizar que a discussão acerca da política criminal do país retorne à instância legislativa, que dispõe de uma visão macro e ao mesmo tempo sistêmica acerca dos aspectos políticos e suas consequências imediatas e mediatas (Lopes Filho; Cidrão, 2018), assim como à instância técnica da Anvisa. A PEC 45, de 2023, devolverá o tema à arena político-parlamentar, colocando-o também no centro do debate da sociedade.

Ademais, o tratamento do tema pela via legislativa permite a formulação de uma política pública mais completa e que faça sentido de forma sistêmica com a Lei 11.343/2006, cujos dispositivos tiveram de ser adequados pelo STF, ou com outra que venha a surgir. Acrescente-se que a prevenção e o combate ao tráfico de drogas, assim como o tratamento diferenciado ao usuário, não se limitam à substância *Cannabis sativa*, mas a uma infinidade de outras que também merecem atenção.

4. Conclusão

Diante de todo o exposto, é possível traçar algumas conclusões.

De início, verificou-se que a evolução da concepção de separação de poderes própria do período do liberalismo evoluiu nas sociedades contemporâneas, mas sem perder a sua relevância para o Estado Democrático de Direito, especialmente pela sua aptidão de reduzir o risco de concentração de poder e de tomadas de decisão arbitrárias.

Constatou-se, ainda, que o fenômeno de protagonismo de tribunais na decisão de matérias com cunho político é global, identificável em uma série de democracias. Nesse contexto, o próprio STF reconheceu a necessidade de

autocontenção nas suas decisões em mais de uma oportunidade.

Avançando, o artigo realizou um panorama geral do que foi decidido no RE 635.659, destacando o seu efeito vinculante. Salientou-se a principal tese fixada: a conclusão segundo a qual a criminalização do consumo pessoal da *Cannabis sativa* seria inconstitucional por afronta ao art. 5º, inciso x, CF/88.

Quanto à criminalização ou não do consumo pessoal de drogas, confirmou-se que o Poder Legislativo é o mais apto institucionalmente a conceber e implementar política de prevenção às drogas.

Por outro lado, verificou-se que o Poder Judiciário não é o único detentor da palavra final acerca da Constituição, sobrepondo-se aos demais poderes. Nessa toada, a reação legislativa, frequentemente vista como negativa, apresenta-se como uma das formas de retomar o debate público acerca do tema decidido pelo STF.

Assim, embora a decisão do RE 635.659 não caracterize, por si, uma crise entre os poderes, eventual obstrução à atividade de reação do Legislativo é sim prejudicial e ameaça o dogma essencial para o Estado Democrático de Direito.

Referências

- ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. *Revista de Processo*, vol. 242, p. 21-47, abr. 2015.
- ALMEIDA, K. Bernstein de. Descriminalização ou despenalização da posse de drogas para consumo pessoal. *Revista da ESMESC*, 29, p. 268-287, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.14295/revistadaesmesec.v29i35.p268>.
- ANVISA. Portaria – PRT 344 de 12 de maio de 1998. Disponível em: <https://antigo.anvisa.gov.br/legislacao#/visualizar/26291>. Acesso em 8 ago. 2024.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- BRASIL. *Lei 13.364, de 29 de novembro de 2016*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/13364.htm. Acesso em 9 ago. 2024.
- BRASIL. *Emenda Constitucional 96, de 6 de junho de 2017*. Disponível em: <https://>

- www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm. Acesso em 8 ago. 2024.
- BRASIL. *Lei 13.873, de 17 de setembro de 2019*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13873.htm. Acesso em 8 ago. 2024.
- BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição 45, de 2023*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/160011>. Acesso em 8 ago. 2024.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 10. ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CHUEIRI, V. K. de; MACEDO, J. A. C. de. *Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada*. Sequência (Florianópolis), n. 80, p. 123-150, dez. 2018.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 3, p. 331-337.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 69.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2007, p. 218-219.
- KURKOWSKI, R. S.; FORNI, J. P. Análise da legitimidade do STF para alterar a política pública nacional sobre drogas no âmbito do controle de constitucionalidade. *Revista da AGU*, [S. l.], v. 17, n. 1, 2018. doi: 10.25109/2525-328X.v.17.n.1.2018.900.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. A (in)constitucionalidade da vaquejada: desacordos, integridade e backlash. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 119-160, set.-dez. 2018. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i3.21997.

- MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1971, tomo v, p. 106.
- NUNES, Danilo Henrique; SILVA, Fernanda Morato. A banalização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no controle difuso de constitucionalidade e separação de poderes. *Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)*. Rio de Janeiro, ano 13, vol. 20, n. 2, maio-ago. 2019.
- PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 4, p. 13-44, jul.-dez. 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- STF. ADI 4.983. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243>. Acesso em 9 ago. 2024
- STF. RE 635.659. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em 9 ago. 2024.
- VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ZANETI Jr., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

CABE RECURSO ESPECIAL POR VIOLAÇÃO A RESOLUÇÃO LEGISLATIVA AUTÔNOMA DO SENADO FEDERAL E DA CÂMARA DOS DEPUTADOS?

*Cláudio de Azevedo Barbosa*¹

1. Introdução²

O objetivo deste artigo é responder ao seguinte questionamento: considerando o conceito de lei federal previsto nas alíneas do art. 105, III, da Constituição, cabe recurso especial por violação a resolução legislativa autônoma do Senado Federal e da Câmara dos Deputados?³

1 Advogado do Senado Federal

2 Agradeço a contribuição de Roberta Simões Nascimento, Edvaldo Fernandes da Silva, Natália Rocha Damasceno e Matheus Vinícius Aguiar Rodrigues nas discussões sobre o conteúdo e revisões do texto deste artigo.

3 A problemática objeto deste artigo já foi parcialmente enfrentada de forma resumida pelo autor em: Barbosa; Fernandes, 2023.

A jurisprudência⁴ atual do Superior Tribunal de Justiça (STJ) responde negativamente, ao se posicionar pelo não cabimento de recurso especial contra resolução legislativa autônoma do Senado Federal:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. TUTELA DE URGÊNCIA APRECIADA PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. REEXAME. DESCABIMENTO. SÚMULAS 7/STJ E 735/STF. RESOLUÇÃO DO SENADO. ATO NORMATIVO NÃO COMPREENDIDO NO CONCEITO DE LEI FEDERAL PREVISTO NO ART. 105, III, A, DA CF. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não há ofensa ao art. 1.022 do CPC quando o acórdão proferido na origem examina todos os pontos necessários à solução da controvérsia, não sendo possível confundir vício de fundamentação com decisão contrária aos interesses da parte.

2. No caso, o Tribunal recorrido emitiu pronunciamento jurisdicional dentro dos limites da cognição sumária realizada por ocasião do exame da tutela de urgência, os quais são bastantes para manter a limitação dos repasses realizados pela municipalidade à instituição financeira, considerando-se o percentual de 10% do valor total percebido pelo referido ente público a título de royalties e participações especiais pela exploração de petróleo e gás natural.

3. No âmbito do recurso especial, não se permite o reexame dos requisitos da fumaça do bom direito e do perigo na demora para o deferimento da medida liminar pelo juízo de origem, seja em razão do óbice constante da Súmula 7/STJ, seja pela incidência do disposto no enunciado da Súmula 735/STF.

4. Ademais, na linha da jurisprudência desta Corte Superior, não é cabível o recurso especial por ofensa à resolução do Senado, pois tal ato normativo não se encontra compreendido no conceito de lei federal disciplinado no art. 105, III, a, da CF.

5. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no ARESp 1.557.254/RJ, rel. min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 25/5/2020, DJe de 29/5/2020.)

Mas será essa a melhor resposta à problemática proposta? Os julgados do STJ

4 Para além do julgado em referência, ver: AgInt no RESp 1.767.554/RS, rel. min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 12/2/2019, DJe 15/2/2019, e AgInt no RESp 1.542.418/DF, rel. min. Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 21/11/2017, DJe 27/11/2017.

sobre o tema se limitam, em regra, a afirmar que não cabe recurso especial contra resolução legislativa autônoma porque essa espécie normativa não se adequa ao conceito de lei federal previsto nas alíneas do art. 105, III, da Constituição. Por vezes, o STJ afirma que essas resoluções são atos normativos secundários, de natureza regulamentar, confundindo as resoluções legislativas autônomas com as resoluções regulamentares.

A doutrina também não tem se debruçado com a profundidade necessária sobre o tema, limitando-se muitas vezes a afirmar a ausência de cabimento de recurso especial contra a espécie normativa do art. 59, VII, da Constituição (resolução das Casas Legislativas) ao reproduzir acriticamente a jurisprudência do STJ. Tal como o STJ, por vezes a doutrina sequer analisa as resoluções legislativas autônomas propriamente ditas, confundindo-as com resoluções meramente regulamentares. Acredita-se que um fator que contribui com essa circunstância é a confusão terminológica entre as resoluções legislativas autônomas, as resoluções regulamentares e as resoluções de efeitos concretos, conforme será exposto na seção 2 deste artigo.

Inicialmente, o artigo analisa algumas das premissas necessárias à resolução do problema proposto (seções 2 e 3). Em um primeiro momento, busca-se discutir a hierarquia normativa das resoluções legislativas autônomas, bem como diferenciá-las das resoluções regulamentares e das resoluções de efeitos concretos, inclusive mediante exemplos (seção 2). Posteriormente, abordam-se o papel do STJ e o adequado conceito de lei federal para fins de cabimento do recurso especial (seção 3).

Estabelecidas as premissas de análise, passa-se a examinar o problema central desta pesquisa: se as resoluções legislativas autônomas se amoldam ao conceito de lei federal para fins de cabimento de recurso especial (seção 4). Desde já se adianta que a resposta é positiva. A seção 5, por sua vez, consiste em um epílogo do trabalho, no qual se fazem algumas observações pontuais sobre os limites na interpretação das resoluções legislativas autônomas ao Poder Judiciário pelo princípio da separação de poderes. Mais trabalhos doutrinários são necessários neste ponto. Ao final, apresentam-se as conclusões do estudo.

Por fim, registra-se que o presente trabalho tem o propósito de responder ao questionamento em referência por meio da metodologia de pesquisa bibliográfica e da análise de julgados do STJ e do Supremo Tribunal Federal (STF), quando necessário.

2. Hierarquia normativa das resoluções legislativas autônomas das Casas Legislativas

A primeira premissa necessária para responder ao problema deste artigo é entender qual a hierarquia normativa das resoluções legislativas autônomas editadas pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados.

A hierarquia normativa de uma norma é dada pelo seu fundamento de validade (Kelsen, 1998). Kelsen afirma que a hierarquia de uma espécie normativa depende da posição da norma que regula a sua produção. Ou seja, a Constituição regula a produção das leis, que regulam a produção de atos administrativos normativos, que, por sua vez, regulam a produção de atos administrativos concretos e assim por diante, formando uma pirâmide. Dizer que uma norma possui maior hierarquia que outra, portanto, é dizer que o fundamento de validade da primeira norma é anterior ao fundamento de validade da segunda norma:

Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. (Kelsen, 1998, p. 155.)

Bobbio (1995, p. 205) evidencia a utilidade dessa concepção ao explicar que, historicamente, entre os critérios para solução de antinomias jurídicas encontra-se o critério da hierarquia, qual seja: “(...) a norma de grau superior (isto é, a estabelecida por uma fonte de grau superior) prevalece sobre aquela de grau

inferior (*lex superiori derogat inferiori*)". Aqui, quando se fala de norma superior, fala-se de norma cujo fundamento de validade é superior.

Observando essa concepção, ao discutir o conceito de constituição formal, Mendes e Branco (2017) explicam que a Constituição Federal⁵ é a norma de maior grau de hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro:

A Constituição, em sentido formal, é o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico. São constitucionais, assim, as normas que aparecem no Texto Magno, que resultam das fontes do direito constitucional, independentemente do seu conteúdo. Em suma, participam do conceito da Constituição formal todas as normas que forem tidas pelo poder constituinte originário ou de reforma como normas constitucionais, situadas no ápice da hierarquia das normas jurídicas. (Mendes; Branco, 2017, p. 68.)

Esclarecido o conceito de hierarquia normativa, tem-se que o art. 59 da Constituição elenca as espécies normativas que encontram fundamento de validade nela própria por meio do processo legislativo. Trata-se dos chamados atos normativos primários, previstos expressamente na Carta Republicana. São elas:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I – emendas à Constituição;
- II – leis complementares;
- III – leis ordinárias;
- IV – leis delegadas;
- V – medidas provisórias;
- VI – decretos legislativos;

5 Hans Kelsen (1998) afirma que, para impedir o regresso ao infinito, o ordenamento jurídico exige a construção lógico-formal de uma norma fundamental hipotética, como pressuposto lógico de validade da Constituição. Dessa forma, pode-se dizer que, para Kelsen, a norma de maior hierarquia não é a Constituição, mas sim a norma fundamental. Mesmo assim, fato é que a ideia de hierarquia de normas como descrita por Kelsen contribuiu para a compreensão atual expressada por Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco. Aprofundar essa evolução histórica, entretanto, foge aos limites do artigo.

vii – resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. (Brasil, 1988.)

As normas citadas acima, portanto, têm a Constituição Federal como seu fundamento de validade. Por isso, quase todas elas possuem a mesma hierarquia normativa. A exceção são as emendas constitucionais, pois, apesar de elas também encontrarem seu fundamento de validade na própria Constituição, elas se incorporam a esse ato normativo, razão pela qual acabam tendo maior hierarquia que as demais (hierarquia constitucional). Nota-se do dispositivo constitucional acima citado, assim, que leis complementares, ordinárias, delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções possuem a mesma hierarquia normativa (hierarquia legal).

Em outros dispositivos, a Constituição Federal dispõe sobre as hipóteses do espaço de aplicação de cada espécie normativa. Algumas matérias devem ser regulamentadas por lei complementar (exemplo: estatuto da magistratura – art. 93, *caput*, CF). Outras (a regra) podem ser objeto de lei ordinária, a qual normalmente pode ser substituída por leis delegadas (art. 68, *caput*, CF) ou medidas provisórias (art. 62, *caput*, CF) – estas últimas se presentes os requisitos de relevância e urgência.

Com exceção das emendas constitucionais, não há hierarquia entre as espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição. Isso se percebe pelo entendimento consolidado de que leis ordinárias e leis complementares possuem a mesma hierarquia, apesar de as leis complementares dependerem de procedimento mais rígido mediante aprovação por maioria absoluta (Cavalcante Filho, 2023). Esse entendimento decorre, como visto, da concepção kelseniana de ambas retirarem seu fundamento de validade da Constituição Federal.

O fato de leis complementares e ordinárias possuírem a mesma hierarquia, entretanto, não permite que matérias que dependam de lei complementar possam ser reguladas por lei ordinária, pois a Constituição prescreve o campo de incidência de cada uma dessas espécies normativas. É certo que leis complementares, por serem de aprovação mais rigorosa, podem regulamentar matéria de lei ordinária (Mendes; Branco, 2017), em razão da máxima do “quem pode o mais pode o menos” (*a maiori ad minus*) e em razão de elas terem a mesma hierarquia. Mas isso só ocorre porque aí há uma razão lógica para permitir que uma espécie

normativa faça as vezes de outra, pois a regra é que cada uma tenha seu espaço de atuação. E, ainda assim, a lei complementar que regulamenta matéria de lei ordinária pode ser revogada por lei ordinária (Mendes; Branco, 2017).

Não é diferente com as resoluções legislativas autônomas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. A Constituição Federal dispõe sobre o âmbito de aplicação dessas espécies normativas em detrimento das outras previstas em seu art. 59. Por vezes, isso ocorre de forma expressa (resolução de fixação de alíquotas máximas e mínimas de impostos estaduais – art. 155, § 1º, IV, § 2º, V, *a*, e § 6º, II, da CF). Entretanto, isso também ocorre de forma implícita, como se dá com as resoluções legislativas autônomas das Casas Legislativas federais para sua organização interna, previstas no art. 51, IV, e no art. 52, XIII, da Carta Republicana:

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

(...)

IV – dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

XIII – dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (Brasil, 1988.)

Como se vê, a Constituição Federal permite que as Casas Legislativas federais legislem, por meio de resolução, sobre seu funcionamento interno (com exceção da fixação da remuneração de seus servidores, o que depende de lei de iniciativa da própria Casa). Mas por qual a razão a Constituição aqui se afastou da regra de organização da administração pública por meio de lei ordinária?

Segundo Meirelles (2017), órgãos e entidades administrativas devem ser criados por lei. A Constituição até permite que o chefe do Poder Executivo edite decreto autônomo para dispor sobre organização administrativa (art. 84, VI, *a*). Mesmo assim, essa espécie de decreto não pode gerar aumento de despesa nem

criar ou extinguir órgãos públicos (Meirelles, 2017). Por qual motivo, então, a Constituição se afastou da necessidade de lei ordinária para a organização do Poder Legislativo?

A resposta é a necessidade de as Casas Legislativas poderem disciplinar sua organização interna sem a interferência indevida do presidente da República por meio da sanção e do veto, em observância ao princípio da separação de poderes (art. 2º da Constituição Federal). Isso ocorre porque o processo legislativo de edição das resoluções não possui fase de deliberação executiva nem necessita de aprovação pela outra Casa Legislativa (Cavalcante Filho, 2023). Dessa forma, compete exclusivamente ao Senado ou à Câmara deliberar sobre sua organização interna.

Inúmeros são os exemplos de resoluções editadas pelas Casas Legislativas federais. Talvez as mais conhecidas sejam o Regimento Interno do Senado Federal (Resolução do Senado Federal 93/1970 e subsequentes alterações) e o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (Resolução 17/1989 e subsequentes alterações). Essas resoluções disciplinam a maneira pela qual as leis federais são votadas e aprovadas (processo legislativo) – o que só evidencia a inexistência de hierarquia entre leis e resoluções:

Normalmente, decretos legislativos e resoluções possuem hierarquia legal, isto é, situam-se no mesmo patamar hierárquico das leis (ordinárias complementares e delegadas). A distinção entre os decretos legislativos e resoluções para as leis é apenas a matéria de que cada espécie trata, mas o status que ocupam na hierarquia do ordenamento jurídico é igual. (Cavalcante Filho, 2023. p. 267.)

Para além dos regimentos internos, pode-se mencionar o Regulamento Administrativo do Senado Federal (Resolução 11/2017 e subsequentes alterações – atualmente previsto na Resolução 6/2024), o qual, no exercício da competência prevista no supracitado art. 52, XIII, da Constituição, dispõe sobre a organização interna do Senado da República. É essa espécie legislativa, de hierarquia legal, que disciplina a estrutura e as competências administrativas dos órgãos que compõem a estrutura interna do Senado Federal.

É importante, entretanto, diferenciar as resoluções autônomas das Casas Legislativas das resoluções meramente regulamentares e das resoluções de efeitos concretos.

As resoluções autônomas são normas jurídicas dotadas de generalidade e abs-

tração, as quais objetivam regular situações jurídicas futuras. São atos normativos primários oriundos de regular processo legislativo, razão pela qual podem inovar no ordenamento jurídico sem violar o princípio da legalidade (desde que respeitem o espaço de atuação previsto na Constituição). Essas são as resoluções objeto do presente estudo.

Já as *resoluções regulamentares* são atos administrativos (e não legislativos). Embora elas possuam caráter normativo, seu objetivo é regulamentar norma de hierarquia superior, como uma lei ou mesmo um decreto. Diferentemente das resoluções autônomas, as resoluções regulamentares não podem inovar no ordenamento jurídico, sob pena de violar o princípio da legalidade. Até porque essas resoluções muitas vezes constituem atos normativos de caráter terciário, pois regulamentam, em nível ainda mais específico, atos normativos secundários (Meirelles, 2017).

As *resoluções de efeitos concretos*, por sua vez, não são dotadas de normatividade, pois seus efeitos se encerram em si mesmas, sem pretensão de regular situações jurídicas futuras. Elas podem muito bem ser atos cuja validade decorre diretamente da Constituição, mas, por não terem normatividade, não se confundem com as resoluções autônomas. Aqui é relevante o conceito de leis de efeitos concretos. Segundo Hely Lopes Meirelles, as leis de efeitos concretos

se equiparam aos decretos individuais, por promoverem casos especiais sem qualquer normatividade, como as leis autorizativas, as que criam Municípios, as que concedem isenções e outras dessas espécies. Tais leis podem ser atacadas diretamente pelas vias judiciais comuns (ações ordinárias) ou especiais (mandado de segurança e ação popular), porque encerram um conteúdo tipicamente administrativo. (Meirelles, 2017, p. 204.)

As leis de efeitos concretos, embora sejam leis em sentido formal, porque aprovadas pelo Poder Legislativo em processo legislativo regular, não o são em sentido material, porque não são dotadas de generalidade e abstração. O mesmo ocorre com as resoluções de efeitos concretos editadas pelo Poder Legislativo.

Essas diferenciações são relevantes em razão do fato de que nem todo ato editado pelas Casas Legislativas denominado “resolução” consiste efetivamente em resolução legislativa autônoma – ato normativo primário previsto na Constituição Federal.

Às vezes a Constituição Federal confere às Casas Legislativas competência para editar atos de efeitos concretos, os quais não têm caráter normativo, por

não possuírem generalidade e abstração. São as resoluções constitucionais de efeitos concretos. Esses atos se equiparam às leis de efeitos concretos.

É o caso, por exemplo, da resolução que aplicou as sanções no processo de impeachment da então presidente da República Dilma Rousseff (Resolução 35/2016), editada no exercício da competência do Senado Federal para processar e julgar presidente da República em crime de responsabilidade (art. 52, I, CF). Não se trata, aqui, de resolução legislativa autônoma.

Outras vezes, é o Poder Legislativo que faz uso da nomenclatura e do procedimento da resolução legislativa autônoma, quando na verdade objetiva praticar um ato administrativo comum, que poderia ser realizado de outra forma. Novamente, aqui há uma resolução de efeitos concretos.

É o que ocorre com a Resolução 13/2018, do Senado Federal, a qual tem como único objetivo mudar a nomenclatura de um espaço físico de café nas dependências do Senado (art. 1º). Não parece haver motivo jurídico para que a mudança de nomenclatura das dependências do Senado necessariamente seja realizada por resolução votada e aprovada pelo Plenário da Casa. Embora o uso de resolução não constitua vício jurídico, essa mudança poderia ter sido realizada por ato da Comissão Diretora (ATC), nos termos do art. 98, I, do Regimento Interno do Senado Federal (RISF),⁶ o qual estabelece a competência desse órgão para exercer a administração interna senatorial.

Estabelecidas as premissas de análise referentes à hierarquia e o conceito das resoluções das Casas Legislativas, passa-se à análise do papel do STJ e da importância dos recursos especiais.

3. O papel do STJ como Corte de Vértice e o conceito de lei federal para cabimento de recurso especial

Segundo Mendes e Branco (2017), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi criado no contexto da “(...) chamada crise do recurso extraordinário e da admis-

6 Art. 98. À Comissão Diretora compete: I – exercer a administração interna do Senado nos termos das atribuições fixadas no seu Regulamento Administrativo; (Brasil, 2024, grifos acrescidos.)

são da arguição de relevância (...)" (Mendes; Branco, 2017, p. 887). Inspirados no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e no Tribunal Superior do Trabalho (TST), o propósito dos constituintes era criar uma corte com o objetivo de uniformizar a interpretação do Direito federal ordinário, deixando que Supremo Tribunal Federal (STF) se dedicasse às questões constitucionais (Mendes; Branco, 2017).

É por isso que o próprio site institucional do STJ (no qual a Corte se comunica com a sociedade) afirma que sua missão é "Uniformizar a interpretação da legislação federal e oferecer justiça ágil e cidadã". Já a visão da Corte é "Consolidar o STJ como uma corte de precedentes que oferece justiça ágil, moderna, preventiva cidadã" (Superior Tribunal de Justiça, 2024).

Para Marinoni (2019), quando a Constituição Federal estabelece como hipótese de cabimento do recurso especial a divergência jurisprudencial (art. 105, III, c, da Constituição), fica claro que a missão constitucional do STJ é uniformizar a interpretação da lei federal dada pelo Poder Judiciário, com o objetivo de contribuir com a segurança jurídica nacional. Esse autor defende que o STJ é uma corte de precedentes, devendo os demais tribunais da justiça comum seguir seu entendimento:

Não há como ver, na incumbência de o Superior Tribunal de Justiça uniformizar a interpretação da lei federal, algo distinto. Cabe-lhe, sem dúvida, decidir para obstar decisões discrepantes sobre uma mesma questão federal. De modo que as suas decisões, quando pacificadas em seu âmbito, constituem precedentes obrigatórios. É completamente absurdo imaginar que, tendo o Superior Tribunal de Justiça o dever de uniformizar a interpretação da lei federal, possam os Tribunais de Justiça e Regionais Federais aplicá-la de modo diferente. Tal possibilidade constituiria agressão à coerência do direito e à segurança jurídica, impossibilitando a racionalização do acesso à justiça. (Marinoni, 2019, p. 312.)

Em que pese a existência de relevantes críticas⁷ à tese do sistema brasileiro de precedentes, não há como negar a importância da uniformização da interpretação judicial para a segurança jurídica, sobretudo em um país continental. Levando em consideração somente a Justiça comum, existem 27 tribunais de

7 Ver: Streck, 2024.

justiça e 6 tribunais regionais federais – todos interpretando diariamente centenas de causas envolvendo a legislação federal. Nesse contexto, a inexistência ou a inefetividade de um tribunal de uniformização causaria grave insegurança jurídica.

Além disso, deve-se considerar a importância do papel uniformizador do STJ para a unidade política, econômica e jurídica do Estado federal brasileiro. Segundo Russomano (1965), o federalismo exige a unidade de interpretação das leis federais. Essa unidade é essencial para garantir que a aplicação das leis ocorra de maneira uniforme em todo o território nacional, evitando distinções interpretativas locais que possam comprometer a igualdade entre os cidadãos e os entes federados.

A interpretação uniforme das leis federais também promove um ambiente de previsibilidade essencial ao desenvolvimento econômico, sobretudo porque compete à União legislar privativamente sobre áreas importantes para a atividade econômica, como direito civil, comercial, agrário, minerário e muitos outros (art. 22, I e XII, da Constituição).

Ono (2019) alerta sobre os riscos da falta de harmonia na interpretação de legislação federal no caso de instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas sobre a mesma questão federal em diferentes TJs e TRFs. Daí também decorre a importância do papel de uniformização desempenhado pelo STJ:

Embora a definição das competências funcionais dos TJs e dos TRFs não esteja atrelada à repartição das competências legislativas entre os estados e a União, é importante refletir sobre as razões da existência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sistema jurídico brasileiro. Esse ponto sinaliza em que medida o constituinte de 1988 reconheceu a importância de se garantir a autoridade da lei federal e, em termos invariáveis, entre os estados-membros da Federação.

Pela análise do art. 105, III, c, é notória a competência do STJ em uniformizar a interpretação da lei federal quando de eventual divergência de entendimentos entre tribunais de 2º grau. Pode-se extrair a relevância que o constituinte atribuiu à aplicação uniforme de matéria cuja competência legislativa pertença privativamente à União. Assim, um incidente processual que contrarie a noção de integridade normativa do direito federal tem grande potencial de recair em inconstitucionalidade.

(...)

Pelo exposto, nota-se a tendência à dispersão jurídica proveniente da fixação de diferentes teses sobre idêntica questão relacionada à aplicação da legislação federal, ferindo, assim, a isonomia entre os entes federativos (horizontalmente, entre os estados e, verticalmente, entre os estados e a União). Nessa linha, questiona-se se tal oposição à forma Federativa de Estado, delineada pelo constituinte da CF de 1988, acarretaria a inconstitucionalidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. (Ono, 2019, n.p.)

E esse papel uniformizador é exercido, sobretudo, por meio do julgamento de recursos especiais. Segundo a Constituição Federal, três são as hipóteses de cabimento de recurso especial perante o STJ:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. (Brasil, 1988.)

Para Didier Jr. e Cunha (2017, p. 396), a expressão “lei federal”, para fins da hipótese de cabimento prevista na alínea *a* acima, abarca: “(...) a) lei complementar federal; b) lei ordinária federal; c) lei delegada federal; d) decreto-lei federal; e) medida provisória federal; f) decreto autônomo federal”; ou seja, abarca atos normativos primários, cujo fundamento de validade é a Constituição Federal. Os autores também afirmam a possibilidade de cabimento de recurso especial contra decreto regulamentar que extrapola a lei (por violação ao princípio da legalidade) e contra convênios de natureza constitucional. Todavia, posicionam-se contra o cabimento em razão da violação de resoluções, tendo em vista sua natureza regulamentar (embora não analisem especificamente as resoluções das casas legislativas) (Didier Jr.; Cunha, 2017).

Sobre a hipótese de cabimento prevista na alínea *b*, Didier Jr. e Cunha (2017, p. 398) explicam que ela se refere a uma “(...) hipótese de contraste entre o ato

de governo local e uma norma federal”. Em outras palavras, trata-se da hipótese de um ato governamental local violar a lei federal (sendo, portanto, inválido), mas julgado válido pela decisão recorrida.

Por fim, sobre a hipótese de cabimento prevista na alínea *c*, tem-se que ela se refere ao dissídio jurisprudencial entre tribunais sobre a mesma norma federal. É dizer, ao interpretar a mesma norma em situações análogas, os tribunais chegaram a conclusões jurídicas distintas. Como visto, essa é a hipótese que melhor retrata a missão constitucional do STJ de uniformizar a interpretação da legislação federal:

Se tribunais diversos encontram para casos semelhantes normas gerais diversas, é preciso que o STJ intervenha para compor a divergência jurisprudencial. E isso é o quanto basta para o conhecimento do recurso especial. Pouco importa a situação processual (...) da qual surgiu a decisão. A principal função constitucional do Superior Tribunal de Justiça é promover a unidade do Direito, uniformizar a jurisprudência nacional, eliminando divergência havida entre tribunais diferentes, independentemente do tipo de recurso em que proferido o precedente. É preciso, apenas, que haja divergência entre precedentes de tribunais diversos, cabendo ao STJ eliminar essa divergência e firmar a orientação a ser seguida pelos tribunais e, de resto, pela comunidade jurídica. (Dider Jr; Cunha, 2017, p. 398.)

Note-se que todas as hipóteses de cabimento pressupõem alegação, pelo recorrente, de violação a “lei federal” (Moreira, 1996). Na alínea *a*, alegar essa violação é exigido expressamente. Na alínea *b*, o ato de governo local evidentemente deve contrariar a lei federal, segundo o recorrente. Na alínea *c*, o julgado recorrido deve ter interpretação divergente e necessariamente tida como a incorreta pelo recorrente, que indicará julgados paradigmas que adotaram a interpretação que ele pretende que seja a vencedora.

Por isso a importância da adequada compreensão do conceito de lei federal para fins do cabimento do recurso especial, especialmente no que se refere às resoluções autônomas das Casas Legislativas federais. Assim, por *lei federal* entende-se qualquer ato normativo primário de caráter nacional cujo fundamento de validade é a Constituição Federal, dotado de suficiente generalidade e abstração para dar ensejo a interpretações distintas, o que faz surgir a necessidade de uniformização dessas interpretações pelo STJ.

4. Resoluções legislativas e o conceito de lei federal para cabimento de recurso especial

Estabelecidas as premissas de análise necessárias, chega-se ao momento de discutir o problema central deste artigo: cabe recurso especial por violação a resolução autônoma das Casas Legislativas federais? A resposta deveria ser positiva.

Desde já, destaca-se que essa conclusão não se aplica às chamadas resoluções regulamentares nem às resoluções de efeitos concretos. Como visto na seção 2 deste trabalho, as resoluções regulamentares são atos administrativos que não podem inovar no ordenamento jurídico e objetivam regular atos normativos de hierarquia superior. Já as resoluções de efeitos concretos não são dotadas de normatividade, e seus efeitos se encerram em si mesmas, tais como as leis de efeitos concretos. Não cabe recurso especial por alegação de violação a essas espécies normativas.

Com relação às resoluções regulamentares, tem-se que não consistem em atos normativos primários, razão pela qual não estão contidas no conceito constitucional de lei federal para o cabimento de recurso especial. Em situações específicas, pode-se cogitar da aplicação do entendimento de Didier Jr. e Cunha (2017) sobre os decretos regulamentares, segundo o qual cabe recurso especial se essa resolução ultrapassar os limites da lei regulamentada, por violação ao princípio da legalidade. Mas aí o cabimento do recurso especial será em razão da violação da lei federal regulamentada pela resolução regulamentadora, e não em razão da violação à resolução propriamente dita.

Com relação às resoluções de efeitos concretos, tem-se que elas não são atos normativos propriamente ditos. Embora muitas das resoluções de efeitos concretos editadas pelas Casas Legislativas federais estejam previstas expressamente na Constituição, a ausência de generalidade e abstração impede que elas se amoldem ao conceito constitucional de lei federal para cabimento de recurso especial. Além disso, a ausência de normatividade dessas resoluções também evidencia a desnecessidade de uniformização interpretativa: como elas se encerram em si mesmas, não há, a princípio, necessidade de o STJ exercer seu papel de uniformização nacional.

No que se refere às resoluções legislativas autônomas, entretanto, tem-se que elas se amoldam perfeitamente ao conceito constitucional de lei federal para

cabimento do recurso especial. Isso porque, como visto, essas resoluções são atos normativos primários, com hierarquia legal, originárias de regular processo legislativo. Possuem generalidade e abstração, objetivando regular situações jurídicas futuras.

O caráter normativo dessas resoluções exige que o STJ exerça seu papel de uniformizar sua interpretação pelo Poder Judiciário. Todas as razões mencionadas na seção 3 deste artigo para a necessidade de uniformização da interpretação das leis ordinárias também se aplicam às resoluções legislativas autônomas. Apesar de o âmbito de aplicação dessas resoluções ser mais restrito, a necessidade de uniformização também está presente.

Um exemplo hipotético baseado na resolução legislativa autônoma prevista no art. 155, § 1º, IV, da Constituição pode ser elucidativo. Esse dispositivo determina que o Senado Federal poderá fixar as alíquotas máximas do imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação (ITCMD):

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I – transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

(...)

§ 1º O imposto previsto no inciso I:

(...)

IV – terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal; (Brasil, 1988.)

O que acontece se um contribuinte questionar, perante o Poder Judiciário estadual, a cobrança do ITCMD em alíquota fixada pelo estado-membro em desacordo com a respectiva resolução do Senado?⁸ Mesmo que essa alíquota tenha sido fixada de forma a violar a referida resolução, caso o tribunal de justiça local entenda que não há violação, prevalecerá a alíquota estadual. Nessa hipótese, cabe ao STJ julgar o recurso especial interposto pelo contribuinte. Entender em sentido contrário faria com que cada um dos 27 tribunais de justiça estaduais pudesse fazer valer sua própria interpretação da mencionada resolução (na hipótese de seus respectivos estados copiarem a cobrança indevi-

8 Resolução do Senado 9/1992, a qual dispõe que a alíquota máxima do ITCMD será de 8%, permitindo, ainda, alíquotas progressivas.

da), fazendo com que em alguns estados a interpretação fosse uma e em outros a interpretação fosse diversa.

Nessa situação, fica fácil observar os riscos à segurança jurídica e ao princípio federativo nos termos expostos na seção 3 deste artigo. A incerteza sobre a carga tributária prejudicaria cidadãos e empresas, além de violar o princípio da isonomia. Isso pode desincentivar investimentos e dificultar o planejamento econômico. Já o federalismo brasileiro, que pressupõe uma coordenação entre os entes federados, seria comprometido pela falta de consistência interpretativa.

No exemplo citado, o recurso especial poderia ser interposto com base em qualquer uma das três alíneas previstas no art. 105, III, da Constituição:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. (Brasil, 1988.)

O cabimento com base na alínea *a* decorre do fato de que, no exemplo, houve violação a resolução legislativa autônoma do Senado sobre a matéria. Já o cabimento com base na alínea *b* decorre do julgamento favorável ao ato do governo local que cobrou o tributo em desacordo com a resolução. O cabimento com base na alínea *c*, por fim, será possível ao demonstrar a divergência jurisprudencial entre tribunais de justiça sobre essa mesma controvérsia jurídica.⁹

O raciocínio aqui apresentado é o mesmo daquele utilizado para o conhecimento de recurso especial com base em violação de decreto legislativo do Congresso Nacional. Tanto a resolução legislativa autônoma como o decreto legislativo são atos normativos primários de caráter nacional, dotados de ge-

9 Destaca-se que decidir sobre a efetiva violação à resolução é questão de mérito recursal. Para o cabimento, basta que o recorrente alegue que a violação aconteceu. A linguagem utilizada no exemplo é apenas para facilitar a compreensão do cabimento. Ver: Moreira, 1996.

neralidade e abstração, os quais podem necessitar de uniformização interpretativa pelo Poder Judiciário. É por isso que o próprio STJ conhece de recursos especiais que versam sobre controvérsias a respeito da interpretação de decretos legislativos, inclusive em recurso especial repetitivo, como se vê do item 5 da ementa abaixo:

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO RECONHECIDA. SÚMULA 329/STJ. CONCESSÃO DE VANTAGENS FINANCEIRAS. DIPLOMAS DE INSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS. REVALIDAÇÃO. NECESSIDADE. OFENSA À PORTARIA MINISTERIAL. NÃO CABIMENTO.

1. Cuida-se, originariamente, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a Fundação pública ora recorrente e outros particulares, objetivando a declaração de nulidade dos atos de concessão de vantagens financeiras decorrentes de progressão funcional baseada na utilização de diplomas estrangeiros.

2. O Parquet possui legitimidade ativa para propor Ação Civil Pública que visa à reparação de dano ao patrimônio público (Súmula 329/STJ).

3. De acordo com o art. 48 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei 9.394/1996, cabe às Universidades Públicas a revalidação dos diplomas expedidos por instituições de ensino estrangeiras.

4. Não se conhece da ofensa à Portaria MEC 475/1987, em Recurso Especial, tendo em vista que esse ato normativo é desprovido de status de lei federal, nos moldes previstos pela legislação de regência específica. Precedente do STJ.

5. O Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul (promulgado pelo Decreto Legislativo 5.518/2005) não afasta a obediência ao processo de revalidação previsto na Lei 9.394/1996.

6. Recursos Especiais parcialmente conhecidos e não providos. (RESP 971.962/RS, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/11/2008, DJe de 13/3/2009.)

No caso, o STJ conheceu da controvérsia relativa à necessidade, ou não, de procedimento de revalidação de diplomas universitários oriundos de países do Mercosul à luz do Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos Estados Partes do Mercosul (Decreto Legislativo 5.518/2005). Nesse julgado, a Corte decidiu que o art. 1º do referido

decreto legislativo não retira a necessidade de observância do procedimento de revalidação, reconhecendo, portanto, o cabimento do recurso especial no ponto. E, como visto, as mesmas razões que justificam o cabimento do recurso especial por violação a decreto legislativo também justificam o cabimento contra violação a resolução legislativa autônoma.

Além disso, o entendimento do STF é no sentido de que a controvérsia relacionada à interpretação de decretos legislativos possui natureza infraconstitucional:

Recursos extraordinários. Direito Tributário. Convenção entre o Brasil e a Suécia para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda (Decreto nº 77.053/76). Imposto de renda retido na fonte. Isenção. Dividendos distribuídos por empresas nacionais sediadas no Brasil a sociedade da Suécia residente naquele país. Empate no julgamento do apelo extremo interposto pela União. Proclamação de solução contrária à pretendida pela recorrente (art. 146 do RISTF).

1. Trata-se de controvérsia, tendo presente a Convenção entre o Brasil e a Suécia para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda (Decreto nº 77.053/76), acerca da isenção, garantida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), do imposto de renda retido na fonte incidente sobre dividendos distribuídos por empresas nacionais sediadas no Brasil a sociedade da Suécia residente naquele país, todas citadas nos autos. Verificação de empate no julgamento do recurso extraordinário da União interposto contra acórdão do STJ.

2. No que se refere à condição jurídica dos tratados internacionais em face de normas de direito interno, os principais entendimentos dos Ministros integrantes da corrente a favor do provimento de tal recurso podem ser sintetizados do seguinte modo: de um lado, defendeu-se que (i) tratados internacionais são espécies normativas infraconstitucionais distintas e autônomas, as quais não se confundem com normas federais, tais como decretos-legislativos, decretos executivos, medidas provisórias, leis ordinárias ou leis complementares e (ii) a Carta Federal não respalda o paradigma dualista; de outro lado, alegou-se existir paridade normativa entre atos internacionais e leis infraconstitucionais de direito interno, resolvendo-se as antinomias entre essas normas pelo critério cronológico ou da especialidade e ressaltando-se os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos. Argumentou-se, também, que o art. 98 do CTN, de modo legítimo, atribui precedência aos tratados ou convenções internacionais em matéria tributária e

estabelece, em virtude do critério da especialidade, a suspensão provisória da eficácia e da aplicabilidade do ordenamento positivo interno. O entendimento sobre a alegada afronta ao princípio da isonomia é de que o acórdão recorrido confundiu o critério de conexão nacionalidade com o de residência, estendendo a todos os súditos suecos residentes no exterior benefícios fiscais apenas concedidos aos residentes no Brasil.

3. A argumentação da corrente contra o provimento do apelo extremo da União pode ser resumida da seguinte maneira: para se ultrapassar o entendimento da Corte Superior, a qual consignou ter aquela convenção vedado a dupla tributação e a distinção entre nacionais e residentes, seria necessário o reexame da causa à luz da legislação infraconstitucional pertinente, o que não é permitido em sede de recurso extraordinário.

4. Os Ministros julgaram prejudicado, por unanimidade, o recurso extraordinário interposto pela Volvo do Brasil Veículos LTDA e outros contra o acórdão do TRF-4. Foi negado provimento ao recurso extraordinário da União em razão do empate na votação, nos termos do art. 146 do RISTF. (RE 460.320, rel. min. Gilmar Mendes, relator p/ o acórdão Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 5/8/2020, DJe de 6/10/2020.)

É dizer: assim como ocorre com as controvérsias que dizem respeito à interpretação das leis federais em sentido estrito, o STF se posiciona pelo caráter infraconstitucional das controvérsias que se referem às resoluções do Senado Federal. Raciocínio idêntico se aplica às resoluções legislativas autônomas, pois onde há a mesma razão deve haver o mesmo direito. O fato de o STF entender que a natureza da controvérsia é infraconstitucional (o que é correto) atrai a também correta conclusão de que cabe ao STJ uniformizar a interpretação judicial relativa a esses atos normativos (decretos legislativos e, consequentemente, resoluções).

Por fim, embora esse aspecto já tenha sido pontuado, deve-se considerar as consequências do entendimento em sentido contrário. Entender pelo não cabimento de recurso especial contra violação a resolução legislativa autônoma implica a completa impossibilidade de qualquer uniformização nacional da interpretação jurisdicional desses atos normativos.

Explica-se. Caso o exame das resoluções legislativas autônomas em sede de recurso especial não seja cabível, o STJ jamais poderá conhecer dessas controvér-

sias em ritos processuais que se iniciam em primeira instância. Essa circunstância permitiria que, não sendo hipótese de competência originária,¹⁰ a interpretação das resoluções autônomas do Senado Federal ficaria ao completo alvedrio dos tribunais de segunda instância – sem qualquer uniformização nacional.

É dizer, cada um dos 32 tribunais de segundo grau da Justiça comum (27 TJs e 6 TRFs) poderia interpretar o sentido jurídico dessas resoluções como bem entendesse. Essa hipótese consistiria em evidente violação ao princípio da segurança jurídica e ao pacto federativo. A prevalecer esse entendimento, um tribunal de segundo grau poderia, inclusive, impor ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados uma interpretação que negasse vigência a suas resoluções legislativas autônomas, de modo a violar também o princípio da separação de poderes, sem que o STJ pudesse corrigir esse equívoco.

Por isso, surpreende a jurisprudência mais recente do STJ mencionada na introdução deste trabalho, que entende pelo não cabimento de recurso especial contra resolução legislativa autônoma do Senado Federal:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. TUTELA DE URGÊNCIA APRECIADA PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. REEXAME. DESCABIMENTO. SÚMULAS 7/STJ E 735/STF. RESOLUÇÃO DO SENADO. ATO NORMATIVO NÃO COMPREENDIDO NO CONCEITO DE LEI FEDERAL PREVISTO NO ART. 105, III, A, DA CF. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não há ofensa ao art. 1.022 do CPC quando o acórdão proferido na origem examina todos os pontos necessários à solução da controvérsia, não sendo possível confundir vício de fundamentação com decisão contrária aos interesses da parte.

2. No caso, o Tribunal recorrido emitiu pronunciamento jurisdicional dentro dos limites da cognição sumária realizada por ocasião do exame da tutela de urgência, os quais são bastantes para manter a limitação dos repasses realizados pela

10 O art. 102, I, *d*, da Constituição Federal estabelece a competência originária do STF para julgar mandado de segurança contra atos das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Dessa forma, é possível que a interpretação jurisdicional sobre resoluções legislativas autônomas ocorra perante o STF, o qual inevitavelmente produzirá um julgado com relevante eficácia persuasiva para o restante Poder Judiciário. Todavia, essa possibilidade é bastante restrita e não se afigura suficiente para a uniformização nacional sobre controvérsias infraconstitucionais realizada pelo STJ em sede de recurso especial.

municipalidade à instituição financeira, considerando-se o percentual de 10% do valor total percebido pelo referido ente público a título de royalties e participações especiais pela exploração de petróleo e gás natural.

3. No âmbito do recurso especial, não se permite o reexame dos requisitos da fumaça do bom direito e do perigo na demora para o deferimento da medida liminar pelo juízo de origem, seja em razão do óbice constante da Súmula 7/STJ, seja pela incidência do disposto no enunciado da Súmula 735/STF.

4. Ademais, na linha da jurisprudência desta Corte Superior, não é cabível o recurso especial por ofensa à resolução do Senado, pois tal ato normativo não se encontra compreendido no conceito de lei federal disciplinado no art. 105, III, a, da CF.

5. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no ARESp 1.557.254/RJ, rel. min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 25/5/2020, DJe de 29/5/2020.)

Esse posicionamento parece ter sido construído sem a adequada reflexão sobre a controvérsia, pois os argumentos a favor do cabimento de recurso especial contra resolução legislativa autônoma não foram examinados no acórdão mencionado. Além, disso, o próprio STJ afirmou no passado o cabimento de recurso especial contra resoluções do Senado Federal (ainda que em *obter dictum*):

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. A EXPRESSÃO “LEI FEDERAL”. ALCANCE. A LOCUÇÃO “LEI FEDERAL”, CONTIDA NO ARTIGO 105, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ABRANGE TÃO SOMENTE AS LEIS COMPLEMENTARES, ORDINÁRIAS E DELEGADAS, AS MEDIDAS PROVISÓRIAS, OS DECRETOS LEGISLATIVOS, AS RESOLUÇÕES DO SENADO FEDERAL, OS DECRETOS, OS REGULAMENTOS E OS CONVÊNIOS ENTRE ESTADOS-MEMBROS PREVISTOS NA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO, EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA, (...) (Agr no AI 22.023/DF, rel. min. Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 9/9/1992, DJ 13/10/1992.)

Diante do que foi discutido, portanto, conclui-se que cabe recurso especial por violação a resolução autônoma das Casas Legislativas federais.

5. Epílogo necessário: os limites da interpretação judicial das resoluções legislativas autônomas

Após analisar a problemática chave deste artigo, são necessárias algumas observações pontuais sobre os limites da interpretação judicial das resoluções legislativas autônomas.

Com efeito, o princípio da inafastabilidade de jurisdição permite que o Poder Judiciário interprete as resoluções autônomas editadas pelas Casas Legislativas para resolver os litígios a ele submetidos pelas partes. E, como visto, cabe ao STJ uniformizar a interpretação judicial dessas normas.

Todavia, o princípio da separação de poderes (art. 2º da Constituição Federal) exige que, ao interpretar as resoluções legislativas autônomas, o Poder Judiciário respeite o papel dessas normas dentro da sistemática do Poder Legislativo. Interpretar essas normas de forma criativa ou ativista é desvirtuar o sentido da Constituição Federal, que estabeleceu essa competência diferenciada das Casas Legislativas para preservar sua independência do Poder Executivo e do próprio Poder Judiciário.

Contribuir para uma teoria da interpretação e da decisão sobre controvérsias que envolvam as resoluções legislativas autônomas, entretanto, não é um dos propósitos deste artigo, razão pela qual mais estudos são necessários sobre essa temática.

Conclusão

Ao analisar o conceito de lei federal para fins de cabimento de recurso especial (art. 105, III, da Constituição), este trabalho dogmaticamente concluiu que:

1. As resoluções autônomas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados se amoldam a esse conceito de lei federal, de modo que é necessário que o STJ uniformize as interpretações judiciais sobre essas resoluções, nos termos da competência constitucional estabelecida pelo art. 105, III, da Constituição.

2. Como visto na seção 2, as resoluções legislativas autônomas são normas jurídicas gerais e abstratas, que objetivam regular situações jurídicas futuras. Possuem fundamento de validade na própria Constituição Federal e decorrem de regular processo legislativo, razão pela qual consistem em atos normativos

primários, que podem inovar no ordenamento jurídico. O constituinte conferiu às Casas Legislativas a competência para editar essas resoluções para que elas pudessem tratar dos temas a elas sujeitos de forma independente do Poder Executivo e da própria Casa Legislativa oposta.

3. Já na seção 3, discutiu-se que o papel do stj é uniformizar a interpretação judicial, de modo a contribuir com a segurança jurídica e com a própria unidade federativa do Estado brasileiro. Daí decorre o conceito de lei federal para fins de cabimento do recurso especial, qual seja: o ato normativo primário de caráter nacional, dotado de generalidade e abstração, que pode dar ensejo a interpretações distintas.

Com base nessas premissas, na seção 4 se abordou o problema central do artigo, de modo a concluir que as resoluções legislativas autônomas (que não se confundem com as resoluções regulamentares ou de efeitos concretos) se amoldam ao conceito de lei federal para fins de cabimento do recurso especial. Por isso, cabe recurso especial contra alegação de violação a elas. É evidente que essa conclusão não retira a necessidade de observância dos demais requisitos de admissibilidade do recurso especial.

Encaminhando-se ao final, na seção 5, foram apresentadas algumas observações pontuais sobre a importância do respeito, pelo Poder Judiciário, da teleologia constitucional das resoluções legislativas autônomas. Se a Constituição garantiu essa competência diferenciada para as Casas Legislativas, não se pode torná-la letra morta a partir de interpretações criativas ou ativistas.

Conclui-se, por fim, pela necessidade de mais estudos doutrinários sobre os temas aqui abordados, sobretudo no que se refere às balizas de interpretação e decisão das controvérsias que envolvem resoluções legislativas autônomas. Conclui-se, ainda, ser necessária a superação da jurisprudência do stj que entende pelo não cabimento de recurso especial contra violação a resolução legislativa autônoma.

Referências

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1.557.254/RJ*, rel. min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 25/5/2020, *DJe* de 29/5/2020.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *AgR no AI 22.023/DF*, rel. min. Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 9/9/1992, *DJ* de 13/10/1992.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Missão, visão e valores do STJ*. 2024. Disponível em: <https://transparencia.stj.jus.br/gestao-estrategica/missao-visao-valores-do-stj>. Acesso em: ago. 2024.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Resp 971.962/RS*, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/11/2008, *DJe* de 13/3/2009.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RE 460.320*, rel. min. Gilmar Mendes, relator p/ o acórdão Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 5/8/2020, *DJe* de 6/10/2020.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Senado Federal. *Regimento Interno do Senado Federal*. Brasília, DF: Senado Federal, 2024.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Processo legislativo constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodvm, 2023.
- DIDER, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária do tribunal e querela nullitatis*, incidentes de competência originária do tribunal. 14. ed. Salvador: Juspodvm, 2017.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LÊNIO, Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica*. 5. ed. São Paulo: Juspodvm, 2024.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Que significa “não conhecer” de um recurso? *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 66, p. 139-140, mar. 1996.

ONO, Taynara Tiemi. Reflexões em torno da interferência do IRDR no federalismo brasileiro. *Revista de Processo*, v. 289, p. 289-302, mar. 2019. Versão online. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acesso em ago. 2024.

RUSSOMANO, Rosah. *O princípio do federalismo na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

A APLICAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO EM COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO: UMA ANÁLISE JURÍDICA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF A PARTIR DO DIREITO COMPARADO

*Fabio Fernando Moraes Fernandez*¹

Introdução

As comissões parlamentares de inquérito (CPIs) são instrumentos constitucionais de investigação que possuem amplos poderes, comparáveis aos das autoridades judiciais, mas adaptados, evidentemente, às dinâmicas e especificidades do Parlamento. Este artigo busca examinar a extensão do direito ao silêncio no âmbito das CPIs, refletindo as profundas implicações de, nesse contexto, aplicar o entendimento vigente às investigações criminais.

1 Pós-graduado e mestre em Direito pela UNISINOS/RS. Advogado do Senado Federal.

A primeira parte destaca as diferenças fundamentais entre as investigações criminais e as parlamentares, revelando por que o regime jurídico do inquérito criminal não deve ser automaticamente adotado pelas CPIS. Embora haja pontos de aproximação entre as investigações, há mais elementos que os diferenciam do que os aproximam, especialmente quanto à finalidade, dos procedimentos e da dinâmica.

As diferenças revelam que a aplicação automática e pouco refletida das normas das investigações criminais às CPIS certamente esvaziará o papel fundamental que estas desempenham no regime democrático brasileiro.

A segunda parte do texto explora a finalidade das CPIS, com o objetivo de identificar os parâmetros necessários para a formulação de uma teoria racional e adequada à aplicação do direito ao silêncio nesse contexto. A construção dessa teoria deve se basear em dados empíricos e estar em sintonia com a jurisprudência. Enquanto a jurisprudência brasileira tende a ser mais casuística e pouco sistemática, decorrente de grande oscilação, a americana, em contraste, apresenta maior estabilidade e organização, oferecendo importantes subsídios para o desenvolvimento, harmonização e padronização dos critérios aplicados às CPIS, valorizando-as como instrumentos essenciais da cidadania.

Em conclusão, o direito ao silêncio nas CPIS envolve equilibrar a proteção das garantias individuais e a necessidade de elucidar fatos de relevante interesse público, reconhecendo que tais comissões, embora não tenham poder de punição criminal, desempenham um papel crucial no aperfeiçoamento legislativo e no fortalecimento das instituições democráticas, bem como destacando que sua relevância no cenário político e social do Brasil reside justamente em sua capacidade de trazer à tona questões de interesse nacional, mobilizando o debate público.

A análise fundamenta-se em pesquisa bibliográfica e, sobretudo, jurisprudencial, utilizando o método hermenêutico-fenomenológico como base teórica.

1. Problemática

Recentemente o Habeas Corpus (HC) 244.362/DF, de 2024, trouxe à discussão um ponto crucial sobre a extensão do direito ao silêncio em CPIS. O cidadão Wesley Callegari Cardia foi convocado a depor na CPI das Apostas Esportivas, que investigava denúncias de manipulação de resultados no futebol brasileiro.

No entanto, a convocação foi contestada perante o Supremo Tribunal Federal (STF), sob a alegação de que as perguntas feitas ao depoente fugiam ao escopo da investigação original e visavam apurar questões que poderiam incriminá-lo.

A defesa de Cardia argumentava que ele deveria ter o direito de não responder a perguntas que pudessem acarretar sua autoincriminação, conforme previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição e no art. 186 do Código de Processo Penal (CPP). A convocação, segundo a defesa, visava disfarçar sua real condição de investigado. Como investigado, ele detém o direito constitucional de permanecer em silêncio; no entanto, na qualidade de testemunha, estaria compelido a responder a todas as perguntas, sob pena de incorrer em crime.

Nesse contexto, o HC objetivava não apenas assegurar o exercício do direito ao silêncio mas também proteger a dignidade pessoal do investigado, apontando o risco de exposição pública indevida e de desvio das finalidades da CPI, que poderiam resultar em humilhações e ofensas àqueles que, mesmo protegidos por HC, optam por permanecer em silêncio.

A ordem foi concedida em grande extensão. Embora não tenha sido reconhecido o direito de se recusar a comparecer, foi assegurado o direito ao silêncio de maneira ampla, ou seja, de não responder a qualquer pergunta a ele dirigida.

O ponto central de toda a controvérsia está em delimitar a abrangência e extensão do direito ao silêncio em CPIS e se, diante do caráter midiático dessas comissões, haveria o direito de se recusar a comparecer para evitar um constrangimento público.

2. Direito ao silêncio

O direito ao silêncio tem suas origens na Idade Média e na Renascença (Haddad, 2000, p. 141), sendo a versão brasileira do princípio anglo-americano *privilege against self-incrimination*. O conceito de *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a se incriminar) se consolidou no século XVIII, com o fim do Absolutismo, como uma das principais conquistas do processo penal.

No Brasil, a Constituição de 1988 (art. 5º, LXIII) e o Pacto de San José da Costa Rica (Decreto 678/1992) asseguram expressamente o direito do preso ou acusado de permanecer em silêncio, de modo que o direito ao silêncio trouxe uma transformação significativa no processo penal, desafiando o antigo dogma

da busca pela *verdade real*. Assim, o direito ao silêncio tem sido amplamente reconhecido por suas implicações e benefícios.

Discursivamente, o direito ao silêncio pode ser descrito como o direito de o acusado permanecer em silêncio durante toda a investigação, impedindo que seja forçado a produzir provas contra si mesmo. Além disso, preserva a integridade física e mental do réu, ao evitar sua participação obrigatória na produção de provas incriminatórias, considerado também fundamental para garantir a qualidade e idoneidade das provas e decisões judiciais, prevenindo que lapsos de memória ou contradições irrelevantes sejam usados contra o réu (Pacelli, 2017, p. 201-203).

Academicamente o *direito ao silêncio* pode ser descrito como uma forma de defesa *passiva* por parte do acusado, caracterizada pela ausência de contestação expressa aos fatos apresentados na acusação. Tal defesa, *não impugnativa*, pode ocorrer porque o ônus da prova recai inteiramente sobre o Ministério Público.

Por outro lado, quando o réu opta por se manifestar oralmente durante o interrogatório, respondendo às perguntas das partes e eventualmente do juiz, ele exerce o que se denomina *autodefesa ativa*. Nesse caso, a defesa é caracterizada pela participação direta e efetiva do acusado em relação aos fatos que lhe são imputados.²

Uma questão interessante é o *silêncio parcial*, quando o réu escolhe participar ativamente do interrogatório, mas se recusa a responder certas perguntas. Segundo Pacelli (2017, p. 202), no Direito anglo-americano inexistia essa controvérsia. O acusado tem duas opções claras: ou exerce seu direito de não ser interrogado, ou, caso decida falar, submete-se ao dever de depor como qualquer testemunha, inclusive com a obrigação de dizer a verdade. No Direito alemão, o silêncio parcial também não é permitido, embora com uma fundamentação distinta, como observa Claus Roxin (2000).

No Brasil, a jurisprudência encontra-se consolidada pela admissão do silêncio parcial, tanto no âmbito do STF (HC 96.219/RS, rel. min. Cármen Lúcia,

2 A ampla defesa garantida pela Constituição se desdobra em dois aspectos: a *defesa técnica*, exercida por um profissional habilitado (obrigatória, conforme o art. 261 do CPP), e a *autodefesa*, que é desempenhada pelo próprio réu (facultativa, conforme o critério do acusado). A autodefesa se manifesta por meio do interrogatório, do direito de se apresentar em juízo e da possibilidade de interpor recursos em nome próprio.

Primeira Turma, *DJe* 4/3/2010; HC 103.867/SP, rel. min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, *DJe* 5/5/2011) quanto no âmbito do STJ (RHC 81.611/SP, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, *DJe* 19/12/2017; HC 398.406/SP, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, *DJe* 3/8/2018; RHC 117.452/RJ, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, *DJe* 5/9/2019).

Quanto ao dever de o réu ou acusado comparecer ao interrogatório, a jurisprudência tem se inclinado no sentido de que não haveria propriamente um dever, mas um direito, de modo que a ausência não se constituiria em qualquer ato censurável, desde que, é claro, sua defesa esteja presente e tenha sido regularmente intimada.

A maior parte da doutrina (Capez, 2012, p. 228; Lopes Jr., 2021, p. 638; Nucci, 2020, p. 541) tem entendido que a presença do réu em juízo, embora seja importante, não é imprescindível, ficando a critério do acusado decidir se comparece ou não, conforme considerar mais adequado à sua defesa.

Em algumas situações, o próprio acusado pode entender que sua ausência seja a estratégia de defesa mais apropriada. Contudo, é fundamental, sob pena de nulidade absoluta, que o réu seja validamente citado ou intimado para comparecer em juízo. A partir daí, cabe a ele decidir, no exercício da autodefesa, se deseja ou não comparecer (Capez, 2012, p. 227).

3. Diferenças entre a investigação criminal e a investigação congressional

O direito ao silêncio é, sem dúvida, uma das mais importantes garantias do Estado Democrático de Direito, protegendo o indivíduo contra o risco de produzir provas que possam incriminá-lo. No processo penal, esse direito é amplamente reconhecido. Contudo, sua aplicação nas comissões parlamentares de inquérito exige uma reflexão mais aprofundada, pois o regime jurídico aplicado é distinto.

A questão que surge aqui é: *o que justifica a diferença entre as investigações penais e parlamentares?* O próprio termo utilizado no constitucionalismo brasileiro, “comissão parlamentar *de inquérito*”, sugere uma analogia com o inquérito policial, levando muitos a assumirem, de forma acrítica, que as CPIS devem seguir os mesmos limites impostos ao direito penal.

Essa aproximação, frequentemente feita de forma automática por aque-

les mais familiarizados com a esfera criminal, ocorre porque a investigação parlamentar pode parecer grandiosa e, por vezes, intimidadora. No entanto, equiparar as investigações parlamentares às criminais é um equívoco que pode comprometer o propósito das CPIS.

Para entender como essas investigações se assemelham e, mais importante, como se diferenciam, é preciso revisitar certas premissas básicas, rememorar certas obviedades, mesmo que sob o risco de tornar a presente análise banal. O inquérito policial, previsto no art. 4º do CPP, tem como objetivo a investigação de infrações penais, o que marca uma distinção clara com as CPIS, cujo foco não é necessariamente criminal, mas sim a apuração de fatos de interesse público. Eis o teor do referido dispositivo legal: “Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

Quando ocorre uma infração penal, surge para o Estado o dever de investigar e, eventualmente, punir o infrator (*jus puniendi*). O *inquérito policial* representa a fase pré-processual dessa atuação estatal, conduzida, em regra, pela Polícia Judiciária, com o objetivo de “*apuração das infrações penais e da sua autoria*” (materialidade e autoria).

Esse processo envolve o uso intensivo de recursos técnicos do Estado, com especialistas capacitados que reúnem elementos necessários para a investigação de crimes. As atividades incluem investigações complexas, operações especiais, exames periciais, laudos laboratoriais, análise de linguagem corporal e coleta de impressões digitais, tudo documentado em rigorosa cadeia de custódia ao longo de diferentes fases de coleta, análise e elaboração de relatórios.

O inquérito policial (IP) não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para reunir as informações necessárias sobre o crime e seus autores, permitindo ao Ministério Público, responsável pela ação penal, exercer o *jus perseguendi*.

O resultado dessas apurações é gravíssimo, tendo como resultado latente a mais severa punição cabível no nosso Estado Democrático de Direito: a prisão (última *ratio* punitiva em um Estado de Direito).

Não sem uma boa dose de razão que se formou relativo consenso de que deve ser exercida com parcimônia, extrema discrição e observância de todos os direitos e garantias inerentes aos cidadãos, considerados inocentes até o trânsito em julgado.

Por outro lado, a comissão parlamentar de inquérito possui fundamento

e objetivos totalmente distintos. De acordo com a Constituição de 1988, seu propósito não é apurar crimes, mas sim investigar fatos de relevante interesse público, o que a distingue substancialmente do inquérito policial:

Art. 58. (...)

(...)

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

Malgrado a nomenclatura comissões parlamentares *de inquérito*, elas não se destinam à “*apuração das infrações penais e sua autoria*”, mas sim à “*apuração de fato determinado*” e “*por prazo certo*”. Os fatos apurados são da mais alta relevância na República.

É evidente que irregularidades de grande relevância social podem (e frequentemente estão) previstas na legislação penal, uma vez que esta se destina à proteção dos bens jurídicos mais importantes (princípio da intervenção mínima). No entanto, embora as CPIs se dediquem à investigação de fatos de grande relevância, talvez os mais importantes para a sociedade, o paradoxo é que sua finalidade principal não é apurar crimes.

Para que fique claro: uma CPI pode, sim, identificar condutas criminosas ou, no decorrer de suas investigações, elucidar infrações penais, e frequentemente isso ocorre, pois o Brasil possui uma vastíssima legislação criminal.³ Não há problema nisso, pois o fato de encontrar crime é *elemento acidental* de uma CPI, não sua finalidade *essencial*.

Essa constatação está claramente estabelecida no regime constitucional

3 Aqui rendo as minhas homenagens ao colega e amigo Fernando Cesar de Souza Cunha, com a anotação de todas as críticas elaboradas e o acolhimento de todas as sugestões oferecidas.

brasileiro, que prevê que as conclusões de uma CPI, “*se for o caso, devem ser encaminhadas ao Ministério Público*”.

Um exemplo ilustrativo: digamos que um presidente da República ou um ex-presidente seja flagrado dirigindo embriagado em uma via pública. Trata-se, obviamente, de infração penal que pode e deve ser apurada pelo Estado.⁴ Tal apuração possivelmente irá resultar em um processo criminal e, eventualmente, em punição. É certo, no entanto, que essa mesma situação, ainda que configure conduta criminoso, dificilmente seria objeto de uma investigação congressional.

Por outro lado, imagine um cenário em que um *agente* do governo cometa diversos atos de abuso de poder, sem necessariamente incorrer em crime. Ou, por exemplo, se o presidente convocasse apenas alguns congressistas de um determinado estado para deliberar sobre um tratado internacional que impacta gravemente o país, ou adotasse políticas que favorecessem um estado em detrimento de diversos outros. Tais fatos possivelmente não configurem qualquer tipo penal, mas poderiam interessar como objeto de depuração congressional. Por isso, não é adequado aplicar o mesmo regime jurídico das investigações criminais às CPIs, sem considerar suas peculiaridades.

Evidentemente, essas considerações de modo algum significam que os convocados a depor não terão seus direitos e garantias assegurados pela Constituição. Absolutamente não.

Nas CPIs, os depoentes não estão desamparados em suas garantias. Se a testemunha for instada a responder perguntas que possam lhe acarretar prejuízo criminal, a CPI tem, sim, o dever de assegurar-lhe o privilégio contra a não autoincriminação, nos termos do nosso regime jurídico.

E nisso não há nada de paradoxal. Existem congressistas que, ao participar de uma CPI, propõem uma linha investigativa mais alinhada com a função de um delegado de polícia e, de certo modo, compelida a realizar uma espécie de depuração criminal de fatos relevantes. Nesses casos haverá, evidentemente, maior incidência do direito à não autoincriminação.

O direito ao silêncio, entretanto, não pode ser utilizado pelo depoente como justificativa para evitar comparecer à CPI ou para se recusar a responder qualquer questionamento, especialmente quando as perguntas não lhe causam prejuí-

4 Observando-se o regime especial a que ele se submete.

zo criminal. São numerosos os senadores que, ao exercerem suas atribuições parlamentares, fazem perguntas de extrema relevância para a nação que não implicam autoincriminação.

Para que fique claro: embora haja uma interpretação ampla da garantia constitucional contra a autoincriminação, válida no inquérito policial, alguns juristas tentam estender essa lógica às investigações parlamentares. Cabe a advertência de que adotar essa abordagem poderia comprometer seriamente as CPIS, uma vez que os depoimentos (*hearings*) são a base fundamental para o seu funcionamento, e, de certo modo, para o próprio Congresso Nacional.

Para entender melhor essas questões e as diferenças fundamentais, é essencial aprofundar a análise sobre os verdadeiros objetivos de uma CPI.

4. Propósito da investigação congressional

Qual o propósito de uma CPI? Antes de responder à indagação, é preciso acentuar as diferenças entre a investigação criminal e uma CPI, para que não haja dúvidas.

A primeira diferença marcante é a incoerência de atribuir o mesmo rigor das investigações próprias da polícia judiciária aos atores políticos, que operam imersos na dinâmica de situação e oposição. Isso, contudo, não significa que a investigação parlamentar seja menos eficaz ou prejudique as investigações criminais. Na verdade, a investigação policial é independente e autônoma.

Além disso, a Constituição não impõe à CPI o mesmo nível de severidade e agilidade exigido em uma investigação criminal. As CPIS são conduzidas por um colegiado, e não por um órgão singular, o que assegura uma diversidade de visões e formações, permitindo que diferentes perspectivas políticas e filosóficas sejam consideradas – algo muito distinto do ambiente técnico e restrito de um inquérito policial.

É importante lembrar que uma investigação policial deve ser conduzida de maneira técnica, com foco na objetividade e discrição. Essas características dificilmente serão observadas nos trabalhos de uma CPI, que não seguem – nem devem seguir – esse mesmo padrão de conduta. As CPIS operam de maneira pública, envolvendo diferentes interesses políticos, com cobertura frequente pela imprensa. É natural que não sigam o mesmo padrão de neutralidade e sigilo

das investigações criminais. Isso, contudo, não significa que seu funcionamento seja comprometido.

Por fim, seria no mínimo inadequado imaginar que o trabalho de uma CPI, com sua envergadura constitucional e participação de figuras de destaque na República, se limitasse a subsidiar o trabalho técnico do Ministério Público, funcionando como auxiliar, nos moldes das investigações criminais.

Entendamo-nos bem. Utilizamos o termo *técnico* como a antítese do termo *político*, sem que a distinção importe qualquer depreciação aos trabalhos desenvolvidos. A diferenciação, é certo, destina-se a destacar a marcante diferença entre o móvel que os motiva e impulsiona.

Voltando à pergunta: por que o Congresso investiga? A resposta é de certo modo singela: ele investiga no exercício de suas atribuições e para o exercício de suas competências. As investigações têm como destinatário o próprio Parlamento.

Embora a atividade investigativa seja comumente considerada uma atividade separada do Congresso, adjacente ao exercício da autoridade legislativa, é inegável que as investigações influenciam diretamente as decisões sobre leis. Elas fornecem informações valiosas que podem orientar ou até mesmo moldar a agenda legislativa, ajudando a definir prioridades e identificar áreas de interesse.

Essa concepção é secular no sistema britânico, que também influenciou a formação do sistema estadunidense.

Trazendo como exemplo o sistema anglo-saxão, a atividade investigativa sempre foi ínsita ao Parlamento, de modo que as raízes da autoridade do Congresso para conduzir investigações remontam às próprias origens do Parlamento, como maior exemplo justamente o Parlamento britânico (Dimock, 1929, p. 46-56).

Isso não é novidade. Já no início do século XVII, o Parlamento britânico reconhecia seu poder para investigar, exigindo – caso a caso – o comparecimento de testemunhas e a produção de documentos em cumprimento ao “*dever do órgão de apurar todas as etapas de administração...*” (Landis, 1926, p. 161-162). Evidentemente que as primeiras investigações realizadas por comissões parlamentares se centravam nos ministros do rei (e nele próprio), objetivando supervisionar a administração e, principalmente, fiscalizar a execução das leis pela Administração.

O exemplo destaca que, com o tempo, a coleta de informações que essas

investigações proporcionavam, relacionadas ao cumprimento das leis na prática, passaram a subsidiar, até mesmo pautar, a atuação congressual, tanto a aprovação de novas leis quanto a administração das leis existentes, ocasião em que essas investigações passaram a ser vistas como ingrediente essencial do processo legislativo. Os poderes de investigação foram gradualmente se acomodando em uma base mais ampla, geral e permanente às comissões parlamentares de inquérito.

Daí por que, novamente trazendo o exemplo americano, o Congresso sempre esteve investido no poder de investigação e sempre o utilizou. Embora o *poder de inquérito* não estivesse expressamente previsto na Constituição, a Suprema Corte americana nos primórdios descreveu que a tarefa de investigar é tão central à função legislativa que se encontra implícita na atribuição do Artigo 1: “*poderes legislativos*” do Congresso. Em *Watkins*, 354 U.S. at 187, afirmou-se: “*The power of the Congress to conduct investigations is inherent in the legislative process*”.

Do mesmo modo em *McGrain v. Daugherty*, 273 U.S. 135, 174 (1927), a Suprema Corte declarou de forma unânime que “o poder de investigação – com os meios para aplicá-la – é instrumento essencial e apropriado para a função legislativa” (tradução livre).

Sempre houve a compreensão inequívoca que o Congresso não poderia legislar se ele não fosse dotado da prerrogativa de investigar. A investigação é poder inerente ao Legislativo.

O produto do processo legislativo é a lei, que é uma abstração (geral, abstrata e impessoal) para resolver os dilemas sociais. No entanto, a formulação das leis não deve basear-se em abstrações. Ela deve resolver problemas reais que afetam a vida dos cidadãos, e, por isso, devem ser formuladas com base em análise prática e concreta.

Disso não há nenhuma dúvida. Há mais de 50 anos Miguel Reale (1994) nos oferecia a *teoria tridimensional do direito*, sugerindo que o Direito deve ser compreendido sob três aspectos interdependentes: fato, valor e norma.

Na elaboração, modificação ou criação de novas leis, o legislador deve considerar os fatos sociais que a demandam, os valores que a sociedade pretende proteger ou promover e a forma como a norma será aplicada e interpretada.

Se o parlamento não pode investigar fatos, o que ocorre no mundo real, certamente não poderá produzir uma boa legislação, ao menos não uma que seja adequada a seu tempo e espaço.

Novamente para ilustrar com o exemplo estadunidense, em *Quinn v. United*

States, 349 U.S. 155, 160–61 (1955), a investigação é um poder que serve tanto para garantir que o Congresso possa fazer decisões legislativas informadas como também para fiscalizar o Poder Executivo, conferindo suporte para que o Congresso possa exercitar seu papel no esquema constitucional de separação de poderes dos Estados Unidos:

Sem o poder de investigar – incluindo, claro, a autoridade para exigir depoimentos, seja através de seus próprios procedimentos ou por meio de julgamento judicial – o Congresso poderia ficar seriamente prejudicado em seus esforços para exercer suas funções constitucionais de forma sábia e eficaz. (Tradução livre.)⁵

Do mesmo modo, no já citado *Mcgrain*, afirmou-se:

Um órgão legislativo não pode legislar com sabedoria ou eficácia na ausência de informações a respeito das condições que a legislação pretende afetar ou alterar; e quando o próprio corpo legislativo não possui as informações necessárias – o que não raramente é verdade – deve-se recorrer a outros que as possuam.⁶

Novamente em *Watkins v. United States*, 354 U.S. 178, 187 (1957), a Corte enfatizou que o “poder do Congresso para conduzir investigações é inerente ao processo legislativo”. “Esse poder”, estabeleceu a Corte, “é amplo”, “abrange investigações relativas à administração de leis existentes, bem como estatutos [leis] propostos ou possivelmente necessários”, e “compreende investigações em departamentos do governo federal para expor corrupção, ineficiência ou desperdício”.

Incluída no escopo de tal poder está a autoridade para iniciar investigações, realizar audiências, solicitar depoimentos ou documentos de testemunhas e, em

5 No original: “Without the power to investigate – including of course the authority to compel testimony, either through its own processes or through judicial trial – Congress could be seriously handicapped in its efforts to exercise its constitutional function wisely and effectively.”

6 No original: “A legislative body cannot legislate wisely or effectively in the absence of information respecting the conditions which the legislation is intended to affect or change; and where the legislative body does not itself possess the requisite information – which not infrequently is true – recourse must be had to others who do possess it.”.

situações em que um governo ou parte privada não estiver disponível, obrigar o cumprimento de solicitações do Congresso por meio da emissão e execução de intimações (*McGrain*).

As mesmas conclusões têm orientado a edificação de alguns importantes precedentes do STF:

(...) além da função contramajoritária fiscalizatória do Poder Executivo, reiteradamente assentada por esta Corte, as CPIS figuram como instrumento essencial das atividades parlamentares como um todo, na medida em que objetivam “reunir dados e informações para o exercício das funções constitucionais conferidas ao Parlamento” (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 174), de forma que viabilizam a atividade parlamentar em sua plenitude. Em outras palavras, incumbe às Comissões em apreço não apenas as atividades de fiscalização. As CPIS também têm como horizonte instrumentalizar a atividade legiferante do Parlamento, a avaliação da conveniência de alocação de recursos e de financiamento de políticas públicas, etc. Nesse cenário, é natural que se confira às CPIS ampla autonomia para o exercício do relevante múnus. (...) Há, portanto, espaço para que o Parlamento se movimente com certa discricionariedade nos quadrantes das diversas possíveis linhas investigativas a serem traçadas. (...) o âmbito de atuação da CPI deve ser compreendido não apenas a partir do destinatário subjetivo da apuração, mas, sobretudo, do âmbito material de investigação à luz das funções essenciais conferidas pela CF ao Congresso Nacional. (...) Como se nota, atos praticados na esfera privada não são imunes à investigação parlamentar, desde que evidenciada a presença de interesse público potencial em tal proceder. Sendo assim, mais que sustentáculo da responsabilização civil ou criminal, a apuração empreendida no contexto das CPIS deve guardar relação instrumental com o conjunto das atividades parlamentares. Ou seja, o que deve ser perquirido, portanto, é a existência potencial de interesse público no objeto de investigação, sob a perspectiva das competências, no caso concreto, do Senado Federal. (...) Sendo assim, considerando que os fatos apurados têm abrangência nacional, relacionam-se ao futebol, esporte de inegável predileção nacional (nas palavras de Nelson Rodrigues, “o Brasil é a pátria das chuteiras”), e reconhecendo que o tema está inserido nas competências legislativas do Congresso Nacional (desporte e lazer como instrumentos de promoção social), não verifico que a investigação incorra em devassa desprovida de interesse público ou que desborde da

competência constitucional das CPIS. (...) Mesmo que se admita que o impetrante não figure como investigado formal, diante da condição de alto dirigente da CBF [Confederação Brasileira de Futebol], ao que parece, encontra-se em situação de íntima ligação aos fatos em apuração, de forma que sua focalização como alvo não escape dos limites do fato que motivou a constituição da Comissão. Ora, se o objetivo da Comissão é investigar atos praticados pela CBF, é natural, e até inevitável, que a apuração recaia também sobre seus altos dirigentes, notadamente do impetrante. Além disso, segundo a jurisprudência deste Supremo, a CPI “não está impedida de investigar fatos que se ligam, intimamente, com o fato principal” (HC 71.231, rel. min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 5/5/1994). [MS 33.751, voto do rel. p/ o ac. min. Edson Fachin, j. 15/12/2015, 1ª T, DJE de 31/3/2016.]

Assim, a CPI não é um instituto destinado a constranger ou para apuração criminal de alguém, muito antes é exemplo de instrumento *de informação e para a formação* da opinião dos congressistas, possibilitando o bom exercício de todas as competências atribuíveis ao Congresso Nacional (“*tudo quanto o Congresso pode regular*” ou pode legislar ou decidir), conforme já há muito esclarecido pelo ministro Brossard:

– A possibilidade de criação de CPI se não duvida, nem discute; é tranquila; sobre todo e qualquer assunto? Evidentemente, não; mas sobre todos os assuntos de competência da Assembleia; assim, Câmara e Senado podem investigar questões relacionadas com a esfera federal de governo; tudo quanto o Congresso pode regular, cabe-lhe investigar; segundo Bernard Schwartz, o poder investigatório do Congresso se estende a toda a gama dos interesses nacionais a respeito dos quais ele pode legislar, – *it may be employed over the whole range of the national interests concerning which the Congress may legislate or decide, A Commentary on the Constitution of the United States*, 1963, I, n. 42, p. 126. O mesmo vale dizer em relação às CPIS estaduais; seu raio de ação é circunscrito aos interesses do estado; da mesma forma quanto às comissões municipais, que hão de limitar-se às questões de competência do município. (HC 71.039, voto do rel. min. Paulo Brossard, julgamento em 7/4/1994, Plenário, DJ 6/12/1996.)

Por isso, nas CPIS, deve ser garantido ao depoente o direito de não responder

a perguntas que possam incriminá-lo. No entanto, isso não o isenta da obrigação de comparecer e de dizer a verdade em todas as outras questões, uma vez que o propósito e o escopo de uma CPI vão além de uma simples investigação criminal.

Essa orientação conta com diversos precedentes no STF, embora as decisões oscilem muito, marcadamente casuística:

(...) Ante o exposto, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, e com fulcro no art. 192, caput, do RISTF, concedo a ordem de habeas corpus para que a Comissão Parlamentar de Inquérito da Pandemia assegure ao Paciente: i) o direito de permanecer em silêncio quanto às perguntas que possam incriminá-lo, ressalvada a proibição de faltar com a verdade no que concerne às indagações não albergadas por esta garantia; (HC 205.779/DF, decisão monocrática, min. EDSON FACHIN, j. em 25/8/2021.)

(...) 11. Pelo exposto, defiro parcialmente a liminar requerida para assegurar ao paciente, ao ser inquirido pela Comissão Parlamentar de Inquérito “da Pandemia”, a) o direito de ser assistido por seu advogado e com ele se comunicar pessoal e reservadamente, garantidas as prerrogativas da Lei nº 8.906/94; b) de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, podendo manter-se em silêncio e não ser obrigado a responder às perguntas que possam lhe incriminar, sendo-lhe, contudo, vedado faltar com a verdade relativamente a todos os demais questionamentos não inseridos nem contidos nesta cláusula... (HC 205.697/DF, decisão monocrática min. CARMEN LÚCIA, j. em 24/8/2021.)

(...) (i) o direito ao silêncio, isto é, de não responder a perguntas que possam, por qualquer forma, incriminá-lo, sendo-lhe, contudo, vedado faltar com a verdade relativamente a todos os demais questionamentos não abrigados nesta cláusula; (HC 205.606/DF, decisão monocrática min. GILMAR MENDES, j. em 23/8/2021.)

(...) CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. “CPI DA PANDEMIA”. NEMO TENETUR SE DETEGERE. O DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO É CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO AO RÉU OU INDICIADO, NÃO À TESTEMUNHA. DEVER DE COMPARECER, DE DEPOR E DE DIZER A VERDADE QUANTO AOS FATOS EM TESE CRIMINOSOS QUE NÃO INCRIMINEM A PACIENTE. LIMINAR PARCIALMENTE DEFERIDA. (HC 204.443/DF, decisão monocrática min. ROBERTO BARROSO, j. em 14/7/2021.)

(...) *Ex positis*, e firme nos precedentes desta Corte, concedo, em parte, a liminar pretendida, a fim de que, no seu depoimento perante a CPI da Pandemia, e exclusivamente em relação aos fatos que o incriminem, o paciente tenha o direito de: (i) fazer-se acompanhar de advogado; (ii) permanecer em silêncio; (iii) não sofrer ameaça ou constrangimento em razão do exercício do direito contra a autoincriminação, excluída possibilidade de ser submetido a qualquer medida privativa de liberdade ou restritiva de direitos em razão do exercício dessas prerrogativas constitucionais.

Por fim, à luz dos fundamentos anteriormente lançados, indefiro o pedido de não comparecimento ou de retirar-se da sessão, impondo-se, quanto aos demais fatos de que o paciente tenha conhecimento na qualidade de testemunha, o dever de depor e de dizer a verdade, nos termos da legislação processual penal. (HC 204.492/DF, decisão monocrática min. LUIZ FUX, j. em 14/7/2021.)

(...) Em observância à jurisprudência consolidada desta Suprema Corte, concedi a ordem em menor extensão do que a pleiteada, especificamente para, sem prejuízo do cumprimento do dever de prestar depoimento na condição de testemunha e, nessa medida, de responder aos questionamentos formulados, assegurar ao paciente o direito fundamental, que a todos assiste, seja na condição de testemunha, seja sob o status de investigado, acusado ou réu, de permanecer em silêncio (art. 5º, LXIII, CF) quanto a perguntas a exigirem resposta potencialmente incriminatória, mantido, assim, o dever de prestar compromisso de dizer a verdade sobre o que souber e de responder o que lhe for perguntado (CPB, art. 203) sobre os demais fatos. (Ag. Reg. no HC 203.800/DF, decisão monocrática min. ROSA WEBER, j. em 5/7/2021.)

Qualquer cidadão que se negar a responder aos questionamentos da investigação congressional que não importem em autoincriminação estará atuando em flagrante *desacato ao Congresso* (*contempt of Congress*), em clara *obstrução ao exercício do poder legislativo* (*obstruction to the exercise of legislative power*) e poderá incorrer na infração penal prevista no art. 4º, inciso II, da Lei 1.579/1952, que dispõe sobre as CPIS.

5. Dignidade pessoal do investigado – ofensas

Quem aposta nas CPIS como instrumentos para aplicar punições criminais inevitavelmente chegará ao beco sem saída de decepção.

É fundamental entender que as CPIS não têm o poder de aplicar sanções criminais ou condenar indivíduos. A responsabilidade de processar e punir criminalmente cabe exclusivamente à Justiça, após a tramitação adequada.

As CPIS, embora frequentemente vistas como ferramentas poderosas de investigação política e social, funcionam como órgãos de fiscalização voltados à apuração de fatos de relevante interesse público. Elas têm a capacidade de coletar depoimentos, requisitar documentos e produzir relatórios detalhados, mas, ao final, seu produto é um documento com recomendações e conclusões, não uma sentença criminal.

Permita um esclarecimento final para os céticos: longe de serem apenas um instrumento de atuação político-partidária, as CPIS desempenham um papel crucial. Sua função principal é de natureza política, no sentido de trazer à tona questões de interesse público, promovendo a responsabilização política e administrativa.

Vale lembrar que a exigência de publicidade nos atos de governo é essencial, não só para que os cidadãos conheçam as ações daqueles que detêm o poder e possam controlá-los, mas também porque a publicidade em si é um mecanismo de controle, permitindo distinguir o que é lícito do que não é.

Primeiramente, é preciso ter em perspectiva “que a exigência de publicidade dos atos de governo é importante não apenas, como se costuma dizer, para permitir ao cidadão conhecer os atos de quem detém o poder e assim controlá-los, mas também porque a publicidade é por si mesma uma forma de controle, um expediente que permite distinguir o que é lícito do que não é”:

Que todas as decisões e mais em geral os atos dos governantes devam ser conhecidas pelo povo soberano sempre foi considerado um dos eixos do regime democrático, definido como o governo direto do povo ou controlado pelo povo (e como poderia ser controlado se se mantivesse escondido?).

(...)

Creio não ter necessidade de insistir sobre a validade deste princípio como critério para distinguir o bom governo do mau governo. Lendo os jornais, que a

cada manhã nos põem a par dos escândalos públicos (a respeito dos quais, aliás, a Itália goza de um não invejável primado), cada um de nós pode acrescentar exemplos à vontade e confirmar a boa qualidade do princípio. O que é que constitui um escândalo público? Ou, dito de outra forma, o que é que suscita escândalo no público? E qual o momento em que nasce o escândalo? O momento em que nasce o escândalo é o momento em que se torna público um ato ou uma série de atos até então mantidos em segredo ou ocultos, na medida em que não podiam ser tornados públicos pois, caso o fossem, aquele ato ou aquela série de atos não poderiam ser concretizados. Pense-se aqui nas várias formas que pode assumir a pública corrupção, o peculato, a malversação, a concussão, o interesse privado em cargos públicos e assim por diante, apenas para dar exemplos banais, coisa corriqueira. Qual empregado público poderia declarar em público, no momento em que é empossado em seu cargo, que irá se apropriar do dinheiro público (peculato) ou do dinheiro que embora não pertencente à administração pública é por ele apropriado por razões de ofício (malversação)? Qual empregado público afirmaria que irá constranger este ou aquele a dar-lhe dinheiro abusando da sua qualidade ou das suas funções (concussão) ou se servir de seu cargo para obter vantagens pessoais (interesse privado em cargos públicos)? É evidente que semelhantes declarações tornariam impossível a ação declarada pois nenhuma administração pública confiaria um cargo a quem as fizesse. Esta é a razão pela qual semelhantes ações devem ser desenvolvidas em segredo e, uma vez tornadas públicas, suscitam aquela perturbação da opinião pública que se chama, precisamente, “escândalo”. (Bobbio, 1986, p. 87; 91-92.)

Mesmo que uma CPI exponha crimes e atos ilícitos, sua contribuição maior está na criação de um clima de transparência (além da sugestão de reformas legislativas). O Congresso americano reconhece como um dos seus mais relevantes papéis o legítimo interesse de informar o público “sobre o funcionamento de seu governo” – uma tarefa que o Legislativo tem “executado assiduamente” desde “os primeiros tempos de sua história”.

Certas fórmulas essenciais da democracia podem ser desprezadas por alguns como uma espécie de espetáculo teatral, alardeadas talvez como abuso da arte da oratória, esquecendo-se que para esse espetáculo público – e disponível para público – existem muitos espectadores que são convocados a acompanhar o desenrolar de importantes ações da sociedade ou relevantes atos de seus governos

que de outro modo passariam despercebidas, com pouca ou nenhuma atenção, muitas vezes às escondidas.

Mesmo os mais avessos às fórmulas utilizadas costumam criticar os trabalhos das CPIS, não por convicção pessoal, talvez, mas por certa coloração partidária; porém, ao fim, acabam como receptores de importantes informações sobre a condução da coisa pública ou relevantes acontecimentos sociais, ainda que passivamente. As investigações congressuais desempenham a importante tarefa de informar o público sobre fatos graves e acontecimentos sociais relevantes que dificilmente seriam divulgados ao público geral caso fossem conduzidas pelos órgãos técnicos estatais.

Os trabalhos de uma CPI costumam fornecer relevantes informações tanto aos cidadãos bem-informados e participativos quanto aos cidadãos apáticos, que, entre o intervalo da novela e o filme, acompanham atônitos no jornal da tv as notícias sobre o último escândalo político.

Tudo isso conduz a um grande exercício de cidadania, que as CPIS têm desempenhado com uma boa dose de satisfação ao longo dos anos.

Conclusão

Um ponto central no debate sobre a atuação das CPIS é o *direito ao silêncio*. Esse direito, consagrado na Constituição de 1988 e garantido em outras legislações internacionais, como o Pacto de San José da Costa Rica, assegura que ninguém seja obrigado a produzir provas contra si mesmo, em um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito. Nas CPIS, o direito ao silêncio ganha contornos específicos, considerada a dinâmica parlamentar, o caráter muitas vezes – taxado pejorativamente de – midiático dessas comissões e a exposição pública dos depoentes.

Os críticos esquecem, contudo, que as investigações congressuais desempenham a importante tarefa de informar o público sobre fatos graves e acontecimentos sociais relevantes que dificilmente seriam divulgados ao público geral caso fossem conduzidas pelos órgãos técnicos estatais.

Não se pode perder de vista que sua maior contribuição reside na promoção da transparência, um de seus papéis mais fundamentais, preservando o interesse legítimo de manter o público informado sobre o funcionamento do governo,

uma atribuição que o Legislativo tem desempenhado com dedicação desde os primórdios de sua história.

Os depoentes têm o direito constitucional de permanecer em silêncio em relação a perguntas que possam levá-los à autoincriminação, sem dúvida, mas isso não significa que os depoentes possam simplesmente se recusar a comparecer ou a responder a todas as perguntas.

É preciso cautela ao ampliar de maneira indiscriminada o direito ao silêncio nas CPIS, pois essa prática poderia esvaziar o valor dessas investigações. Se todos os convocados se recusassem a falar com base nesse direito, o trabalho investigativo da CPI seria seriamente comprometido, enfraquecendo o poder fiscalizador do Parlamento e dificultando a apuração de fatos relevantes para a sociedade.

Além disso, as investigações conduzidas por uma comissão parlamentar de inquérito (CPI) desempenham um papel crucial no fortalecimento da atividade legislativa. Ao aprofundar a análise de questões específicas, como desvios de conduta, corrupção ou problemas estruturais em determinados setores, as CPIS fornecem informações detalhadas que revelam lacunas e ineficiências nas legislações existentes. Esse trabalho investigativo, ao expor fragilidades no sistema, auxilia os legisladores a identificar áreas que precisam de reformas ou novas leis, tornando o processo de criação legislativa mais eficiente e embasado em fatos concretos.

Sem o poder de investigar, incluindo a autoridade para exigir depoimentos, seja por seus próprios procedimentos, seja por via judicial, o Congresso ficaria seriamente prejudicado em seus esforços para exercer suas funções constitucionais de forma eficaz e informada.

O *direito ao silêncio* desempenha um papel crucial ao preservar as garantias individuais durante os trabalhos das CPIS, é certo, mas o necessário equilíbrio entre garantir os direitos constitucionais do depoente e a necessidade de elucidar fatos de interesse público é uma das maiores complexidades que permeiam o funcionamento das CPIS.

A solução está em um tratamento equilibrado e criterioso dessa garantia, respeitando os direitos fundamentais sem prejudicar a capacidade de investigação das CPIS.

Que fique claro que a CPI não é um órgão destinado à punição criminal, mas sim à investigação e à transparência pública. A sua relevância no cenário político e social do Brasil reside justamente em sua capacidade de trazer à tona

questões de interesse nacional, mobilizando o debate público e contribuindo para o aperfeiçoamento das instituições democráticas.

Referências

- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 12 set. 2024.
- BRASIL. *Decreto 678, de 6 de novembro de 1992*. Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 12 set. 2024.
- BRASIL. *Código de Processo Penal (1941)*. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 12 set. 2024.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus 81.611/SP*, rel. min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 19 dez. 2017.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus 398.406/SP*, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 3 ago. 2018.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus 117.452/RJ*, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 5 set. 2019.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança 33.751*, rel. min. Edson Fachin, julgado em 15/12/2015, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 31 mar. 2016.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 71.039*, voto do rel. min. Paulo Brossard, julgado em 7/4/1994, Plenário, Diário da Justiça de 6/12/1996.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 244.362/DF*, rel. min. Cármen Lúcia, julgado em 5/3/2010, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 4 mar. 2010.

- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* 96.219/RS, rel. min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 4 mar. 2010.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* 103.867/SP, rel. min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 5/5/2011.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança* 33.751, voto do rel. p/ o ac. min. Edson Fachin, j. 15/12/2015, Primeira Turma, DJE de 31/3/2016.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* 205.779/DF, rel. min. Edson Fachin. Decisão monocrática proferida em 25/8/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em 12 set. 2024.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* 205.697/DF, rel. min. Cármen Lúcia. Decisão monocrática proferida em 24/8/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em 12 set. 2024.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* 205.606/DF, rel. min. Gilmar Mendes. Decisão monocrática proferida em 23/8/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em 12 set. 2024.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* 204.443/DF, rel. min. Roberto Barroso. Decisão monocrática proferida em 14/7/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em 12 set. 2024.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* 204.492/DF, rel. min. Luiz Fux. Decisão monocrática proferida em 14/7/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em 12 set. 2024.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ag. Reg. no Habeas Corpus* 203.800/DF, rel. min. Rosa Weber. Decisão monocrática proferida em 5/7/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br>. Acesso em 12 set. 2024.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- HADDAD, Paulo Roberto de Gouvêa Medina. *Princípios constitucionais do processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DIMOCK, Marshall Edward, *Congressional Investigating Committees*. Baltimore: Johns Hopkins Press, 1929.
- LANDIS, James M. Constitutional limitations on the congressional power of investigation. *Harvard Law Review*, v. 40, n. 2, p. 153-221, 1926.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROXIN, Claus. *Direito penal: fundamentos e limites do poder punitivo*. Trad. Luís Greco. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SCHWARTZ, Bernard. *A commentary on the Constitution of the United States*. Nova York: Macmillan, 1963.

ESTADOS UNIDOS. *McGrain v. Daugherty*. 273 U.S. 135, 1927.

ESTADOS UNIDOS. *Watkins v. United States*. 354 U.S. 178, 1957.

ESTADOS UNIDOS. *Quinn v. United States*. 349 U.S. 155, 1955.

CONFIDENCIALIDADE E TRANSPARÊNCIA NAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO: EQUILÍBRIO ENTRE INTERESSE PÚBLICO E PRIVACIDADE

*Ely Maranhão Filho*¹

1. Introdução

As comissões parlamentares de inquérito (CPIs) desempenham um papel essencial no sistema democrático brasileiro, atuando como um importante mecanismo de fiscalização e controle do poder público. Instituídas com o propósito de investigar fatos de relevante interesse para a sociedade, as CPIs possuem poderes equiparados aos das autoridades judiciais, o que lhes confere a capacidade de requerer documentos, convocar testemunhas e promover investigações profundas. Contudo, o exercício dessas prerrogativas deve estar em conformidade com

1 Pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Candido Mendes. Advogado do Senado Federal.

os princípios constitucionais, especialmente aqueles que envolvem a proteção da privacidade e os direitos fundamentais dos cidadãos.

A relevância do sigilo nas investigações conduzidas pelas CPIS é um dos pontos mais debatidos tanto no cenário jurídico quanto no político. O sigilo é fundamental para garantir a eficácia das apurações e proteger a imagem e a integridade dos investigados, principalmente quando os fatos ainda estão sendo elucidados. Entretanto, a Constituição Federal também consagra a publicidade dos atos processuais como regra, abrindo espaço para discussões sobre quando e como o sigilo deve ser mantido ou levantado, principalmente em situações que envolvem o interesse público.

Nesse contexto, o presente artigo propõe uma análise crítica sobre o equilíbrio entre o sigilo e a publicidade nas investigações conduzidas pelas CPIS. A partir de uma abordagem comparativa com outras jurisdições, pretende-se examinar os limites da atuação das CPIS e as circunstâncias em que o levantamento do sigilo pode ser justificado.

O trabalho traz um especial enfoque na maneira como o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado em relação à matéria, trazendo seus julgados e fundamentos sobre o tema.

Além disso, o artigo explora a relevância do papel das CPIS para o aperfeiçoamento das políticas públicas e a transparência na gestão da coisa pública, especialmente em casos de grande repercussão, como aqueles relacionados à administração pública e ao interesse público.

2. Fundamento jurídico do sigilo em investigações

Cabe observar que, geralmente, inquéritos devem ser sigilosos para preservar a imagem e reputação de pessoas cuja culpabilidade não esteja comprovada no curso de uma ação penal e para assegurar a efetividade da persecução penal:

Pela presunção de inocência, as medidas cautelares durante a persecução estão a exigir redobrado cuidado. Quebra de sigilo fiscal, bancário, telefônico, busca e apreensão domiciliar, ou a própria exposição da figura do indiciado ou réu na imprensa através da apresentação da imagem ou de informações conseguidas no esforço investigatório podem causar prejuízos irreversíveis à sua figura. (Alencar e Távora, 2015, p. 51.)

E é justamente a preocupação com a proteção de interesses públicos relevantes, como o direito à tutela da imagem, bem como com a efetividade da jurisdição penal, que justifica a adoção do sigilo na elucidação dos fatos (art. 20, CPP). Merecedora de elogios, então, a nova redação do art. 201, CPP, dada pela Lei nº 11.690/08, na parte em que impõe ao juiz o dever de preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, via segredo de justiça (§ 6º). Em um e outro caso, fica ressalvada a atuação de advogado devidamente habilitado. (Pacelli, 2018, p. 68.)

Esta regra vem expressa no *caput* do art. 20 do Código de Processo Penal,² e a autoridade que indevidamente revelar o conteúdo de uma investigação sigilosa pode incorrer no crime de violação de sigilo funcional, previsto no art. 325 do Código Penal.³

Entretanto, esta não é uma regra absoluta, pois, realizadas as diligências cautelares, cuja indispensabilidade tiver sido demonstrada a partir das declarações do colaborador, ou inexistentes estas, o sigilo de uma colaboração premiada pode ser levantado antes do recebimento da denúncia. Por exemplo, confira-se a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no Inq 4.435-Agr (rel. min. Marco Aurélio, julgamento em 12/9/2017):

O sigilo sobre o conteúdo de colaboração premiada deve perdurar, no máximo, até o recebimento da denúncia.

Essa é a orientação da Primeira Turma, que negou provimento a agravo regimental.

A Turma afirmou que, no âmbito da Administração Pública, a publicidade é a regra e o sigilo a exceção (CF, art. 5º, LX).⁴

2 CPP: “Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.”

3 CP: “Art. 325. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.”

4 CF: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LX – a lei

O sigilo do que ajustado é elemento essencial para a efetividade da colaboração firmada, como forma de garantir o êxito das investigações (Lei 12.850/2013, art. 7º, § 2º),⁵ e para assegurar a proteção da pessoa do colaborador e das pessoas próximas (Lei 12.850/2013, art. 5º, II).⁶

A Lei, visando à consecução desses objetivos, estabeleceu diversas cautelas a serem adotadas. O art. 7º dispõe que o pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não revelem a identificação do colaborador e do objeto.

O sigilo sobre o conteúdo da colaboração premiada, consoante versa o § 3º do citado artigo, deve permanecer, como regra, até o recebimento da denúncia.

O preceito trata da cessação do sigilo relativamente ao acordo, além de assegurar o direito de o investigado conhecer aqueles que subscreveram a denúncia, de modo a viabilizar a ampla defesa e o contraditório. A delação premiada objetiva, com transparência, a elucidação de fato criminoso.

O parágrafo citado não encerra observância absoluta, mas termo final máximo. Deve ser mantido até esse ponto apenas se houver necessidade concreta.

Uma vez realizadas as diligências cautelares, cuja indispensabilidade tiver sido demonstrada a partir das declarações do colaborador, ou inexistentes estas, não subsiste razão para o sigilo.

Nada impede que o sigilo do acordo seja afastado em momento anterior ao rece-

só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.”

5 Lei 12.850/2013: “Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto. § 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas. § 2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento. § 3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.”

6 Lei 12.850/2013: “Art. 5º São direitos do colaborador: (...) II – ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados.”

bimento da denúncia e, assim, possibilitar o conhecimento daquele que subscrevera o acordo, bem como o conteúdo do que declarado. Deste modo, tem-se a otimização dos princípios da ampla defesa e do contraditório, em favor do investigado ou dos atingidos pela colaboração premiada. Não há direito subjetivo do colaborador a que se mantenha, indefinidamente, a restrição de acesso ao conteúdo do acordo, ao argumento de que o sigilo teria sido elemento constitutivo da avença. (Grifos nossos.)

3. Levantamento do sigilo em casos de interesse público

Cabe observar que o STF entende ser possível o levantamento do sigilo especialmente em se tratando de delitos associados à gestão da coisa pública, cujo conhecimento deve ser trazido à sociedade. Nesse sentido, por exemplo, é o Inq 4.438 (rel. min. Edson Fachin, julgamento em 4/4/2017):

3. No caso, a manifestação do órgão acusador, destinatário da apuração para fins de formação da *opinio delicti*, revela, desde logo, que não mais subsistem, sob a ótica do sucesso da investigação, razões que determinem a manutenção do regime restritivo da publicidade.

Em relação aos direitos do colaborador, as particularidades da situação evidenciam que o contexto fático subjacente, notadamente o envolvimento em delitos associados à gestão da coisa pública, atraem o interesse público à informação e, portanto, desautorizam o afastamento da norma constitucional que confere predileção à publicidade dos atos processuais. Com esse pensamento, aliás, o saudoso Min. TEORI ZAVASCKI, meu antecessor na Relatoria de inúmeros feitos a este relacionados, já determinou o levantamento do sigilo em autos de colaborações premiadas em diversas oportunidades, citando-se: Pet. 6.149 (23.11.2016); Pet. 6.122 (18.11.2016); Pet. 6.150 (21.11.2016); Pet. 6.121 (25.10.2016); Pet. 5.970 (01.09.2016); Pet. 5.886 (30.05.2016); Pet. 5.899 (09.03.2016); Pet. 5.624 (26.11.2015); Pet. 5.737 (09.12.2015); Pet. 5.790 (18.12.2015); Pet. 5.780 (15.12.2015); Pet. 5.253 (06.03.2015); Pet. 5.259 (06.03.2015) e Pet. 5.287 (06.03.2015). Na mesma linha, registro o julgamento, em 21.02.2017, do agravo regimental na Pet. 6.138 (acórdão pendente de publicação), ocasião em que a Segunda Turma desta Corte, por unanimidade, considerou legítimo o levantamento do sigilo de autos que contavam com colaboração premiada, mesmo anteriormente ao recebimento da denúncia.

O STF também considerou necessária a divulgação de informação decorrente de investigação policial ao sopesar o potencial prejuízo para a sociedade que poderia ocorrer em face de divulgação de notícias incompletas ou fraudulentas sobre caso que estava sob investigação (Pet 12.732, rel. min. Alexandre de Moraes, julgamento em 15/7/2024):

Ressalto, ainda, que, a eventual divulgação parcial – ou mesmo manipulação – de trechos da Informação de Polícia Judiciária nº 2404151/2024 (fls. 334-381), bem como da gravação nela referida, tem potencial de geração de inúmeras notícias incompletas ou fraudulentas em prejuízo à correta informação à sociedade.

Diante disso **RETIRO O SIGILO** da Informação de Polícia Judiciária nº 2404151/2024 (fls. 334-381) e da gravação nela referida, tornando-os públicos.

4. Prerrogativas e limites das comissões parlamentares de inquérito

A Constituição de 1988, pela primeira vez no Brasil,⁷ atribuiu às CPIS poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, trazendo uma maior efetividade a seus poderes investigatórios:

No tocante às comissões parlamentares de inquérito, o sentido da cláusula constitucional “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais” foi progressivamente fixada pelo STF. Ao definir o limite das competências das CPIS, o Tribunal admitiu a possibilidade de elas ordenarem, sem intermediação judicial, a quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico (para fins de obtenção de dados e de registros,

7 “No dispositivo que trata das comissões parlamentares de inquérito, a Constituição de 1988 incluiu a referência a poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (art. 58, § 3º), que inexistia nos textos anteriores. Porém, não se cuida de inovação do direito brasileiro. Segundo notícia Fábio Konder Comparato, a atribuição de tais poderes já constava da Lei Maior italiana de 1947, seguida neste particular pela espanhola de 1978.

(...)

“Em Portugal, a alínea 5 do art. 181 dispõe expressamente que ‘as comissões parlamentares de inquérito gozam de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.’” (Barroso, 2008.)

não de interceptação), desde que exista causa provável (i.e., indícios suficientes) e motivação prévia. Deverão, por outro lado, respeitar o direito à não incriminação e não podem exercer competências decisórias de cunho materialmente jurisdicional, como decretação da indisponibilidade de bens ou prisão. (Barroso, 2015, p. 768.)

Embora a Constituição estabeleça que a apuração das CPIS seja encaminhada para o Ministério Público,⁸ o objetivo principal delas não é a persecução penal, a qual a Carta Política imputou ao Ministério Público⁹ e às polícias.¹⁰

Para as CPIS este escopo é bem mais amplo, visto que o art. 6º-A da Lei 1.579/1952, incluído pela Lei 13.367/2016, permite o encaminhamento das conclusões de uma CPI a outros órgãos, não apenas de persecução penal, para que estes tomem as medidas cabíveis decorrentes de suas funções institucionais:

Art. 6º-A. A Comissão Parlamentar de Inquérito encaminhará relatório circunstanciado, com suas conclusões, para as devidas providências, entre outros órgãos, ao Ministério Público ou à Advocacia-Geral da União, com cópia da documentação,

8 CF: “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. (...) § 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”

9 CF: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;”

10 CF: “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares. § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (...) IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. (...) § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”

para que promovam a responsabilidade civil ou criminal por infrações apuradas e adotem outras medidas decorrentes de suas funções institucionais.

Deve ser pontuado que há limitações para atuação das CPIS. Formalmente, conforme prescreve o § 3º do art. 58 da Constituição, as CPIS devem apurar fatos determinados e vigorar por prazo certo:

O fato determinado denota a individualização do acontecimento de relevante para a vida pública e a ordem constitucional, legal, econômica e social do país, tendo a jurisprudência predominante do Excelso Tribunal assentido com a averiguação de fatos ligados ao que motivou a instituição do órgão legislativo. (Moraes et al., 2018, p. 1097.)

Como imperativo de eficiência e a bem da preservação de direitos fundamentais, a Constituição determina que a CPI tenha por objeto um fato determinado. Ficam impedidas devassas generalizadas. Se fossem admissíveis investigações livres e indefinidas haveria o risco de se produzir um quadro de insegurança e de perigo para as liberdades fundamentais. Por isso, em trabalho de doutrina, José Celso de Mello assinalou que “constitui verdadeiro abuso instaurar-se inquérito legislativo com o fito de investigar fatos genericamente enunciados, vagos ou indefinidos”.

Cretella Júnior explicita que fato determinado “é fato específico, bem delineado, de modo a não deixar dúvidas sobre o objeto a ser investigado”.

O fato pode ser singular ou múltiplo, marcado por um ponto comum. Tudo o que disser respeito, direta ou indiretamente, ao fato determinado que ensejou a Comissão Parlamentar de Inquérito pode ser investigado. Ao ver do STF, a CPI “não está impedida de investigar fatos que se ligam, intimamente, com o fato principal”.

A exigência de que, no ato de instauração da CPI, seja indicado com clareza o fato bem delimitado que ela se propõe a investigar mostra-se importante para o próprio controle das atividades da comissão. A CPI não pode alargar o âmbito do seu inquérito para além do que, direta ou indiretamente, disser respeito ao objetivo para o qual foi criada. (Mendes e Branco, 2018, p. 1454.)

De outra parte (ii), ao falar em prazo certo, isso significa a impossibilidade de uma CPI permanente. Toda CPI deve ser temporária. Portanto, também não se admite que a CPI transforme sua provisoriedade inicial em perenidade real. Isso não impede, contudo, que haja prorrogação, e inclusive sucessivas prorrogações, desde que tenha sido criada com prazo certo e que as prorrogações se mostrem

necessárias para alcançar a específica finalidade para a qual foi criada a comissão, em face de novas circunstâncias. (Tavares, 2020, p. 1243.)

Materialmente, a doutrina se posiciona no sentido que não podem elas ser instauradas para investigação de objeto que se insira exclusivamente na esfera privada. Como adverte Carvalho (2010, p. 1164): “Lembre-se inicialmente de que tais Comissões não podem investigar fato que seja apenas de interesse privado, e que não diga respeito à ordem constitucional, legal, econômica e social do país”.

Nenhuma investigação é um fim em si mesma e toda investigação deve guardar uma relação com alguma tarefa ou atribuição do Legislativo, donde decorre que assuntos puramente privados não se prestam a investigações parlamentares; e embora de uma investigação possa resultar uma ação penal, em se verificando a ocorrência de delito, a instauração de processos judiciais ou o cumprimento de lei não são objetivos do poder investigatório do Parlamento. (Barroso, 2008.)

Mesmo não subscrevendo integralmente esta linha de argumentação, concede-se que há diversas decisões do STF indeferindo, ainda que em caráter liminar, quebras de sigilo bancário, fiscal e telefônico por CPIS, por entender que a esfera privada das pessoas não pode ser invadida sem a devida fundamentação. Nesse sentido, por exemplo, confira-se o MS 23.960 (Pleno, rel. min. Maurício Corrêa, DJ 16/11/2001):

MANDADO DE SEGURANÇA. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. PRECEDENTES. 1. Os poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias de que as CPIS são constitucionalmente investidas (CF, artigo 58, § 3º) não são absolutos. Imprescindível a fundamentação dos atos que ordenam a quebra dos sigilos bancários, fiscais e telefônicos, visto que, assim como os atos judiciais são nulos se não fundamentados, assim também os das comissões parlamentares de inquérito.

2. A legitimidade da medida excepcional deve apoiar-se em fato concreto e causa provável, e não em meras conjecturas e generalidades insuficientes para ensejar a ruptura da intimidade das pessoas (CF, artigo 5º, x).

Segurança concedida.

No voto do eminente relator, constam as elucidativas considerações do Parquet, refutando fundamentações genéricas como base para invasão da privacidade do particular:

Verifica-se no presente caso que o ato que determinou a quebra do sigilo fiscal do impetrante não foi devidamente fundamentado e motivado. A análise do Requerimento nº 230, acostado aos autos as fls. 29/31, demonstra a ausência de um fato concreto que pudesse ensejar a legitimidade da medida extrema, qual seja, a quebra da cláusula de reserva pertinente a dados sigilosos.

Nota-se, pois, que a fundamentação apresentada pela autoridade coatora se resume a uma justificativa generalizada, não atendendo, portanto, à exigência legal para que o impetrante tivesse a inviolabilidade de sua vida privada afastada. Afinal, as comissões parlamentares de inquérito têm poderes de investigação vinculados à produção de elementos probatórios para apurar fatos certos, o que não ocorre nos presentes autos. Este tem sido o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que no Mandado de Segurança nº 23.452-1/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, acórdão publicado em 12/5/2000, assim ementado:

(...) A QUEBRA DO SIGILO CONSTITUI PODER INERENTE À COMPETÊNCIA INVESTIGATÓRIA DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO.

As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem legitimamente, por autoridade própria, a queda do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por elas investigadas, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera da intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência (CF, art. 5º, XXXV).

As deliberações de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, à semelhança também do que ocorre com as decisões judiciais (RTJ 140/514), quando destituídas de Fundamentação, mostram-se írritas e despojadas de eficácia jurídica, pois nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada pelo Poder Público, sem que o ato que a decreta seja adequadamente fundamentado pela autoridade estatal. (...)” (grifo nosso).

(...) Ademais, não se pode admitir, como pretende a autoridade impetrada, que

a fundamentação do ato impugnado no presente writ seja o simples fato de haver suspeitas do impetrante haver participado, em nome próprio e por procuração de terceiros, de negócios relacionados à administração de recursos da confederação Brasileira de Futebol, sem apresentar prova alguma a esse respeito. Imprescindível era que o ato tivesse sido motivado com base em um fato certo e concreto, sendo necessária a existência de “*probable cause*”, para invocar a doutrina equivalente no Direito Constitucional Comparado e na jurisprudência da suprema Corte norte-americana. Se assim não o fez a comissão Parlamentar de Inquérito, o ato aqui atacado é nulo, por imperativo constitucional (art. 93, inciso ix) (fls. 57/58). (Grifos no original.)

Prevalece o entendimento que a criação de CPIS deve ser justificada para subsidiar as competências constitucionais do Poder Legislativo. Conforme Mendes e Branco (2018, p. 1453-1456):

As Comissões Parlamentares de Inquérito destinam-se “a reunir dados e informações para o exercício das funções constitucionais conferidas ao Parlamento”.

A doutrina aponta que “o direito de inquirir é inerente a todo poder que delibera, e que, por isso, tem a necessidade de conhecer a verdade”. Para esclarecer sobre a verdade, indispensável ao exercício da função legiferante e de fiscalização, o Parlamento atribui a uma parcela dos seus membros a tarefa de, em seu nome, apurar acontecimentos e desvendar situações de interesse público. (...)

Nesse particular, a doutrina americana assenta que o poder de inquirir do Congresso é de longo alcance, abarcando todos os setores em que o Congresso pode legislar e em que decide sobre alocação de verbas. As investigações podem abranger o modo como estão sendo executadas as leis existentes e a necessidade de aprimorá-las. Além disso, o Congresso pode-se esforçar por desvendar, no âmbito do governo federal, corrupção, gastos inúteis e ineficiências administrativas.

A importância da atuação do Congresso na prevenção e na exposição de casos de corrupção tem sido encarecida na prática e na doutrina americana. Cita-se, a propósito, texto do então ainda Professor Woodrow Wilson, que mais tarde seria eleito Presidente dos EUA, em que sustenta ser a função de informar e de informar-se do Congresso de vital importância numa democracia, arrematando que “o único povo que se autogoverna de fato é o povo que discute e que interroga a sua Administração”.

Não há por que deixar de acolher, no Brasil, a mesma doutrina.

Um ponto de polêmica tem sido o de saber se a CPI pode ter por objeto a investigação de condutas privadas. Afirma-se, na jurisprudência americana, que, nesse tema, cumpre, caso a caso, ponderar os interesses públicos e privados em conflito.

Adverte-se que não existe um “poder do Congresso de expor, pelo amor à exposição”. O Congresso não está legitimado a perscrutar uma atividade privada, apenas para lhe dar publicidade ou para pôr à vista do público um erro ou uma ação delituosa. Diz-se, inclusive em precedentes judiciais, que “não é função do Congresso promover espetáculos de julgamento legislativo”.

Reconhece-se ao Congresso americano poder investigativo sobre atividade que se possa relacionar logicamente a uma matéria sobre a qual o Congresso tem o poder de dispor. No entanto, o inquérito legislativo que se resumisse ao propósito de desvendar atividades particulares “estaria invadindo o poder de julgar, reservado aos tribunais”.

No mesmo sentido Tavares afirma (2020, p. 1239-1240):

Essa prerrogativa constitucional, contudo, serve à efetivação de competências atribuídas pelo constituinte ao Poder Legislativo. Exatamente por isso é que a CPI não pode ser compreendida a partir de uma perspectiva isolacionista, como entidade autônoma, bastante em si mesma, à livre disposição dos parlamentares, para ser exercida, por exemplo, dentro de certos interesses persecutórios ou mesmo investigativos em geral. Pelo contrário, trata-se de atribuição encartada na função legislativa típica, ou seja, que é circunscrita à funcionalidade primária do Parlamento, que é a de legislar.

E o interesse público deve ser o norte para fundamentar sua instauração. Conforme a literatura de referência:

(...) aspectos da vida privada das pessoas, bem como negócios estritamente particulares, não são passíveis de investigação por comissões parlamentares de inquérito, salvo os casos que tenham direta e relevante ligação com o interesse público (Barroso, 2001, p. 108).

Existem situações, contudo, em que determinada conduta ou situação privada tem conotação com a ordem constitucional, legal, econômica ou social ou com a

vida pública, com reflexos, por exemplo, na segurança, ou na saúde, ou na educação etc., hipóteses em que será cabível a investigação parlamentar, porque, no caso, os negócios privados estarão repercutindo coletivamente ou interferindo nas atividades administrativas ou na vida e negócios dos demais cidadãos (Alves, 2004, p. 379).

É também lição geral que uma CPI não pode ser criada legitimamente apenas a partir de emoções ou sentimentos pessoais de um ou alguns parlamentares, nem tampouco de plataformas de campanha eleitoral de algum parlamentar, sendo necessário identificar um fato e especificar suas circunstâncias, no sentido de demonstrar o interesse público subjacente à investigação proposta e o cumprimento das condicionantes constitucionais. Só assim restará assegurada a supremacia constitucional e afastado o perigo de uma CPI com viés preponderantemente pessoal, ideológico ou mesmo político-partidário, persecutório ou não. Essas razões são violadoras da impessoalidade e da institucionalidade do Congresso Nacional, daí a vedação implícita que aqui menciono.

Nesse sentido, jamais se poderá confundir interesse público com interesse do público em geral, confusão inaceitável em termos técnicos e parlamentares. Esse tipo de mistura, aliada à circunstância de que não seja indicada nenhuma ilegalidade ou ilicitude nos fatos a serem investigados e ensejadores da criação de uma CPI, mas apenas curiosidades e suposições, por exemplo, sobre determinados fatos midiáticos ou conteúdos, gera ainda maior perplexidade no uso desse mecanismo parlamentar, seja perante a comunidade jurídica, seja para a sociedade em geral, que dos parlamentares aguarda, com grande expectativa e absoluta prioridade, a melhoria das condições socioeconômicas do País, com a aprovação de leis adequadas e modernas, consentâneas com a realidade e objetivos nacionais.

Além da vedação de CPI com pedido aberto, como mencionei acima, também é amplamente corrente e correto o entendimento de que uma CPI não pode se referir a um agente privado em suas relações privadas com outros agentes privados. Faleceria, aí, o interesse público primário que justifica a CPI. (Tavares, 2020, p. 1253-1254.)

5. As comissões parlamentares de inquérito no Direito comparado

Esta ótica também é partilhada no Direito estrangeiro. Embora não apresentem perfeita identidade, de modo geral os poderes e limitações das CPIS em outros países guardam semelhança ao modelo pátrio:

De modo geral, as constituições mais usualmente consultadas no Brasil dão base constitucional para o funcionamento de CPIS. Nem sempre as atividades, a amplitude e os limites da CPI são idênticos aos verificados no Brasil, mas certamente guardam a respeito muita semelhança. Para exemplo, vejam-se as seguintes constituições: Constituição da Alemanha, cujo art. 44 estabelece o direito de o Parlamento Federal, e o dever de, a requerimento de um quarto dos seus membros, constituir uma comissão de inquérito que recolha, em sessão pública, as provas necessárias. Pode-se excluir a presença do público. Na coleta de provas, aplicam-se, por analogia, as disposições do processo penal, mas não poderá ser afetado o sigilo da correspondência, do correio e das telecomunicações. O texto constitucional obriga os tribunais e as autoridades administrativas a prestar ajuda judicial e administrativa e determina que as resoluções das comissões de inquérito não estão sujeitas à apreciação judicial. Os tribunais podem apreciar e julgar livremente os fatos que estejam na base do inquérito; Constituição da Argentina: omissa; Constituição dos Estados Unidos – omissa. Não obstante, são instituídas nas Casas Congressuais e funcionam intensamente. A doutrina criada pelas comissões de inquérito nos Estados Unidos ultrapassa os limites de seu território e é utilizada e citada inclusive no Brasil; Constituição de Portugal, art. 178, que dispõe em seus itens 1, 4 e 5, que a Assembleia da República pode constituir comissões eventuais de inquérito; que tais comissões devem ser obrigatoriamente constituídas quando requeridas por um quinto dos Deputados em efetivo exercício de suas funções parlamentares, até ao limite de uma por Deputado e por sessão legislativa; e que as comissões de inquérito gozam de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais; Constituição da Espanha, art. 76, que estabelece que as Câmaras possam constituir comissões de inquérito; que suas conclusões não vincularão os tribunais e não afetarão as decisões judiciais, mas que o resultado das comissões pode ser encaminhado ao Ministério Público, que deverá tomar as medidas cabíveis. A convocação para comparecimento nas sessões das Câmaras deve ser obrigatoriamente seguida, sendo que a lei estabelecerá as sanções para o

descumprimento dessa obrigação; Constituição da Itália: art. 82; Constituição de Angola, art. 101º (cuja redação é idêntica à da Constituição de Portugal, citada); Constituição de Cabo Verde, art. 159. (Ferraz, 2013. p. 1108.)

A doutrina americana entende que o poder de investigação é algo inerente a toda legislatura constituída. Ele também decorreria da teoria dos poderes implícitos, isto é, para poder legislar, o Congresso deve ser capaz de reunir as informações necessárias para exercer esta função de modo eficiente. Ademais, esse poder se insere no sistema de freios e contrapesos dos poderes constituídos:

Qual é a fonte do poder do Congresso para investigar? Existem várias teorias. A primeira é que o Congresso herdou esse poder do Parlamento inglês na época da Declaração de Independência em 1776. Essa teoria considera o poder de investigar como inerente a qualquer legislatura devidamente constituída. Sob essa teoria, o poder do Congresso para investigar não depende de qualquer concessão de autoridade na Constituição. (...)

Uma segunda teoria é que as investigações do Congresso podem ser justificadas sob a doutrina dos poderes implícitos. Nesse argumento, o poder de investigar é visto como necessário e adequado ao exercício da função mais básica do Congresso – a elaboração de legislação.

A investigação é um meio necessário para obter informações sobre as questões e assuntos em torno dos quais o Congresso está considerando a legislação. Na verdade, o professor (mais tarde presidente) Woodrow Wilson chegou a afirmar que “a função informadora do Congresso deveria ser preferida até à sua função legislativa”. Finalmente, o poder do Congresso de conduzir investigações pode ser justificado sob a teoria de um sistema evolutivo de verificações e balanços. Sob essa teoria, o sistema de freios e contrapesos enumerados pelos Fundadores era incompleto, pois não dava ao Congresso o poder de investigar, já que a investigação é um meio óbvio pelo qual o Congresso pode verificar as outras agências. Neste argumento, o Congresso está justificado em afirmar o poder de investigar pela mesma razão que a Suprema Corte estava justificada em assumir o poder de decidir sobre a constitucionalidade da legislação. (Stephens; Scheb II, 2008, p. 93)¹¹

11 No original: “*What is the source of Congress’s power to investigate? There are several theories.*”

O poder investigativo do Congresso, ou o poder implícito do Congresso para obter informações de pessoas por meio de processos compulsórios, é amplo e abrangente. Embora esse poder não seja ilimitado, poucos tópicos, pessoas e documentos estão, em geral, fora de seu alcance. O Congresso frequentemente utilizou seu poder de investigação para o bem – para entender e tomar decisões informadas sobre questões e eventos públicos urgentes. (Raffish, 2023, p. 548-549.)¹²

Não é por outra razão que a Suprema Corte Americana consolidou o entendimento de que os poderes de investigação do Congresso devem estar ligados às suas funções legiferantes:

Revisando uma decisão de primeira instância em favor de Thompson, a Suprema Corte considerou que, embora o Congresso possuísse o poder de investigar, o poder deve ser exercido em prol da função legislativa. O juiz Samuel F. Miller escreveu por uma bancada unânime de que o Congresso não poderia empregar

The first is that Congress inherited this power from the English Parliament at the time of the Declaration of Independence in 1776. This theory views the power to investigate as inherent in any duly constituted legislature. Under this theory, Congress's power to investigate does not depend on any grant of authority in the Constitution. (...)

A second theory is that congressional investigations may be justified under the doctrine of implied powers. In this argument, the power to investigate is seen as both necessary and proper to the exercise of Congress's most basic function – crafting legislation.

Investigation is a necessary means of obtaining information about the issues and subjects around which Congress is considering legislation. In fact Professor (later President) Woodrow Wilson went so far as to assert that '[t]he informing function of Congress should be preferred even to its legislative function.' Finally, Congress's power to conduct investigations may be justified under a theory of an evolving system of checks and balances. Under this theory, the system of checks and balances enumerated by the Framers was incomplete in that it failed to grant Congress the power to investigate, since investigation is an obvious means whereby Congress can check the other branches. In this argument, Congress was justified in asserting the power to investigate for the same reason that the Supreme Court was justified in assuming the power to rule on the constitutionality of legislation".

- 12 No original: "Congressional investigatory power, or Congress's implied power to procure information from people through compulsory processes, is broad and sweeping. While the power is not boundless, few topics, people, and documents are ordinarily out of reach. Congress has often leveraged its inquiry power for good—to understand and make informed decisions about pressing public issues and events."

seu poder de investigação para realizar funções reservadas aos outros ramos do governo. Nesse caso, a Câmara não tinha intenção de legislar; sua investigação sobre a empresa Jay Cooke era inteiramente investigativa por natureza. Assim, a citação de desprezo e a prisão de Kilbourn eram inválidas.

A decisão Kilbourn estabeleceu a política básica da Suprema Corte para investigações legislativas: O poder de investigar é um auxiliar necessário da função legislativa. No entanto, o poder implícito de investigar não é ilimitado. Deve ser exercido apenas em relação à legislação em potencial. É claro que hoje há poucas áreas nas quais o Congresso pode não legislar; Assim, existem poucas áreas fora dos limites da investigação do Congresso. Ainda assim, uma investigação puramente por si só está sujeita a contestação judicial. (Stephens; Scheb II, 2008, p. 93.)¹³

A Corte também expressou o entendimento de que o Congresso não pode injustificadamente invadir a esfera de assuntos pessoais e privados (Raffish, 2023, p. 563):

O caso *Sinclair v. United States* também surgiu a partir do escândalo *Teapot Dome*. Um comitê do Congresso buscou o depoimento de Harry F. Sinclair, um executivo do setor de petróleo. Sinclair se recusou a testemunhar diante do comitê alegando que o comitê havia investigado desnecessariamente “seus assuntos privados,” que não eram informações “em auxílio à legislação.” A Corte reconheceu que o Congresso não podia investigar desnecessariamente os “assuntos pessoais

13 No original: “Reviewing a lower court decision in Thompson’s favor, the Supreme Court held that, although Congress possessed the power to investigate, the power must be exercised in furtherance of the legislative function. Justice Samuel F. Miller wrote for a unanimous bench that Congress could not employ its power of investigation to accomplish functions that were reserved to the other branches of government. In this case, the House had no intent to legislate; its inquiry into the Jay Cooke company was entirely investigatory in nature. Thus, Kilbourn’s contempt citation and imprisonment were invalid.

The Kilbourn decision established the basic policy of the Supreme Court toward legislative investigations: The power to investigate is a necessary auxiliary of the legislative function. Yet the implied power to investigate is not unlimited. It must be exercised only in relation to potential legislation. Of course, today, there are few areas in which Congress may not potentially legislate; thus, there are few areas off limits to congressional investigation. Still, an investigation purely for its own sake is subject to judicial challenge.”

e privados” dos americanos. No entanto, a Corte pareceu entender que as informações buscadas não eram “meramente... privadas ou pessoais.” Pelo contrário, o Congresso tinha poder para regulamentar “reservas navais de petróleo” e “terras públicas”. Como Sinclair possuía informações que estavam, presumivelmente, relacionadas ao arrendamento federal de uma companhia de petróleo, Sinclair detinha informações que poderiam, plausivelmente, conduzir à legislação futura. Assim, a Corte manteve a condenação de Sinclair por desacato.¹⁴

Em *Trump v. Mazars USA, LLP*, Nos. 19-715 & 19-760, a Suprema Corte afirmou que o poder de intimação do Congresso não pode ser usado para julgar alguém por um crime ou infração, mas reafirmou que estes poderes são amplos em situações concernentes à atividade legislativa (Cease, Gillett e Loeb, 2020):

Após descrever o histórico de como as disputas baseadas em intimações entre o Congresso e vários presidentes foram resolvidas, a Corte discutiu a base e os limites do poder de intimação do Congresso. Especificamente, a Corte afirmou que o poder de intimação do Congresso não pode ser utilizado para fins de aplicação da lei. Em outras palavras, o Congresso não pode usar sua autoridade de intimação para julgar alguém por um crime ou infração, nem o Congresso tem o “poder de expor por expor”. Opinião preliminar na página 12. De fato, a Corte confirmou que investigações do Congresso usadas exclusivamente para “punir” os investigados seriam “indefensáveis”. Além disso, a Corte reforçou as limitações ao poder de intimação, incluindo que a intimação deve servir a um “propósito legislativo válido” e é legítima apenas se estiver “relacionada a, e em prol de, uma tarefa legítima do Congresso”. Opinião preliminar na página 11. Ademais, a

14 No original: “*Sinclair v. United States* also arose out of the Teapot Dome scandal. A Congressional committee sought testimony from Harry F. Sinclair, an oil executive. Sinclair refused to testify before a committee on the grounds that the committee had unnecessarily probed into ‘his private affairs[.]’ which was not information ‘in aid of legislation’. The Court acknowledged that Congress could not needlessly probe into Americans’ personal and private affairs’. However, the Court appeared to reason that the information sought was not ‘merely . . . private or personal[.]’ Rather, Congress had power to regulate ‘naval oil reserves’ and ‘public lands[.]’ Because Sinclair possessed information that was conceivably related to an oil company’s federal lease, Sinclair held information that could have plausibly led to future legislation. Thus, the Court upheld Sinclair’s contempt conviction.”

Corte reafirmou que aqueles sujeitos a uma intimação do Congresso têm tanto privilégios constitucionais quanto de direito comum – incluindo o privilégio advogado-cliente – contra a intimação.

No entanto, a Corte, ao mesmo tempo, reafirmou o amplo poder de intimação do Congresso, que apoia o “importante interesse do Congresso em conduzir investigações para obter as informações de que precisa para legislar de forma eficaz”. Opinião preliminar na página 14. A Corte enfatizou o conceito de que o poder de intimação é um “poder de investigação”, que é “essencial” para servir à ‘função legislativa’”. Opinião preliminar na página 11.¹⁵

Assim, havendo pertinência, o Congresso americano tem a prerrogativa de requisitar informações pessoais dos investigados (Raffish, 2023, p. 567-568):

A Corte reafirmou o amplo poder investigativo do Congresso no caso *Eastland v. U.S. Servicemen's Fund*. Em *Eastland*, um subcomitê do Senado buscou intimar um banco para obter registros pertencentes a membros do *U.S. Servicemen's Fund* (“ussf”) com o objetivo de descobrir atividades subversivas, levando o USSF a buscar uma liminar. O USSF e seus membros alegaram, em parte, que o subcomitê buscava as informações para constrangê-los e puni-los, o que, segundo o USSF, inibiria a associação privada. Analisando as alegações dos contestadores, a Corte

15 No original: “After describing the history of how subpoena-based disputes between Congress and various presidents have been resolved, the Court discussed the basis for – and limits to – Congress’s subpoena power. Specifically, the Court affirmed that Congress’s subpoena power cannot be used for law enforcement purposes. In other words, Congress cannot use its subpoena authority to put someone on trial for a crime or wrongdoing, nor does Congress have the ‘power to expose for the sake of exposure’. Slip Op. at 12. Indeed, the Court confirmed that congressional investigations used solely to ‘punish’ those investigated would be ‘indefensible’. Not only that, the Court reinforced the limitations to the subpoena power, including that the subpoena must serve a ‘valid legislative purpose’, and is proper only if it is ‘related to, and in furtherance of, a legitimate task of Congress’. Slip Op. at 11. In addition, the Court reaffirmed that those subject to a congressional subpoena have both constitutional and common law privileges – including attorney-client privilege – against the subpoena.

“However, the Court, at the same time, reaffirmed Congress’s broad subpoena power, which aids ‘Congress’s important interest in conducting inquiries to obtain the information it needs to legislate effectively’. Slip Op. at 14. The Court stressed the concept that the subpoena power is a ‘power of inquiry’, which is ‘essential’ to serve the ‘legislative function’. Slip Op. at 11.”

explicou que a Cláusula de Discurso e Debate efetivamente protegia as intimações de qualquer escrutínio judicial. A Corte então passou a avaliar se as intimações prospectivas do comitê estavam dentro dos limites permitidos ao Congresso. A Corte concluiu que as atividades investigativas e as intimações compulsórias faziam parte do “âmbito legislativo” e que a investigação específica envolvendo os registros dos membros do USSF era claramente permissível. Além disso, a Corte rejeitou os argumentos de que as intimações foram emitidas para assediar, com base no fato de que a investigação buscava obter “informações sobre um assunto no qual poderia haver legislação”, e que a Cláusula de Discurso e Debate impedia a Corte de “examinar os motivos alegados que teriam impulsionado” as ações contestadas do Congresso ou as alegações dos autores com base na Primeira Emenda. A Corte enfatizou que “propósitos indignos” e empreitadas infrutíferas não invalidavam inquéritos legítimos do Congresso. Embora a Corte tenha reconhecido que uma interpretação ampla da Cláusula de Discurso e Debate poderia permitir que o Congresso abusasse de sua autoridade, os Fundadores haviam previsto e aceitado tal consequência.¹⁶

A doutrina alemã também afirma que as CPIS devem ser instauradas para

16 No original: “*The Court reaffirmed Congress’s broad investigatory power in Eastland v. U.S. Servicemen’s Fund. In Eastland, a Senate subcommittee sought to subpoena a bank for records belonging to U.S. Servicemen’s Fund (‘USSF’) members for the purpose of uncovering subversive activity, prompting USSF to seek injunctive relief. USSF and its members alleged, in part, that the subcommittee sought the information to embarrass and punish them, which USSF protested would chill private association. Analyzing the challenger’s claims, the Court explained that the Speech or Debate Clause effectively insulated subpoenas from judicial scrutiny. The Court then turned to evaluate whether the committee’s prospective subpoenas fell within Congress’s permissible bounds. The Court found that investigatory activities and compulsory subpoenas were part and parcel of the ‘legislative sphere[.]’ and that the specific disputed inquiry involving USSF members’ records was plainly permissible. Furthermore, the Court rejected arguments that the subpoenas were issued to harass on the grounds that the inquiry nevertheless sought to obtain ‘information about a subject on which legislation may be had[.]’ and that the Speech or Debate Clause precluded the Court from ‘look[ing] [in]to the motives alleged to have prompted’ disputed Congressional actions or the plaintiffs’ First Amendment claims. The Court emphasized that ‘unworthy purpose[s]’ and fruitless endeavors did not invalidate otherwise legitimate Congressional inquiries. Although the Court recognized that a broad interpretation of the Speech or Debate Clause might permit Congress to abuse its authority, the Framers had contemplated and accepted such a consequence.*”

investigar matérias sujeitas à competência do parlamento, ao controle do governo e da administração e aquelas de interesse público:

Dessas comissões essencialmente distinguidas são as comissões de investigação parlamentares. Na organização, que elas encontraram no artigo 44 da Lei Fundamental, servem elas, preponderantemente, às tarefas do controle parlamentar e à comprovação da responsabilidade por inconvenientes. A importância maior está, com isto, no controle do governo e administração; todavia, no quadro das tarefas e competências parlamentares, podem ser incluídos, fundamentalmente, também na investigação processos na vida pública e incidentes no âmbito social, quando existe um interesse público que justifique a deliberação e tomada de decisão parlamentar. (Hesse, 1998, p. 435-436.)

No Direito espanhol o instituto possui características semelhantes:

Diante da constatação anterior, do ponto de vista substantivo ou material, as Comissões de Inquérito podem ser conceituadas como “órgãos técnico-políticos de trabalho das Câmaras, instrumentos lógicos da atividade de fiscalização ou controle parlamentar exercida no âmbito do órgão representativo sobre o poder executivo, cujo objetivo é coletar as informações necessárias sobre qualquer assunto de interesse público, através de um instrumento colegiado de caráter temporário, integrado por uma representação proporcional à força dos Grupos Parlamentares na Câmara, que implica em faculdades excepcionais para o desenvolvimento de sua função, podendo, inclusive, afetar terceiros alheios às Câmaras, e cujos resultados podem servir, conforme o caso, para uma posterior resolução do Parlamento ou para a ativação dos procedimentos adequados para a responsabilização”. (Gutiérrez, 1995, p. 124.)¹⁷

17 No original: “Presupuesta la anterior constatación, desde el punto de vista sustantivo o material, las Comisiones de Encuesta pueden conceptuarse como ‘órganos técnico-políticos de trabajo de las Cámaras, instrumento lógico de la actividad de fiscalización o de control parlamentario ejercida en el seno del órgano representativo sobre el poder ejecutivo, cuyo objetivo es recoger la información necesaria sobre cualquier asunto de interés público, a través de un instrumento colegiado de carácter temporal, integrado por una representación proporcional a la fuerza de los Grupos Parlamentarios en la Cámara, que implica unas facultades excepcionales para el desarrollo de su función, pudiendo,

Também encontramos posicionamento análogo no Direito português, na lição de Gomes Canotilho (1992, p. 630):

Não é fácil delimitar o âmbito das comissões de inquérito. A regra é a de que o direito de inquérito existe em relação a assuntos para os quais o parlamento é competente, mas não para questões que são de exclusiva competência de outro órgão de soberania. Mas esta teoria – Korollar-Thyeorie lhe chama a doutrina alemã – que limita as comissões de inquérito ao âmbito da competência do Parlamento, não é fácil de precisar, porque se ela pretende manter válido, também neste campo, o princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania, há casos em que o princípio sofre entorses na própria Constituição. Líquido parece ser que as comissões de inquérito não podem incidir sobre assuntos sujeitos a segredo de justiça e já confiados aos tribunais e que a elas está vedado transformarem-se em comissões de fiscalização permanente dos atos do executivo (cfr. Ac TC n.º 195/94, DR, II, 12-5 (“Caso de Camarate”) cfr. Carlos Lopes do Rego, “Inquéritos parlamentares e processo penal”, in RMP, 56 (1993), p. 193 e ss. Dúvidas existem quanto a comissões de inquérito relativas a assuntos incluídos no âmbito da administração autónoma.

Parece também que as comissões de inquérito não podem incidir sobre a esfera privada do cidadão: a proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrada vale perante os inquéritos parlamentares não devendo estes inquéritos transformar-se em “processos penais” apócrifos sem a observância dos princípios constitucionais e legais vinculativos destes. Os limites entre esfera privada e interesse público é difícil de estabelecer, designadamente quando, por vezes, os inquéritos se referem a deputados e o comportamento destes ameaça o prestígio e reputação do parlamento (cfr. Par. cc n.º 14/77).

Exigência ineliminável do requerimento de inquérito é a da determinação do objecto a doutrina alemã alude a este respeito à exigência da determinabilidade (*Bestimmtheitsgebot*), pois um requerimento ou proposta que não indique os fundamentos e delimite o seu âmbito deve ser liminarmente rejeitado pelo

incluso, afectar a terceros extraños a las Cámaras, y cuyos resultados pueden servir, en su caso, para una posterior resolución del Parlamento o para poner en funcionamiento los procedimientos oportunos de exigencia de responsabilidad’.”

Presidente da AR (cfr. art. 251.º do Reg. da AR. No Direito português, cfr., por último, Jorge Miranda, “Sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito”, in *Direito e justiça*, XIV, 1/2000, pp. 33 e ss. Além disso, o objectivo das comissões de inquérito parlamentares tem de pautar-se pela existência de interesse público, não podendo incidir sobre interesses ou assuntos privados a não ser que estes tenham uma ligação inextrincável com os interesses públicos. As chamadas “comissões de inquérito de escândalos públicos” (ex.: Caso R. Dumas e companhia petrolífera Elf, em que assuntos privados se revelavam estritamente associados & dimensões jurídico-públicas). Nestes casos desempenhará importante relevo a vinculação das entidades públicas pelas normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias.

Do cotejo das doutrinas pátria e estrangeiras, guardando suas especificidades, observamos a concordância na ideia de que as CPIS devem ser instauradas para apurar fatos relacionados com a atividade parlamentar ou de relevante interesse da sociedade.

Suas conclusões servem de base para que o Poder Legislativo possa tomar as medidas necessárias para sanar os problemas apurados e para cobrar dos órgãos de outros poderes as providências cabíveis. Sendo assim, apesar do sigilo que possa cobrir elementos investigados, o relatório de seus trabalhos deve trazer tudo que for relevante para promover as mudanças necessárias na legislação e na atuação da Administração.

6. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Preliminarmente, cabe registrar que o STF reconhece a relevância da CPIS como instrumentos essenciais à dinâmica de freios e contrapesos dos poderes da República. Por exemplo, no MS 38.070 MC (rel. min. Rosa Weber, julgamento em 29/7/2021) ficou decidido que:

As Comissões Parlamentares de Inquérito são órgãos essenciais à dinâmica do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988, constituindo um dos mecanismos de freios e contrapesos (*checks and balances*) que estruturam o sistema pátrio de separação dos poderes.

Desempenham uma atividade que não é típica, mas é ínsita ao Poder Legislati-

vo: a de investigar, de modo amplo, quaisquer fatos determinados que interessem à vida constitucional do país (PINTO FERREIRA, Luís. *Comentários à Constituição brasileira*. 3º volume. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 103) e que envolvam o exercício das atribuições constitucionais outorgadas ao Parlamento. Como observa José Bezerra Alves (*Comissões parlamentares de inquérito: poderes e limites de atuação*. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 2004, p. 101), em sua monografia sobre o tema:

A atividade de investigar, exercida pelo Poder Legislativo, é tida como um poder natural, uma atividade ínsita do poder de legislar ou uma faculdade implícita das Câmaras, em sistemas presidencialistas e parlamentaristas, razão por que muitos Estados não se preocuparam, até o presente momento, em estabelecer tal competência nos respectivos textos constitucionais, como é o caso da Inglaterra – que a rigor sequer tem constituição –, dos Estados Unidos e da Argentina, dentre outros.

No Brasil, as Comissões Parlamentares de Inquérito são consagradas expressamente pela Constituição de 1988, que lhes conferiu “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”:

Art. 58 [...]

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

Observa-se, do preceito acima transcrito, que a criação de CPI condiciona-se, a teor do art. 58, § 3º, da Constituição da República, à satisfação de três requisitos taxativos de natureza constitucional: (i) requerimento de um terço dos membros da Casa Legislativa; (ii) prazo certo e (iii) apuração de fato determinado, como, aliás, reconhece o Plenário desta Suprema Corte (MS 24.849/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 29.9.2006; MS 37.760-MC-Ref/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, pendente de publicação, v.g.).

Como podem ser criadas por requerimento de apenas um terço dos congressistas, as Comissões Parlamentares de Inquérito exercem importante papel no regime democrático, permitindo à minoria dos parlamentares controlar a licitude dos atos praticados pela maioria e até mesmo a legitimidade dos atos praticados pelos demais órgãos do Poder

Legislativo ou do Poder Executivo. (ms 24.831/DF, rel. min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 4/8/2006.) (Grifo nosso.)

No que tange às informações sigilosas, o STF entende que as CPIS têm, *a princípio*, a responsabilidade de guardar a confidencialidade de documentos sigilosos. Entretanto, havendo necessidade de revelar dados sigilosos no relatório final, com a finalidade de fundamentar medidas a serem implementadas pelo poder público, essa prerrogativa pode ser exercida com a devida cautela. Por exemplo, é o caso do ms 23.452, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 16/9/1999:

(...) A QUESTÃO DA DIVULGAÇÃO DOS DADOS RESERVADOS E O DEVER DE PRESERVAÇÃO DOS REGISTROS SIGILOSOS. – A Comissão Parlamentar de Inquérito, embora disponha, *ex propria auctoritate*, de competência para ter acesso a dados reservados, não pode, agindo arbitrariamente, conferir indevida publicidade a registros sobre os quais incide a cláusula de reserva derivada do sigilo bancário, do sigilo fiscal e do sigilo telefônico. Com a transmissão das informações pertinentes aos dados reservados, transmite-se à Comissão Parlamentar de Inquérito – enquanto depositária desses elementos informativos –, a nota de confidencialidade relativa aos registros sigilosos. Constitui conduta altamente censurável – com todas as consequências jurídicas (inclusive aquelas de ordem penal) que dela possam resultar – a transgressão, por qualquer membro de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, do dever jurídico de respeitar e de preservar o sigilo concernente aos dados a ela transmitidos. *Havendo justa causa – e achando-se configurada a necessidade de revelar os dados sigilosos, seja no relatório final dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito (como razão justificadora da adoção de medidas a serem implementadas pelo Poder Público), seja para efeito das comunicações destinadas ao Ministério Público ou a outros órgãos do Poder Público, para os fins a que se refere o art. 58, § 3º, da Constituição, seja, ainda, por razões imperiosas ditadas pelo interesse social – a divulgação do segredo, precisamente porque legitimada pelos fins que a motivaram, não configurará situação de ilicitude, muito embora traduza providência revestida de absoluto grau de excepcionalidade.* (...) (Grifo nosso.)

Isso porque o STF entendeu pela relevância das CPIS como instrumentos de debate público. Foi o decidido no ms 25.832-MC (rel. min. Celso de Mello, julgamento em 14/2/2006):

PRETENDIDA INTERDIÇÃO DE USO, POR MEMBROS DE CPI, DE DADOS SIGILOSOS A QUE TIVERAM ACESSO. INVIABILIDADE. POSTULAÇÃO QUE TAMBÉM OBJETIVA VEDAR O ACESSO DA IMPRENSA E DE PESSOAS ESTRANHAS À CPI À INQUIRição DO IMPETRANTE. INADMISSIBILIDADE. INACEITÁVEL ATO DE CENSURA JUDICIAL. A ESSENCIALIDADE DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO, ESPECIALMENTE QUANDO EM DEBATE O INTERESSE PÚBLICO. A PUBLICIDADE DAS SESSões DOS ÓRGãos DO PODER LEGISLATIVO, INCLUSIVE DAS CPIS, COMO CONCRETIZAÇÃO DESSA VALIOSA FRANQUIA CONSTITUCIONAL. NECESSIDADE DE DESSACRALIZAR O SEGREDO. PRECEDENTES (STF). PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO INDEFERIDO.

(...)

Na realidade, a Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva de BOBBIO (“O Futuro da Democracia”, p. 86, 1986, Paz e Terra), como “um modelo ideal do governo público em público”. A Assembleia Nacional Constituinte, em momento de feliz inspiração, repudiou o compromisso do Estado com o mistério e com o sigilo, que fora tão fortemente realçado sob a égide autoritária do regime político anterior (1964-1985), quando no desempenho de sua prática governamental. Ao dessacralizar o segredo, a Assembleia Constituinte restaurou velho dogma republicano e expôs o Estado, em plenitude, ao princípio democrático da publicidade, convertido, em sua expressão concreta, em fator de legitimação das decisões e dos atos governamentais. É preciso não perder de perspectiva que a Constituição da República não privilegia o sigilo, nem permite que este se transforme em “praxis” governamental, sob pena de grave ofensa ao princípio democrático, pois, consoante adverte NORBERTO BOBBIO, em lição magistral sobre o tema (“O Futuro da Democracia”, 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério. Tenho por inquestionável, por isso mesmo, que a exigência de publicidade dos atos que se formam no âmbito do aparelho de Estado traduz consequência que resulta de um princípio essencial a que a nova ordem jurídico-constitucional vigente em nosso País não permaneceu indiferente. O novo estatuto político brasileiro – que rejeita o poder que oculta e que não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como expressivo valor constitucional, incluindo-o, tal a magnitude desse postulado, no rol dos direitos, das garantias e das liberdades fundamentais, como o reconheceu, em julgamento plenário, o Supremo

Tribunal Federal (RTJ 139/712-713, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Impende assinalar, ainda, que o direito de acesso às informações de interesse coletivo ou geral – a que fazem jus os cidadãos e, também, os meios de comunicação social – qualifica-se como instrumento viabilizador do exercício da fiscalização social a que estão sujeitos os atos do poder público. Ao examinar pretensão idêntica à ora deduzida nesta sede mandamental, quando do julgamento plenário do MS 23.639/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (RTJ 177/229-240), tive o ensejo de destacar, a propósito do tema, o que se segue: “Não vejo, contudo, como determinar à CPI/Narcotráfico que se abstenha de divulgar dados ou registros sigilosos, pois não posso presumir que um órgão estatal vá transgredir as leis da República, notadamente em face da circunstância de que a atividade estatal reveste-se da presunção ‘*juris tantum*’ de legitimidade e de fidelidade ao ordenamento positivo. Situações anômalas, inferidas de suposta infringência das normas legais, não podem ser imputadas, por simples presunção, a uma Comissão Parlamentar de Inquérito constituída no âmbito das Casas do Congresso Nacional, especialmente se o impetrante – sem qualquer suporte probatório idôneo – não é capaz de demonstrar que o órgão ora apontado como coator vá divulgar, sem justa causa, o conteúdo das informações sigilosas a que legitimamente teve acesso.” Em suma: são estas as razões que me levam a indeferir o pedido de reconsideração de fls. 40/41.

Nessa linha, o STF confirmou a validade do art. 6º-A da Lei 1.579/1952, garantindo que a CPI possa encaminhar suas conclusões a outros órgãos e autoridades estatais além do MP. Confira-se, por exemplo, o MS 34.864 (rel. min. Celso de Mello, julgamento em 5/10/2018):

MANDADO DE SEGURANÇA – CPI – DELIBERAÇÕES – PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE – CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DE TAIS RESOLUÇÕES POR SIMPLES ATO MONOCRÁTICO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – DOUTRINA – PRECEDENTES – A FIGURA JURÍDICA DO INDICIADO COMO ADEQUADA E PERTINENTE AO MODELO INSTITUCIONAL DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO – MAGISTÉRIO DA DOUTRINA QUE SE ORIENTA NESSE SENTIDO – AUTONOMIA DO INQUÉRITO PARLAMENTAR EM FACE DOS PROCEDIMENTOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL – JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – DOUTRINA – Possibilidade de encaminhamento do relatório final, com as respectivas conclusões, não só ao ministério público, o que traduz exigência constitucional

mínima (cf, art. 58, § 3º, “*in fine*”), mas, também, a outros órgãos e autoridades estatais (lei nº 1.579/52, art. 6º-a, incluído pela lei nº 13.367/2016), como o Departamento de Polícia Federal – ausência, na espécie, de legitimação passiva “*ad causam*” do Presidente da Câmara dos Deputados, pois, enquanto órgão de simples encaminhamento do relatório da CPI às instituições e aos agentes por esta indicados, não dispõe de competência para negar eficácia ou para desconstituir referida deliberação colegiada – a condição de mero executor não permite qualificá-lo como autoridade coatora – doutrina – precedentes – ocorrência, ainda, de outra circunstância apta a gerar a incognoscibilidade da presente ação mandamental: extinção da CPI de que emanaram tais determinações – consequente ausência de interesse de agir – precedentes – mandado de segurança não conhecido – parecer da procuradoria-geral da república pelo não provimento do recurso – recurso de agravo improvido.

No mesmo sentido o MS 35.216-Agr (rel. min. Luiz Fux, julgamento em 17/11/2017):

EMENTA: AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÂMARA DOS DEPUTADOS. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – CPI. FUNAI E INCRA 2. DELIBERAÇÕES. RELATÓRIO FINAL. ENCAMINHAMENTO AO MINISTÉRIO PÚBLICO E OUTROS ÓRGÃOS ESTATAIS. POSSIBILIDADE. EXTINÇÃO DA CPI. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. INCOGNOSCIBILIDADE DO MANDAMUS. LEGALIDADE DO ENCAMINHAMENTO AO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL. ART. 58, § 3º, DA CRFB/88. ART. 6º-A DA LEI 1.579/52, INCLUÍDO PELA LEI 13.367/2016. PRECEDENTES. SÚMULA 266 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA NÃO CONHECIDO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A aprovação do Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito, no dia 30.05.2017, e a consequente extinção da CPI Funai/Incr 2, ensejam a perda do objeto do presente mandamus, por ocasionar a impossibilidade de impugnação de quaisquer de seus atos potencialmente lesivos. Precedentes: MS 25.459 Agr, Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJE 12.03.2010, MS 26.024 Agr, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 13.04.2007, MS 23.852 QO, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 24.08.2001. 2. *As Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI possuem permissão legal para encaminhar relatório circunstanciado não só ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União, mas, também, a outros órgãos públicos, podendo veicular, inclusive, documentação que*

possibilite a instauração de inquérito policial em face de pessoas envolvidas nos fatos apurados (art. 58, § 3º, CRFB/88, c/c art. 6º-a da Lei 1.579/52, incluído pela Lei 13.367/2016). 3. O mandado de segurança não pode ser utilizado como mecanismo de controle abstrato da validade constitucional das leis e dos atos normativos em geral, posto não ser sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes: MS 32.809 Agr, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 30.10.2014, e MS 25.456 Agr, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 09.12.2005. 4. Agravo interno a que se NEGA PROVIMENTO. (Grifo nosso.)

São pertinentes as considerações do relator, ministro Luiz Fux, feitas em seu voto:

(...) Portanto, a melhor interpretação do art. 58, § 3º, da Constituição da República, por entendimento consolidado nesta Corte, é de que o encaminhamento do relatório final ao Ministério Público não prejudica sua remessa a outros órgãos, como a Advocacia-Geral da União e a Polícia Federal, uma vez que a CPI detém os mesmos poderes de instrução no processo penal que o Poder Judiciário.

Ademais, cumpre ressaltar que o encaminhamento dos documentos aos órgãos públicos para que promovam a responsabilidade civil ou criminal por infrações apuradas não obriga nem vincula referidos órgãos a prosseguir na investigação, considerada a ampla autonomia que há entre o inquérito parlamentar e os procedimentos de investigação penal. Nesse sentido, merece colação o seguinte precedente desta Corte, in verbis:

(...) O inquérito parlamentar, realizado por qualquer CPI, qualifica-se como procedimento jurídico-constitucional revestido de autonomia e dotado de finalidade própria, circunstância esta que permite à Comissão legislativa – sempre respeitados os limites inerentes à competência material do Poder Legislativo e observados os fatos determinados que ditaram a sua constituição – promover a pertinente investigação, ainda que os atos investigatórios possam incidir, eventualmente, sobre aspectos referentes a acontecimentos sujeitos a inquéritos policiais ou a processos judiciais que guardem conexão com o evento principal objeto da apuração congressional. (MS 23.639, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2000, DJ 16-02-2001).

(Grifo no original.)

Ainda que não seja matéria relativa à publicidade de dados sigilosos em geral, cabe o registro do posicionamento do STF no sentido que os investigados por CPIS têm o direito de acessar todos os elementos colhidos que lhes façam menção. Conforme o rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 15/7/2021:

(...) Esse relevante postulado da ampla defesa, invocado pelo impetrante, é tutelado, dentre outros instrumentos, pela Súmula Vinculante 14 desta Suprema Corte, segundo a qual “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.” A jurisprudência do STF tem, progressivamente, estendido o alcance dessa importante regra, de modo a abarcar, por exemplo, o acesso a autos de fenômenos complexos, como é o caso das colaborações premiadas. Neste sentido, confira-se o seguinte precedente, de minha relatoria: “AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. PENAL. PROCESSO PENAL. COLABORAÇÃO PREMIADA. ACESSO AO TERMO DE COLABORAÇÃO PELO TERCEIRO DELATADO. DIREITO GARANTIDO PELA SÚMULA VINCULANTE 14. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA JULGAR A RECLAMAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. I – É assegurado ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento (art. 7º, § 2º, da Lei 12.850/2013). II – O acesso ao termo de colaboração premiada pelo terceiro delatado deve ser franqueado à luz da Súmula Vinculante 14, ‘[...] caso estejam presentes dois requisitos. Um, positivo: o ato de colaboração deve apontar a responsabilidade criminal do requerente (INQ 3.983, rel. min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 3.3.2016). Outro, negativo: o ato de colaboração não deve referir-se à diligência em andamento’ (Rcl 24.116/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes). III – O agravante, com fundamento na Súmula Vinculante 14, ‘poderá ter acesso a todos os elementos de prova documentados nos autos dos acordos de colaboração – incluindo-se as gravações audiovisuais dos atos de colaboração de corréus – para confrontá-los, mas não para impugnar os termos dos acordos propriamente ditos’ (Rcl 21.258-AGR/PR, Rel. Min. Dias Toffoli). Precedentes. IV – Agravo regimental provido para julgar a reclamação parcialmente procedente” (Ag. Reg. na Rcl. 30.742 SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). *Assim, parece-me coerente com a evolução dos precedentes desta*

Corte, em primeiro lugar, assegurar ao impetrante o acesso a todos os elementos já ameaçados pela CPI que façam menção à sua pessoa, salvo aqueles relativos a diligências em curso ou que digam respeito exclusivamente a terceiros (Rcl 28.661/sc, Rel. Min. Alexandre de Moraes; e Rcl 28.903 Agr, Rel. Min. Edson Fachin). Quanto a isso, tive a oportunidade de esclarecer alhures que “o direito ao ‘acesso amplo’, descrito pelo verbete mencionado, engloba a possibilidade de obtenção de cópias, por quaisquer meios, de todos os elementos de prova já documentados, inclusive mídias que contenham gravação de depoimentos em formato audiovisual” (Rcl 23.101, de minha relatoria). De toda sorte, também já pontuei, em outra seara, que, de acordo com a Súmula Vinculante 14, tal alcance “[...] refere-se ao direito assegurado ao indiciado (bem como ao seu defensor) de acesso aos elementos constantes em procedimento investigatório que lhe digam respeito e que já se encontrem documentados nos autos, não abrangendo, por óbvio, as informações concernentes à decretação e à realização das diligências investigatórias pendentes, em especial as que digam respeito a terceiros eventualmente envolvidos” (HC 94.387 ED, voto do Rel. Min. Ricardo Lewandowski). Ademais, penso que, em decorrência da jurisprudência do STF, acima citada, que prestigia a ampla defesa e os recursos a ela inerentes, constitui direito do impetrante apresentar formalmente à CPI os documentos que entender necessários para esclarecer as menções que lhe foram feitas, de modo a que integrem os autos da investigação e possam, se for o caso, ser considerados pelo Relator quando da apresentação de seu relatório final. Vale lembrar, nesse passo, a clássica lição de Pedro Lessa, abaixo transcrita: “Em substância: exercendo atribuições políticas, e tomando resoluções políticas, move-se o Poder Legislativo num vasto domínio, que tem como limites um círculo de extenso diâmetro, que é a Constituição Federal. Enquanto não transpõe essa periferia, o Congresso elabora medidas e normas, que escapam à competência do Poder Judiciário. Desde que ultrapassa a circunferência, os seus atos estão sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, que, declarando-os inaplicáveis por ofensivos a direitos, lhes tira toda a eficácia jurídica.” (Do Poder Judiciário: direito constitucional brasileiro. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 65/66). Em complemento, cumpre registrar, que, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, não há qualquer interferência na autonomia do Legislativo no concernente às decisões nas quais o Judiciário garante aos investigados por comissões parlamentares de inquérito a plena observância de seus direitos fundamentais. Confira-se: “O CONTROLE JURISDICIONAL DE ABUSOS PRATICADOS POR COMISSÃO

PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. – A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. – O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes. Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nas quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República. O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO. – O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória” (RTJ 173/806, Rel. Min. CELSO DE MELLO, grifei). Ante o exposto, defiro parcialmente a liminar requerida para franquear ao impetrante o acesso aos dados já coligidos pela Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI da Pandemia que o mencionem diretamente, bem como para assegurar-lhe o direito de juntar formalmente aos autos da CPI todos os

documentos e declarações que entender necessários para exercício de sua defesa. Intime-se a Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 7º, II, da Lei 12.016/2009. Na sequência, dê-se vista à Procuradoria-Geral da República (art. 12 da Lei 12.016/2009 e art. 52, IX, do RISTF). Publique-se. Brasília, 15 de julho de 2021.

Conclusão

As CPIS são ferramentas fundamentais no fortalecimento da democracia, contribuindo para a fiscalização do poder público e a transparência na gestão de recursos. Contudo, seu poder de investigação deve ser exercido com cautela, respeitando os direitos fundamentais dos indivíduos, como o direito à privacidade e à preservação da imagem. O sigilo em investigações conduzidas por CPIS é essencial em muitos casos, mas não pode ser absoluto, devendo ser levantado quando o interesse público prevalecer, principalmente em situações que envolvem a administração pública.

A análise comparativa com outras jurisdições, como a dos Estados Unidos e da Alemanha, revela que o poder de investigação das CPIS deve estar sempre vinculado ao interesse legislativo e à necessidade de aprimorar políticas públicas. Nessas jurisdições, o sigilo é tratado com a devida importância, mas há um consenso de que a transparência deve prevalecer quando o interesse coletivo está em jogo.

No Brasil, o STF reconhece a importância das Comissões Parlamentares de Inquérito como instrumentos essenciais no sistema de freios e contrapesos da República. Ele reconhece que as CPIS devem respeitar a confidencialidade de informações sigilosas, mas pode haver exceções para divulgação, desde que com cautela e por justa causa, quando necessário para fundamentar ações do poder público, reforçando a necessidade de encontrar um equilíbrio entre sigilo e publicidade, conforme a natureza da investigação e o impacto social dos fatos apurados.

Conclui-se que as CPIS, ao atuarem dentro dos limites constitucionais, cumprem um papel crucial para a sociedade, fornecendo subsídios para a melhoria da legislação e a promoção de uma governança mais eficiente e ética. A preservação do sigilo é necessária em determinadas circunstâncias, mas deve ser flexibilizada

em prol da transparência e para fundamentar mudanças legislativas e outras ações estatais. Assim, a atuação das CPIS contribui para um Parlamento mais informado e participativo, capaz de tomar decisões que realmente atendam aos interesses públicos e garantam a responsabilidade dos gestores públicos.

Referências

- ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- ALVES, José Wanderley Bezerra. *Comissões parlamentares de inquérito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. Comissões parlamentares de inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, dez.-jan.-fev. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 05 set. 2024.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BRASIL. *Código Penal (1940)*. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 15 set. 2024.
- BRASIL. *Código de Processo Penal (1941)*. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 15 set. 2024.
- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 ago. 2013 – Edição extra. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 15 set. 2024.
- BRASIL. *Lei 1.579/1952*. Dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito.

- Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 21 mar. 1952. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/////LEIS/L1579.htm. Acesso em 15 set. 2024.
- BRASIL. *Lei 12.850/2013*. Define organização criminososa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 ago. 2013 – Edição extra. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 15 set. 2024.
- BRASIL. *Lei 13.367/2016*. Altera a Lei 1.579, de 18 de março de 1952, que dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 dez. 2016. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13367.htm. Acesso em 15 set. 2024.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves Carvalho. *Direito constitucional*. 16. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- CEASE, Caroline C.; GILLET, Gabriel K.; LOEB, Emily M. *Not just about tax returns: the Supreme Court clarifies congressional subpoena power – and its limitations*. 2020. Disponível em: https://www.jenner.com/a/web/2xTmnU-kpWpyQCFZAX4FCvo/4klWqf/Supreme_Court_Clarifies_Congressional_Subpoena_Power.pdf. Acesso em 25 set. 2024.
- GUTIÉRREZ, Alfonso Arévalo. Las comisiones de investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ISSN 0211-5743, Año nº 15, nº 43, 1995.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Comentário ao artigo 58, parágrafo 3º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1108.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MORAES, Alexandre de et al. *Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

- STEPHENS JR., Otis H.; SCHEB II, John M. *American constitutional law Volume I: sources of power and restraint*. Fourth Edition. 2008.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.
- RAFFISH, Brett. The necessary and proper investigatory power. *Harvard Journal of Law & Public Policy* Vol. 46 No. 2, March 2023.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Regimental no Inquérito 4.435/DF*, rel. min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 19 fev. 2018.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Inquérito 4.438/DF*, rel. min. Edson Fachin, Primeira Turma, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 11 abr. 2017.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança 23.452/RJ*, rel. min. Celso de Mello, Pleno, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 12 maio 2000.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança 23.960/DF*, rel. min. Maurício Corrêa, Pleno, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 16 nov. 2001.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança 25.832/DF*, rel. min. Celso de Mello, Pleno, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 20 fev. 2006.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança 34.864/DF*, rel. min. Celso de Mello, Pleno, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 24 out. 2018.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança 35.216/DF*, rel. min. Luiz Fux, Pleno, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 27 nov. 2017.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança 38.035/DF*, rel. min. Ricardo Lewandowski, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 16 jul. 2021.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Medida Cautelar no Mandado de Segurança 38.070/DF*, rel. min. Rosa Weber, Pleno, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 30 jul. 2021.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Petição 12.732*, rel. min. Alexandre de Moraes, <https://noticias-stf-wp-prd.s3.sa-east-1.amazonaws.com/wp-content/uploads/wpallimport/uploads/2024/07/15171222/PET-12732-sigilo-1-1.pdf>. Acesso em 24 set. 2024.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ADVOCACIA PARLAMENTAR: INSTRUMENTO FUNDAMENTAL PARA A DEFESA DAS PRERROGATIVAS DO LEGISLATIVO

Felipe de Paula Lyra¹

1. Introdução

O presente artigo visa a analisar as Advocacias Públicas dos parlamentos como órgãos essenciais para a preservação das competências constitucionais do Poder Legislativo (federal, estadual e municipal), das suas comissões e das prerrogativas de seus membros. No atual contexto da experiência constitucional brasileira, caracterizado por uma constante judicialização da política, torna-se premente a necessidade de que o Poder Legislativo disponha de meios eficazes para defender em juízo suas relevantes funções constitucionais.

1 Mestrando em Poder Legislativo (CEFOP), especialista em Direito Tributário e Direito Imobiliário (Legale), bacharel em Direito (UFBA), advogado do Senado Federal, ex-procurador do estado do Rio Grande do Sul.

Parte-se da premissa de que é pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a interpretação segundo a qual, embora o Poder Legislativo não possua personalidade jurídica própria, ele possui personalidade judiciária. Isso significa que as Casas Legislativas têm a prerrogativa de atuar em juízo em nome próprio, mas apenas nas causas em que estejam em jogo suas prerrogativas institucionais. Em outras palavras, o Poder Legislativo detém personalidade judiciária exclusivamente para defender seus “direitos institucionais”, que são os direitos intimamente ligados ao conjunto de competências e atribuições que o constituinte lhe conferiu, permitindo que possa desempenhar sua missão institucional com plena capacidade de realizar suas funções típicas de legislar e fiscalizar, bem como suas funções atípicas de executar e julgar.

Neste diapasão, será empreendida análise da cláusula pétrea da separação de poderes, consubstanciada nos arts. 2º e 60, § 4º, III, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), em conjunto com os arts. 131 e 132 da CF/88, que preveem as competências da Advocacia-Geral da União (AGU) e das procuradorias dos estados (PGES) e do Distrito Federal (PGDF). Tal análise será realizada à luz dos postulados da hermenêutica constitucional da máxima efetividade da Constituição, da concordância prática e da unidade da Constituição.

Destarte, será explorado o macroscópico conflito de interesses que surgiria caso o Poder Legislativo fosse obrigado a levar a juízo suas pretensões relacionadas à preservação de suas competências constitucionais em conflitos com outros poderes, utilizando-se de órgãos de Advocacia Pública diretamente subordinados ao chefe do Poder Executivo, quais sejam, a AGU, as PGES, a PGDF e, nos municípios que as instituíram, as procuradorias-gerais do município (PGMS), em seus respectivos âmbitos federativos.

Salienta-se, também, que este artigo apresentará uma breve análise da evolução da jurisprudência do STF sobre a possibilidade de representação judicial do Poder Legislativo por seus órgãos próprios. A análise em tela abrangerá desde o decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 175, oriunda do estado do Paraná e julgada em 1993, até o mais recente julgamento da ADI 2.820, oriunda do estado do Espírito Santo, realizado em 2023. Os entendimentos do Judiciário sobre a matéria são de extrema relevância, uma vez que o tema em análise carece de densidade normativa, não havendo um estatuto geral que discipline a atuação do Poder Legislativo em juízo.

Outrossim, abordaremos a postura do Judiciário na interpretação do conceito jurídico indeterminado de “direitos institucionais” e seus efeitos sobre a capacidade do Poder Legislativo de agir em juízo em nome próprio. Essa análise será feita à luz do Tema de Repercussão Geral 1.120 do STF, que fixa os limites da insindicabilidade judicial sobre certas decisões legislativas, ancoradas nos princípios da separação dos poderes e na natureza *interna corporis* desses atos. Concomitantemente, será contrastada a necessária autocontenção do Poder Judiciário em questões internas do Legislativo com a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, conforme o art. 5º, xxxv, da Constituição Federal, que permite a revisão judicial de qualquer lesão ou ameaça a direito.

Pretende-se, portanto, chegar a uma síntese da postura constitucionalmente mais adequada que o Judiciário deve adotar ao se deparar com controvérsias sobre se a ação movida pelo Poder Legislativo, por meio de sua personalidade judiciária e representado por seus órgãos de Advocacia Pública, envolve ou não questões vinculadas aos *direitos institucionais*.

Dito isso, será realizada análise documental com uma abordagem de natureza qualitativa, promovendo-se uma pesquisa bibliográfica e de caráter exploratório.

2. Separação de poderes e harmonia institucional: desafios e perspectivas

A separação de poderes, consagrada como cláusula pétrea na Constituição (art. 60, § 4º, III), é instituto fundante da democracia brasileira. Conforme estabelecido no art. 2º da CF/88, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si. A independência dos poderes implica que nenhum poder pode sobrepor-se aos demais, objetivando garantir que cada ramo do poder estatal mantenha sua parcela de autonomia funcional e capacidade decisória, conforme destacado por Montesquieu (1996).

Tal arranjo institucional foi deliberadamente concebido para impedir a indevida concentração de poderes, salvaguarda reforçada pelo sistema de freios e contrapesos, o qual legitima o estabelecimento de limitações recíprocas entre os poderes, nos exatos termos previstos na Constituição. Destarte, como afirma Braz de Souza (2022), estas limitações recíprocas são tidas como essenciais para manter o equilíbrio de forças entre os distintos ramos do poder estatal.

Por outro lado, a harmonia entre os poderes preconiza a colaboração entre as diversas esferas funcionais do Estado para que este alcance seus objetivos, por meio da comunhão de esforços dos seus diferentes polos decisórios. Cada poder deve, portanto, exercer suas funções de maneira a não obstruir as atividades dos demais.

Isso posto, verifica-se que a aplicabilidade contemporânea do princípio da separação de poderes é alvo de novas reflexões à luz da doutrina mais moderna, reflexões estas que partem do princípio de que o poder estatal é uno, apesar das divisões funcionais entre os três poderes (Freire Júnior, 2004). Tal unidade do poder estatal reflete-se na necessidade de cooperação entre os poderes para a consecução dos objetivos constitucionais. No entanto, a supramencionada unidade não implica, por óbvio, a ausência de tensões ou conflitos, especialmente quando se considera o papel do Judiciário na chamada “judicialização da política”, ou mesmo do Executivo na exacerbação do seu poder de definir a agenda do Legislativo (*agenda setting*).²

Conforme discutido por Ferreira (2023), a excessiva judicialização da política e o ativismo judicial, particularmente em casos complexos em que o STF poderia tecnicamente intervir, podem comprometer o equilíbrio ora em análise. Tais intervenções, embora juridicamente possíveis, muitas vezes não se justificam, devendo haver uma autocontenção epistêmica para evitar decisões que afrontem a harmonia constitucionalmente estabelecida, especialmente em matérias que envolvem a autonomia e as prerrogativas institucionais dos demais poderes.

Ademais, destaca-se que a supramencionada necessidade de autocontenção será melhor analisada ao debatermos qual a postura constitucionalmente mais adequada para o Judiciário ao se manifestar sobre o conteúdo e o alcance do conceito jurídico indeterminado de *direitos institucionais*, no contexto de discussão sobre a legitimidade da atuação autônoma do Legislativo em juízo.

O constitucionalismo contemporâneo, profundamente influenciado pela corrente neoconstitucionalista, atribui ao texto constitucional um papel central no ordenamento jurídico, considerando-o norma superior que serve de fundamento de validade para toda a legislação infraconstitucional. Nesse contexto, Viana

2 Sobre a proliferação dos poderes legislativos do Poder Executivo no âmbito da América Latina recomendamos a leitura de Barros, 2019.

(2012) destaca que as normas constitucionais devem ser compreendidas como dotadas de eficácia irradiante, capazes de influenciar a interpretação do sentido e alcance de todos os institutos dos diversos ramos do direito. Tal interpretação reforça a visão de que a Constituição deve ser aplicada de maneira direta e imediata por todos os órgãos estatais. Assim, as normas constitucionais, por mais lacônicas que sejam, sempre possuem alguma eficácia e condicionam a interpretação de todo o ordenamento jurídico e das demais normas constitucionais.

Por outro lado, a judicialização da política é um fenômeno fortemente associado ao neoconstitucionalismo. Tal movimento jurídico, político e filosófico se caracteriza pela valorização da Constituição como norma central e, também, pela ampliação do papel dos tribunais constitucionais, o que impulsiona a atuação do Judiciário em questões políticas. No Brasil, o quadro teórico ora em análise se manifesta faticamente na atuação proeminente do STF em decisões que afetam diretamente a agenda política e legislativa. Assim, o neoconstitucionalismo, ao conferir aos juízes um papel interpretativo mais ativo, transforma o Judiciário em um ator político relevante, capaz de inequivocamente influenciar o cenário político nacional (Lunardi, 2019).

Essa transformação, entretanto, não está isenta de críticas. A judicialização da política pode levar a um déficit democrático, na medida em que decisões de grande impacto são tomadas por juízes não eleitos, afastando-se do controle direto do eleitorado que é próprio ao Executivo e ao Legislativo, poderes que periodicamente são submetidos à *accountability* das eleições, da qual o Judiciário é imune. Tal fenômeno pode resultar na politização do Judiciário: cortes que não apenas interpretam a lei mas também criam normas e influenciam a formulação de políticas públicas (Lunardi, 2019). A politização do STF, por exemplo, pode ser observada na forma como a Corte tem sido utilizada por diferentes atores políticos para contestar e moldar políticas públicas, muitas vezes agindo como instituição-caminho para uma terceira via de discussões políticas já enfrentadas nas Casas Legislativas (Silva e Melo, 2022).

O problema de o STF adentrar em áreas próprias dos outros poderes é exacerbado pelo que alguns autores chamam de *populismo judicial*. Segundo Gabardo, Viana e Wasilewski (2020), o STF frequentemente se vale da opinião pública para fundamentar suas decisões, distanciando-se das razões substanciais que deveriam embasar o direito. Assim, tem-se que o comportamento em tela pode ser entendido como uma forma de *metapositivismo*, em que as decisões

são influenciadas mais por considerações morais e pragmáticas do que por um rigor jurídico estrito.

Nesse contexto, emerge o clamor de que o Judiciário adote uma postura de autocontenção, respeitando a separação de poderes como vetor balizador de suas análises em matérias atinentes aos outros poderes. Destarte, a harmonia entre os poderes é fundamental para a manutenção do equilíbrio institucional e para a preservação da democracia. Conforme Ferreira (2023), a atuação do Judiciário em *hard cases* deve ser pautada pela prudência e pela justa medida de suas capacidades estruturais e funcionais, evitando-se ingerências indevidas que possam desestabilizar o sistema de freios e contrapesos.

A necessidade de autocontenção é ainda mais evidente quando se considera que o ativismo judicial, ao invadir competências próprias do Legislativo e do Executivo, compromete a separação dos poderes e cria o já citado déficit democrático, conforme argumentado por Copatti (2016). Assim, a defesa da Constituição e dos direitos fundamentais deve ser realizada de maneira que se respeite a autonomia funcional de cada poder, evitando-se a judicialização excessiva da política e a politização do Judiciário, fenômenos que podem enfraquecer a confiança pública nas instituições democráticas.

3. A imputação volitiva e a representação dos poderes: abordagem hermenêutica harmonizadora

Conforme Fernandes (2010), uma análise literal e não sistemática da legislação pode levar um observador desatento à equivocada conclusão de que a representação judicial do Poder Legislativo por seus órgãos próprios não encontraria amparo na Constituição e não teria sido prevista no nosso atual sistema normativo.

Isso porque o art. 131 da CF/88 estabelece que a Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente, além de prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo. O art. 132, por sua vez, determina que os procuradores dos estados e do Distrito Federal exerçam a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. Ademais, embora a Constituição não exija a criação de procuradorias

municipais, conforme decidido na ADI 6.331,³ oriunda do estado de Pernambuco, o art. 75, III, do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) estabelece que o município será representado em juízo pelo seu prefeito, procurador ou por associação de representação de municípios, quando expressamente autorizada.

Já a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios são pessoas jurídicas unas, apesar da divisão funcional dos poderes e das competências constitucionais atribuídas aos diversos órgãos do Estado. Tais órgãos são partes integrantes e despersonalizadas da pessoa jurídica a que pertencem, conforme a *teoria do órgão*. De origem alemã e idealizada por Otto Friedrich von Gierke, essa teoria sustenta, em uma analogia com a anatomia humana, que o Estado deve ser comparado a um corpo e os agentes públicos aos seus órgãos. Dessa forma, cada agente do Estado é visto como titular de um órgão, sendo certo que a personalidade é um atributo do todo, não das partes, imputando ao ente estatal a vontade manifestada pelos seus órgãos (Mazza, 2017).

Conforme Maia (2009), a teoria do órgão tem raízes profundas no direito administrativo alemão do século XIX, tendo sido fundamental para o desenvolvimento da jurisdição administrativa.

Mendonça (2004) explica que os órgãos são entes despersonalizados, simples frações de competências do Estado, que atuam em nome deste. Segundo Gierke (1913), quando um agente público, no exercício de suas funções, manifesta uma vontade, essa vontade é imputada ao Estado, pois foi emanada de um órgão seu.

3 Conforme destacado por Cavalcante (2024), o STF, no julgamento da ADI 6.331/PE, decidiu que a instituição de procuradorias municipais depende da escolha política autônoma de cada município, no exercício da prerrogativa de sua auto-organização. Assim, o STF afirmou que é inconstitucional a interpretação de norma estadual que conduza à obrigatoriedade de implementação de procuradorias municipais, uma vez que não existe norma constitucional de reprodução obrigatória que vincule o Poder Legislativo municipal à criação de órgãos próprios de advocacia pública. Além disso, no âmbito do mencionado julgado foi destacado que é materialmente inconstitucional qualquer dispositivo de Constituição estadual que estabeleça a possibilidade de contratação direta e genérica de serviços de representação judicial e extrajudicial, pois tal medida viola a regra constitucional do concurso público. Portanto, tem-se que, uma vez realizada a opção política municipal pela instituição de um órgão próprio de procuradoria, a composição de seu corpo técnico está vinculada às regras constitucionais, entre as quais o inafastável dever de realização de concurso público (art. 37, II, da CF/88).

A teoria do órgão, por tal razão, também é conhecida como *teoria da imputação volitiva*. No contexto brasileiro, essa teoria foi adotada pela jurisprudência do STF, no Recurso Extraordinário (RE) 327.907, oriundo do estado de São Paulo, que consolidou a ideia de que a Constituição Federal aplicou a teoria da imputação volitiva por meio do art. 37, § 6º, ao utilizar a expressão “nessa qualidade” (Mazza, 2017).

Todavia, a interpretação segundo a qual o Poder Legislativo não poderia atuar em juízo em nome próprio para defender suas prerrogativas constitucionais é inadequada e superficial. Fernandes (2010) argumenta que essa concepção, que considera todos os atos da União e de seus órgãos integrantes como provenientes de uma única fonte de vontade, é incompatível com o princípio da separação de poderes. Este princípio confere ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário autonomia e vontade próprias, tornando cada um deles sujeito de direitos e deveres. Assim, cada poder possui a capacidade de defender judicialmente suas prerrogativas, surgindo pretensões jurídicas quando seus direitos são violados.

Isso posto, é certo que a lógica da harmonia institucional permite que, em circunstâncias normais, os interesses dos diferentes poderes sejam representados de forma sincrônica pelo órgão de Advocacia Pública vinculado ao Executivo, seguindo a lógica imposta pela teoria do órgão e pela existência de uma personalidade jurídica única para todos os órgãos dos poderes que compõem a pessoa jurídica federativa, como se estivéssemos diante de um único agente com uma única e indistinta vontade. Contudo, devido à independência inerente de cada poder, é inevitável que surjam conflitos entre eles. Nesses casos, tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Judiciário devem poder se valer de órgãos jurídicos próprios para representar seus interesses em juízo (Fernandes, 2010).

Diante do cenário normativo ora narrado, deve-se proceder à harmonização da interpretação constitucional do princípio da separação de poderes, consagrado no art. 2º da Constituição e estabelecido como cláusula pétrea pelo art. 60, § 4º, III, da CF/88, de um lado, e o disposto pelos arts. 131 e 132 da CF/88, que estabelecem a regra da representação judicial e extrajudicial da União, estados e Distrito Federal pelos seus respectivos órgãos de Advocacia Pública vinculados ao Executivo. Dessa forma, quando duas normas constitucionais aparentemente entram em conflito, é vedado ao intérprete realizar interpretação que promova o sacrifício total de uma delas. Deve-se, portanto, buscar a interpretação que melhor harmonize os interesses em conflito, em linha com o que estabelece o

princípio hermenêutico da concordância prática, também chamado de princípio da harmonização (Slaibi Filho, 2001).

Ademais, é sabido que a Constituição deve ser lida como um todo: não se pode ler a CF/88 como se cada um de seus dispositivos fosse um comando isolado, pois todas as suas normas fazem parte do mesmo corpo jurídico-normativo, sem a existência de hierarquia entre as regras e princípios constitucionais, em linha com o que estabelece o princípio hermenêutico da Unicidade da Constituição (Slaibi Filho, 2001). Assim, o intérprete, no caso concreto, deve buscar saída interpretativa que preserve o princípio da separação de poderes ao tempo que respeite a regra da representação prioritária dos entes federativos pelos seus respectivos órgãos de Advocacia Pública ligados ao Executivo.

Nessa mesma linha de inteligência, vejamos a literalidade da eloquente crítica de Ramos (2012) a projeto de lei orgânica da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, que propunha que a PGE-SP passasse a prestar consultoria jurídica não apenas ao Poder Executivo, mas também aos demais poderes do estado. Assim, vejamos:

O que se pretende é que a PGE preste consultoria e assessoramento aos demais Poderes do Estado, o que, flagrantemente, conflita com a independência constitucionalmente assegurada a esses Poderes. Não se interpreta a Constituição aos pedaços. O artigo 132, caput, da Constituição não pode ser lido de forma dissociada do princípio da separação dos Poderes, insculpido no artigo 2º da Lei Maior e declarado cláusula pétrea em seu artigo 60, parágrafo 4º, inciso III. Imagine-se condicionar a decisão da Mesa da Assembleia Legislativa ou da Presidência do Tribunal de Justiça a um parecer de órgão integrante da estrutura do Poder Executivo. Aliás, por essa ordem de motivos, o artigo 30 da Constituição do Estado estabelece que compete à Procuradoria da Assembleia Legislativa exercer a consultoria e o assessoramento técnico-jurídico do Poder Legislativo, assim como a representação judicial nos casos em que lhe seja dado defender, perante o Poder Judiciário, suas prerrogativas de independência.

Nesse sentido, a saída jurisprudencial, conforme será melhor analisada no próximo tópico, seguiu o raciocínio em comento, de forma que a posição atualmente vigente no âmbito do STF e do STJ está em linha com o princípio hermenêutico da máxima efetividade da Constituição, de sorte que, em face do

conflito aparente de normas constitucionais vigente na espécie, prosseguiu-se de forma a realizar uma interpretação que busca dar máxima eficácia a todas as disposições constitucionais conflitantes.

Neste diapasão, agora iniciaremos a análise da evolução jurisprudencial sobre o tema no âmbito do STF e do STJ.

4. A evolução jurisprudencial

Antes de proceder à análise da evolução jurisprudencial concernente ao tema, cumpre salientar que a questão da capacidade do Poder Legislativo de agir em juízo em nome próprio, mediante sua personalidade judiciária, é objeto de antiga discussão no plano doutrinário. A esse respeito, é imperioso evocar a doutrina do ex-ministro do STF Victor Nunes Leal, datada de 1949, que já postulava a possibilidade de existência da personalidade judiciária independentemente da personalidade jurídica. Leal, ao examinar determinada controvérsia no âmbito municipal, sustentou que, embora as câmaras municipais carecessem de personalidade jurídica, tal circunstância não deveria obstaculizar seu direito de ação judicial para a salvaguarda de suas prerrogativas institucionais (Leal, 1949).

Segundo o supracitado jurista, a autonomia funcional das câmaras municipais, enquanto entidades integrantes do município e desprovidas de personalidade jurídica, atribui-lhes direitos específicos suscetíveis de violação e, por conseguinte, passíveis de defesa judicial, inclusive contra atos do prefeito. Seria inadmissível, dentro do nosso arcabouço jurídico, a ausência de um mecanismo que permitisse ao Legislativo defender suas prerrogativas institucionais quando violadas por outros poderes, pois tal lacuna representaria uma inequívoca violação à separação de poderes e ao princípio do amplo acesso ao Judiciário (Leal, 1949).

Isso posto, em linha com o explicitado por Santos e Maia (2020), o STF, de modo incidental, na ADI 175, originária do estado do Paraná e sob relatoria do ex-ministro Octavio Gallotti, proferiu um entendimento fundamental que serviu de base para a consolidação da jurisprudência da Corte nos anos futuros.

De acordo com tal decisão, na parte que examinava a constitucionalidade das carreiras de assessoramento jurídico dos Poderes Legislativo e Judiciário do estado do Paraná, ficou decidido que, apesar de as assembleias legislativas e os tribunais de justiça não possuírem personalidade jurídica própria, sendo

usualmente representados em juízo pelos procuradores do estado, é reconhecida a capacidade processual desses órgãos em situações excepcionais quando a autonomia do respectivo Poder está em questão. O STF destacou que essa capacidade pode ser exercida por meio de procuradorias especiais, que podem ser criadas conforme julgado apropriado por seus dirigentes. Adicionalmente, essas procuradorias podem assumir funções de assessoramento jurídico das atividades técnicas e administrativas dos respectivos poderes (Brasil, 1993).

A jurisprudência do STF sobre esse tema se consolidou quando ele foi decidido como questão principal no âmbito da ADI 1.557, de relatoria da ex-ministra Ellen Gracie, julgada no ano de 2004. Conforme afirmado pela própria relatora da ação, a criação de órgãos responsáveis pela representação judicial, consultoria e assessoramento jurídico de suas respectivas Casas Legislativas também foi adotada por constituintes originários de outras unidades da Federação, conforme pode ser observado nas Constituições estaduais de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo.

Assim, foi decidido que, quanto à autonomia do Poder Legislativo distrital em manter, na sua estrutura organizacional, um setor especializado na consultoria e no assessoramento jurídico de seus órgãos, não há inconstitucionalidade alguma. Já no tocante à representação judicial da Casa Legislativa, os limites traçados pela jurisprudência do STF indicam que essa função pode ser exercida por uma procuradoria legislativa apenas nos casos em que a Câmara Legislativa do Distrito Federal se apresente em juízo em nome próprio, para proteger a autonomia e a independência do Poder Legislativo distrital. Destarte, isso não se aplica à defesa dos interesses da pessoa jurídica de direito público do Distrito Federal, como, por exemplo, a cobrança de multas, mesmo que estejam ligadas à atividade do Legislativo distrital (Brasil, 2004).

A decisão mais recente do STF sobre a representação judicial do Poder Legislativo foi proferida na ADI 2.820, oriunda do estado do Espírito Santo, relatada pelo ministro Nunes Marques e julgada em 2023. Nesse julgamento, o STF reafirmou sua jurisprudência histórica, consolidando a possibilidade de a Procuradoria-Geral da Assembleia Legislativa do Espírito Santo representar judicial e extrajudicialmente o Poder Legislativo.

O STF decidiu que, além das atribuições de consultoria e assessoramento, a Procuradoria-Geral da Assembleia Legislativa pode representar judicial e extrajudicialmente o Legislativo, assegurando-lhe autonomia e independência

em face dos demais poderes. Em outras palavras, a representação é permitida para garantir o exercício das prerrogativas do Poder Legislativo, tanto dos colegiados que o integram quanto dos parlamentares individualmente considerados. O Tribunal esclareceu que não se trata de o Poder Legislativo se colocar como uma pessoa jurídica de direito público cindida do estado do Espírito Santo. A interpretação conforme à Constituição foi conferida para delimitar que a representação judicial e extrajudicial da Assembleia Legislativa, a cargo de sua Procuradoria-Geral, encontra limites nos feitos em que esse Poder, em nome próprio, defenda sua autonomia e independência em face do Executivo e do Judiciário (Brasil, 2023).

Para além disso, é importante ressaltar que o tema em questão já está pacificado há muito tempo no âmbito do STJ, que editou o enunciado sumular 525, dispondo: “A Câmara de Vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, podendo demandar em juízo somente para defender os seus direitos institucionais”. Assim, percebe-se que a jurisprudência do STJ se firmou no mesmo sentido da jurisprudência do STF, baseada, contudo, na análise de casos referentes à realidade municipal.

Entre os julgados que serviram de base para a edição do supracitado verbete de súmula, destaca-se o Recurso Especial (RESP) 1.164.017, oriundo do estado do Piauí. Nesse caso, o STJ julgou a pretensão apresentada pela Câmara Municipal do município de Lagoa do Piauí, que ajuizou ação contra a Fazenda Nacional objetivando afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre os vencimentos pagos aos próprios vereadores. Ao julgar o feito, o STJ afirmou que a Câmara Municipal não possui personalidade jurídica, mas apenas personalidade judiciária, podendo demandar em juízo somente para defender seus direitos institucionais, entendidos como aqueles relacionados ao funcionamento, autonomia e independência do órgão.

Neste diapasão, destacou o STJ que, para aferir a legitimação ativa dos órgãos legislativos, é necessário qualificar a pretensão em análise para concluir se está, ou não, relacionada a interesses e prerrogativas institucionais. Dessa forma, o STJ, julgando-se apto a avaliar o sentido e alcance do conceito jurídico indeterminado de *direitos institucionais*, decidiu que, no caso concreto, não se tratava de uma defesa de prerrogativa institucional, mas de uma pretensão de cunho meramente patrimonial. Tal fato impedia que o Poder Legislativo comparecesse em juízo em nome próprio para defender a pretensão de seus membros.

Em que pese a aparente plausibilidade dos argumentos apresentados pelo STJ, entende-se aqui que tal postura do Poder Judiciário em buscar delinear, nos diversos casos concretos submetidos pelo Poder Legislativo, se o conceito jurídico indeterminado de *direitos institucionais* foi ou não preenchido merece uma crítica à luz do princípio da separação dos poderes. Entende-se aqui que, quando o Poder Legislativo resolve se valer de sua própria advocacia para representá-lo em juízo, está realizando uma escolha política e um ato *interna corporis*, que, via de regra, não deve ser sindicável pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, é sabido que o STF possui jurisprudência pacífica sobre a impossibilidade de o Judiciário adentrar questões *interna corporis* do Legislativo, conforme se depreende da leitura do Tema 1.120 da lista de Repercussão Geral do STF, cujo *leading case* foi o julgamento do RE 1.297.884, tendo sido fixada a seguinte tese:

Em respeito ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal, quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação do sentido e do alcance de normas meramente regimentais das Casas Legislativas, por se tratar de matéria *interna corporis*.

Assim, apenas em situações excepcionalíssimas, quando macroscopicamente não se tratar de um direito institucional do órgão – assim compreendido como direitos relacionados ao funcionamento, autonomia, independência do Legislativo, além das competências e prerrogativas dos parlamentares individualmente considerados, com a salvaguarda dos atos praticados no exercício do mandato e em decorrência dele –, o Poder Judiciário poderia afirmar a inexistência de tal requisito e, portanto, a impossibilidade de o Poder Legislativo atuar em nome próprio.

Assim sendo, compreende-se que a atual postura do Poder Judiciário, exemplificada pelo RESP 1.164.017/PI, bem como em outros processos, como o RESP 649.824/RN e o RESP 839.219/SE, citados aqui como exemplo, de sempre discutir, como questão preliminar, ligada à verificação da capacidade processual do Legislativo de atuar em juízo em nome próprio, se há a presença ou não de direitos institucionais no caso concreto, representa um desrespeito à separação de poderes e uma violação à racionalidade estabelecida pelo Tema 1.120 da lista de Repercussão Geral do STF.

Nesse sentido, o Judiciário estaria se imiscuindo em uma questão interna do Poder Legislativo, qual seja, sua decisão política de litigar em juízo buscando a proteção de seus direitos institucionais, conceito jurídico indeterminado cuja afirmação da presença compete, via de regra, ao próprio Poder Legislativo como uma concretização de sua autonomia constitucional.

5. Conclusão

O presente estudo abordou a importância da Advocacia Pública dos parlamentos na defesa das competências constitucionais do Poder Legislativo e das prerrogativas de seus membros. A análise jurisprudencial realizada demonstrou que, embora não possua personalidade jurídica própria, o Poder Legislativo detém personalidade judiciária para atuar em juízo na defesa de seus *direitos institucionais*. Tal distinção, pacificamente aceita pela jurisprudência do STF e do STJ, é fundamental para garantir a adequada defesa judicial do Legislativo.

Destarte, o macroscópico conflito de interesses que surgiria em casos de disputas entre os poderes, caso o Legislativo fosse representado em juízo por órgãos de Advocacia Pública subordinados ao Executivo, destaca a necessidade de órgãos próprios de advocacia para a defesa eficaz das prerrogativas legislativas.

Ademais, a análise da separação de poderes, consagrada nos arts. 2º e 60, § 4º, III, da Constituição, em conjunto com os arts. 131 e 132 da CF/88, reforça a necessidade de uma interpretação que respeite a autonomia e a independência dos poderes, conforme os princípios da máxima efetividade da Constituição e da concordância prática. A evolução da jurisprudência do STF, desde a ADI 175, de 1993, até a ADI 2.820, de 2023, evidencia um reconhecimento da capacidade processual do Legislativo em situações excepcionais, quando a autonomia do referido Poder está em questão. Esse reconhecimento é basilar para garantir que o Legislativo possa defender suas prerrogativas institucionais sem depender de órgãos vinculados ao Executivo.

O estudo também tangenciou a questão do ativismo judicial e da judicialização da política, ressaltando a necessidade de autocontenção por parte do Judiciário em questões internas do Legislativo. A interpretação sobre a existência de *direitos institucionais*, na linha da racionalidade imposta pelo Tema de Repercussão Geral 1.120 do STF, deve ser primariamente reconhecida pelo

próprio Legislativo, evitando-se ingerências indevidas do Judiciário que possam desestabilizar o equilíbrio institucional.

Nesse sentido, critica-se a postura do Judiciário, exemplificada pelo julgamento do STJ no REsp 1.164.017, de sempre discutir, nos diversos casos concretos apresentados pelo Legislativo, se o conceito jurídico indeterminado de *direitos institucionais* foi ou não preenchido, pois tal postura representa uma violação ao princípio da separação de poderes. As questões *interna corporis* do Legislativo, como a decisão política de litigar em juízo, não devem, em regra, ser sindicáveis pelo Judiciário.

Referências

- BARROS, Ana Tereza Duarte Lima de. Presidencialismo e qualidade da democracia na América Latina. *Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos*, Belém, v. 5, n. 2, p. 88-103, jul.-dez. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasdemocracia/article/view/6016>. Acesso em 27 jul. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 175*, rel. min. Octavio Gallotti. Julgamento: 3/6/1993. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur111477/false>. Acesso em 1 ago. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.557*, rel. min. Ellen Gracie. Julgamento: 31/3/2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur94884/false>. Acesso em 1 ago. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.820*, rel. min. Nunes Marques. Julgamento: 5/6/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur483522/false>. Acesso em 1 ago. 2024.
- BRAZ DE SOUZA, G. Os artigos federalistas: a teoria da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos. *Revista Vianna Sapiens*, [S. l.], v. 13, n. 1, p. 19, 2022. DOI: 10.31994/rvs.v13i1.793. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/793>. Acesso em 27 jul. 2024.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O município é livre para instituir, ou não, a sua Procuradoria Municipal; caso decida instituir a Procuradoria, deverá respeitar as regras do concurso público. *Buscador Dizer o Direito*, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1879d84e181b6262704e95372dc9f4dc>. Acesso em 30 jul. 2024.

- COPATTI, L. C. A crítica hermenêutica do direito como garantia à democracia e respeito à Constituição frente ao ativismo judicial. *Revista Quaestio Iuris*, 9(4), 2421–2449, 2016. DOI: 10.12957/rqi.2016.22000. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/22000>. Acesso em 28 jul. 2024.
- FERREIRA, E. C. F. Ativismo judicial e harmonia entre os poderes: porque o STF pode até poder, mas não deveria julgar *hard cases*. *Revista Foco*, [S. l.], v. 16, n. 11, p. e3598, 2023. DOI: 10.54751/revistafoco.v16n11-079. Disponível em: <https://ojs.focopublicacoes.com.br/foco/article/view/3598>. Acesso em 27 jul. 2024.
- FERNANDES DE SOUZA ALLAIN TEIXEIRA, J. P.; MATIAS LOBO, J. C.; DEOCLECIANO, P. R. Uma análise crítica das funções contramajoritária, representativa e iluminista do Supremo Tribunal Federal (STF) à luz da doutrina da efetividade. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, 27(3), 124–153, 2022. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v27i31915. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1915>. Acesso em 28 jul. 2024.
- FERNANDES, Edvaldo. A institucionalização da advocacia do Senado Federal com salvaguarda das competências constitucionais do Congresso Nacional. *Centro de estudos da Consultoria do Senado, Textos para discussão*, p. 6, ago. 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/conleg/centroaltosestudosl.html>. Acesso em 30 jul. 2024.
- FREIRE JÚNIOR, A. B. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 238, p. 37–42, 2004. DOI: 10.12660/rda.v238.2004.44054. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/44054>. Acesso em 27 jul. 2024.
- GABARDO, E.; VIANA, A. C. A.; WASILEWSKI, D. J. Teoria da argumentação jurídica em confronto com o populismo judicial. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 12(3), 516–537, 2020. DOI: 10.4013/rechtd.2020.123.12. Disponível em: <https://ojs.focopublicacoes.com.br/foco/article/view/3598>. Acesso em 28 jul. 2024.
- GIERKE, Otto. *Political theories of the Middle Age*. Cambridge: Cambridge University Press, 1913.
- LEAL, Victor Nunes. Personalidade judiciária das Câmaras Municipais – Comentário de Victor Nunes Leal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 15, 1949.
- MAIA, Paulo Sávio Peixoto. Teoria do órgão e jurisdição administrativa no contexto constitucional alemão do século XIX. *Revista Controle: Doutrina e*

- Artigos*, 7(1), 383-396, 2009. DOI: 10.32586/rcda.v7i1.299. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/299>. Acesso em 30 jul. 2024.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. A teoria dos órgãos públicos e o § 8º do artigo 37 da Constituição Federal. *Pensar*, 9(9), 97-104, 2004. DOI: 10.5020/2317-2150.2004.v09n1p97. Disponível em: <https://doi.org/10.5020/23172150.2012.97-104>. Acesso em 30 jul. 2024.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 2 v. (Coleção Clássicos do Pensamento).
- RAMOS, Elival da Silva. Críticas a projeto de Lei Orgânica não têm fundamento. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 23 ago. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-ago-23/elival-ramos-criticas-lei-organica-pge-nao-fundamento/>. Acesso em: 1 ago. 2024.
- SANTOS, Welder Queiroz dos; MAIA, Grhegory Paiva Pires Moreira. O poder legislativo em juízo. *Revista ANPAL*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 1-30, 2020. Disponível em: <https://revista.anpal.org.br/o-poder-legislativo-em-juizo/>. Acesso em 1 ago. 2024.
- SILVA, R. Q. da; MELO, R. O. de. Judicialização da política: o uso das ações diretas de inconstitucionalidade pelos partidos políticos (2019-2020). *E-Legis – Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação da Câmara dos Deputados*, 15(37), 246-261, 2022. DOI: 10.51206/elegis.v15i37.719. Disponível em: <https://doi.org/10.51206/elegis.v15i37.719>. Acesso em 28 jul. 2024.
- SLAIBI FILHO, Nagib. Hermenêutica Constitucional. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 16, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista16/revista16_sumario.htm. Acesso em 31 jul. 2024.
- VIANA, P. G. A teoria das dimensões dos direitos fundamentais como pressupostos à consagração de garantias fundamentais: um ensaio sobre o acesso efetivo à Justiça. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, [S.l.], v. 7, n. 1, 2012. DOI: 10.22456/2317-8558.35626. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/35626>. Acesso em 28 jul. 2024.

IMUNIDADE MATERIAL PARLAMENTAR: ANÁLISE DAS DIMENSÕES DO INSTITUTO À LUZ DA TEORIA E DA JURISPRUDÊNCIA

*Gabrielle Tatith Pereira*¹

Introdução

A inviolabilidade parlamentar, também conhecida como imunidade material, é instituto fundamental aos regimes democráticos. Embora seja consensual essa premissa, são frequentes as discussões na opinião pública, na academia e na jurisprudência sobre sua natureza e seu alcance. De um lado, defende-se que a imunidade não pode constituir escudo protetivo para a prática de ilícitos,²

1 Doutoranda em Ciencias Políticas y de la Administración y Relaciones Internacionales pela Universidade Complutense de Madrid, Espanha. Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IBDEP). Pós-graduada em Direito Digital, Inovação e Ética nos Negócios pela Fundação Instituto de Administração (FIA). Advogada-geral do Senado Federal. Advogada do Senado Federal. Contato: gabitpereira@hotmail.com.

2 Por exemplo: RE 1.506.564; ARE 1.497.277; Inq 4.923; 1.044 STF.

tampouco convolar-se em privilégio. De outro, defende-se que a inviolabilidade por opiniões, palavras e votos do parlamentar constitui prerrogativa institucional e nuclear do Poder Legislativo, não podendo ser relativizada ou enfraquecida sem risco ao regime democrático.

Este artigo tem o objetivo de identificar, sistematizar e definir dimensões para o instituto da imunidade material à luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência, enquanto fontes de Direito. Pretende-se, para além da sistematização do conhecimento já existente, propor uma definição adequada de cada uma das dimensões, a partir de uma perspectiva crítica e com foco na evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema.

Como metodologia, adota-se uma pesquisa exploratória sobre o conceito de imunidade material parlamentar a partir da literatura nacional e estrangeira. Em fase preliminar, são definidas seis dimensões-hipóteses para o instituto da imunidade material, assim sintetizadas: a dimensão conceitual ou de abrangência (D1); a dimensão material ou da natureza jurídica (D2); a dimensão funcional (D3); a dimensão espacial (D4); a dimensão modal (D5); a dimensão da moderação (E6). Essas hipóteses são analisadas e testadas a partir da doutrina e da jurisprudência do STF, considerando como critério de seleção das decisões da Corte a expressão “imunidade material parlamentar”, sem limite temporal. Os dados foram coletados em 26 de agosto de 2024. Foram encontrados 168 acórdãos e 477 decisões monocráticas. Por se tratar de pesquisa que pretende analisar a evolução da jurisprudência do STF em face do instituto, são consideradas no estudo apenas as decisões colegiadas (acórdãos) das turmas ou do Plenário. Foram também excluídos 6 acórdãos por terem sido julgados anteriormente à vigência da Constituição de 1988.

Como resultado, tem-se a confirmação das seis dimensões-hipótese propostas como integrantes do conceito da inviolabilidade parlamentar ou imunidade material e são apresentados subconceitos para cada uma dessas dimensões, de modo a orientar a aplicação constitucionalmente adequada do instituto. Apresentam-se também outros resultados do estudo e propõe-se nova agenda de pesquisa.

1. Imunidades parlamentares: fundamentos, conceito e dimensões do conceito

1.1. *Fundamentos: a preservação do regime democrático e da separação de poderes*

A diversidade de atribuições inerentes à função legislativa exige que o Poder Legislativo e os parlamentares estejam dotados de um conjunto de prerrogativas, direitos, deveres e incompatibilidades, de nível constitucional e infraconstitucional, capaz de viabilizar o desempenho livre e independente do mandato, não apenas para assegurar o normal funcionamento das Casas Legislativas, mas também para proteger os mandatários de pressões de seus próprios pares, dos Poderes Executivo e Judiciário e da sociedade. A esse microsistema de direito material e processual dá-se o nome de *Estatuto dos Congressistas*, que institui o regime jurídico do exercício do mandato parlamentar.

Trata-se de um conjunto normativo destinado à proteção do Poder Legislativo, do exercício livre e independente do mandato parlamentar e da organização das forças políticas, especialmente as minorias, referindo-se, portanto, a direitos públicos de dimensão objetiva ou institucional (*intuitu functionae*), cujos titulares são o órgão legislativo e o cargo público de senador ou deputado federal. Não se trata de direito subjetivo (*intuitu personae*), voltado à defesa de interesses particulares, razão pela qual não se encontra na esfera de disponibilidade do titular do mandato. São, portanto, direitos irrenunciáveis (Aleixo, 2020; Levi, 2020).

Já na Declaração dos Direitos e Liberdades dos Súditos ingleses em face da Coroa – *English Bill of Rights 1689* (England, 1689) –, assentou-se que a eleição dos membros do Parlamento deve ser livre³ e que a liberdade de expressão e os debates ou procedimentos no Parlamento não devem ser obstados ou questionados em nenhum tribunal ou espaço fora do Parlamento.⁴

As imunidades transformaram-se em garantia universalmente assegurada aos parlamentares nos regimes constitucionais instituídos a contar do século

3 “That election of members of Parliament ought to be free.”

4 “That the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament.”

xviii (Aleixo, 2020; Piovesan e Gonçalves, 2003; Horta, 2010; Abreu, 2019; Levi, 2020) e estiveram presentes em todas as constituições brasileiras, em maior ou menor amplitude.⁵

O STF tem historicamente reconhecido a dimensão objetiva das normas que compõem o Estatuto dos Congressistas, podendo-se considerar como *leading case* o julgamento do *Habeas Corpus* 1.073, de 1898 (Brasil, 1898), em que se pretendia a soltura de um senador e dois deputados, presos por decreto do presidente da República durante o estado de sítio. No voto do relator, o ministro Lúcio de Mendonça, consta que “a imunidade, inerente à função de legislar, importa essencialmente à autonomia e independência do Poder Legislativo” e que, “se ao Poder Executivo fosse lícito arredar de suas cadeiras deputados e senadores, ficaria à mercê do seu arbítrio, e, por isso mesmo, anulada a independência desse outro poder político, órgão, como ele, da soberania nacional”.

Na ordem constitucional de 1988, há significativos precedentes que igualmente ressaltam a dimensão objetiva do regime jurídico-político aplicável aos parlamentares, a exemplo do Inquérito 510-0/143, julgado em 1º/2/1991, de relatoria do ministro Celso de Mello, em que o colegiado reconheceu que as imunidades atuam como condição de garantia de independência do Poder Legislativo em face dos outros poderes do Estado (Brasil, 1991).⁶

O Estado Democrático de Direito tem como premissas fundamentais a divisão orgânica das funções estatais e o império da lei como critério de le-

5 A Constituição de 1937 não contemplou as imunidades materiais, apenas as de cunho processual. O parlamentar era civil e penalmente responsável por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime e poderia perder o mandato, por maioria de votos, caso a Câmara a que pertencia entendesse que ele se manifestou contrariamente à independência da Nação ou incitou à subversão violenta da ordem política e social. (Aleixo, 2020, p. 29.)

6 “(...) O instituto da imunidade parlamentar atua, no contexto normativo delineado por nossa Constituição, como condição e garantia de independência do Poder Legislativo, seu real destinatário, em face dos outros Poderes do Estado. Estende-se ao congressista, embora não constitua uma prerrogativa de ordem subjetiva deste. Trata-se de prerrogativa de caráter institucional, inerente ao Poder Legislativo, que só é conferida ao parlamentar *ratione muneris*, em função do cargo e do mandato que exerce. É por essa razão que não se reconhece ao congressista, em tema de imunidade parlamentar, a faculdade de a ela renunciar. Trata-se de garantia institucional deferida ao Congresso Nacional. O congressista, isoladamente considerado, não tem, sobre ela, qualquer poder de disposição. (...)” (Brasil, 1991.)

gitimação do poder do Estado. A função legislativa é fonte primordial do direito nas democracias constitucionais e o seu exercício livre e independente é condição mesma de existência do Poder Legislativo e, conseqüentemente, da democracia. Nesse sentido, o *núcleo essencial* do regime jurídico aplicável aos parlamentares repousa nas imunidades, por se revestirem de natureza de *garantia meio ou instrumental*, fundamental e indispensável ao exercício livre e independente do mandato, em todas as suas múltiplas funções (legislativa, fiscalizatória, político-partidária, de representação política e judicante).

É por isso que as imunidades parlamentares pressupõem regime democrático e sistema representativo, ou seja, pressupõem um espaço público heterogêneo de representação (Piovesan e Gonçalves, 2003). Nas democracias, a esfera pública encontra-se fracionada e congrega uma multiplicidade de interesses, perspectivas e visões de mundo parcialmente compartilhadas, ou mesmo inconciliáveis (Pitkin, 1972; Young, 2006). Os parlamentos têm um papel fundamental no equacionamento dessas visões de mundo, na definição de prioridades e na formação de compromissos, maioria e oposição. O processo político-legislativo é o *locus* adequado de tratamento das divergências para a formação de consensos normativos, redução de complexidade e estabilização (a níveis aceitáveis) do convívio social.

Nesse contexto, o debate livre e desembaraçado de ideias é condição essencial à acomodação das diferenças e ao respeito à participação das minorias. É por isso que o caráter instrumental das imunidades parlamentares vai além da neutralização do Poder Legislativo em face dos Poderes Executivo e Judiciário para viabilizar a própria existência das minorias (Piovesan e Gonçalves, 2003).⁷

Entretanto, a crise de legitimidade das democracias representativas reacende, com frequência, a discussão acerca da natureza pública ou privada das imunidades parlamentares. Prerrogativa ou privilégio (Allen, 1993; Piovesan e Gonçalves, 2003)?

No Estado Liberal, as imunidades parlamentares asseguram na esfera pública

7 Segundo Flavia Piovesan e Guilherme Gonçalves, “a controvérsia, enquanto condição de decidibilidade, atribui à imunidade parlamentar uma função essencial na formação da democracia contemporânea: além de neutralizar o Legislativo da ingerência dos demais poderes, viabiliza a existência de minorias” (2003, p. 193).

os direitos individuais, especialmente a liberdade de expressão e de locomoção, garantidos aos cidadãos na esfera privada. Trata-se de um direito reflexo. Se os parlamentares são os representantes dos cidadãos no exercício do poder estatal, devem titularizar os mesmos direitos e garantias individuais dos cidadãos no exercício do mandato (Piovesan e Gonçalves, 2003).

Mas não é somente isso. Essa liberdade de expressão é qualificada constitucionalmente por um regime jurídico especialíssimo, porque acompanhada da inviolabilidade penal e civil. Ou seja, não se trata apenas de definir o âmbito de aplicação da liberdade de expressão enquanto direito fundamental de todos os cidadãos (exercício regular do direito), mas de garantir ao parlamentar a liberdade de expressão quando há exercício abusivo do direito, quando há excesso, ilicitude.

Com o advento do Estado Social, com o surgimento de novas formas de participação no espaço público e de representação de interesses (sindicatos, associações, entidades de classe, multinacionais, conglomerados econômicos, instituições financeiras, organizações não governamentais etc.), fortemente influenciados pelo aumento da participação política dos cidadãos por meio da internet (blogs, Twitter, Facebook, Instagram, WhatsApp, Telegram etc.), e com a perda da centralidade da lei como fonte de direitos, tem-se uma reconfiguração do papel do Parlamento nas democracias contemporâneas e, consequentemente, do papel do legislador (Piovesan e Gonçalves, 2003).

Se o Direito assume preponderância na realização da igualdade, especialmente na efetivação dos direitos sociais, e se há uma descentralização das formas de representação política, com o deslocamento do eixo do Parlamento para outras instituições públicas e privadas, a sociedade passa a questionar as razões subjacentes às prerrogativas parlamentares. A crítica à atuação dos legisladores e as promessas não cumpridas pelo Estado produzem forte pressão social para que as imunidades sejam redefinidas, porque comumente associadas a privilégios, ou seja, dotadas de forte carga antissocial e anti-isonômica (Allen, 1993; Levi, 2020).

Concebidas fundamentalmente para minimizar o risco do arbítrio representado pelo absolutismo, as imunidades parlamentares têm em seu cerne a garantia da liberdade do parlamentar em suas manifestações e votos e em sua locomoção. Muito embora o risco de retorno a um Estado de configuração absolutista seja inexistente na atualidade, as formas de arbítrio estão muito

presentes nas democracias constitucionais e têm enorme potencialidade para produzir disfuncionalidades.

Além de exemplos mais claros de ditaduras, sustentadas pela força militar, verifica-se nas democracias da atualidade o crescimento do radicalismo na organização das forças políticas, com o fortalecimento de líderes populistas que dão vazão a ideologias de extrema direita e de extrema esquerda. A intolerância e o discurso de ódio transformam a esfera pública numa arena de combate, em que os plurais são vistos como inimigos que devem ser eliminados dos espaços de discussão e de formação da vontade estatal. O debate travado no ambiente virtual, especialmente nas redes sociais, manipulado por robôs (*bots*), nem sempre observa regras basilares de participação e legitimação.

Essa realidade de violência, aliada à difusão das formas de representação, produz a séria consequência de deslegitimar os canais institucionais do Poder Legislativo, nos quais, pelas regras do jogo político, não de ser garantidos o debate plural e o espaço das minorias. A importância dos canais institucionais está justamente no *design* normativo que lhes impõe, sob pena de invalidade, observar o sistema jurídico-constitucional. Essa é a razão, aliás, de as imunidades estarem preservadas inclusive durante o estado de sítio, somente podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, para atos que sejam praticados fora do recinto do Congresso Nacional e desde que incompatíveis com o estado de sítio (art. 53, § 8º, da Constituição).

Nesse sentido, e a despeito das transformações experimentadas pelas sociedades contemporâneas, não se pode prescindir de funções estatais independentes e dotadas de prerrogativas constitucionais que, em momentos de reorganização das forças políticas e sociais, sejam efetivamente capazes de proteger os direitos e as garantias individuais, razão primeira e fundamental da existência do Estado Democrático de Direito. É por isso que a existência de prerrogativas que objetivam o normal funcionamento das instituições e o exercício livre do cargo público perpassam os agentes políticos de todos os poderes da República, não apenas do Poder Legislativo. E, juntamente com as prerrogativas, submetem-se a deveres e vedações, também inerentes ao exercício do cargo público.

As formas de autoritarismo são uma ameaça constante nos regimes democráticos, especialmente quando se manifestam de formas veladas ou sob o discurso legitimador do funcionamento “normal” das instituições (Levitsky

e Ziblat, 2018). São mudanças paulatinas voltadas a reduzir a capacidade de organização e de mobilização da sociedade civil, ou das minorias, objetivando neutralizar ou anular a participação na esfera pública ou mesmo direitos e garantias fundamentais. A preservação de um regime jurídico diferenciado aos agentes políticos, com iguais possibilidades de exercer suas funções, inclusive a de controle recíproco, de forma livre e independente, é essencial à estabilidade do regime democrático.

Pela atualidade do conceito, cita-se Carlos Maximiliano (*apud* Aleixo, 2020, p. 36):

A imunidade não é privilégio incompatível com o regime igualitário em vigor, nem direito subjetivo ou pessoal; é prerrogativa universalmente aceita por motivos de ordem superior, ligados intimamente às exigências primordiais do sistema representativo e ao jogo normal das instituições nos governos constitucionais; relaciona-se com a própria economia da divisão dos poderes, assegurando a liberdade e a independência do Legislativo; sanciona o direito impreterível que tem a nação de manifestar a própria vontade pelo órgão dos seus mandatários, não deixando estes à mercê de agentes do Judiciário que às vezes não passam de instrumentos do Executivo. (Carlos Maximiliano, op. cit., p. 45.)

Nesse contexto, em que as formas de arbítrio se tornam cada vez mais sofisticadas, acompanhando a complexidade das relações políticas, sociais e econômicas, o instituto das imunidades parlamentares continua a ter importância fundamental para a garantia da independência do Poder Legislativo, já que a sua supressão importaria aos parlamentares uma posição de inferioridade em face dos agentes políticos dos Poderes Executivo e Judiciário, que também contam com prerrogativas funcionais asseguradas pela Constituição (Moraes, 2006; Aleixo, 2020).⁸ Ademais, os Poderes Executivo e Judiciário dispõem respectivamente do

8 Segundo Alexandre de Moraes, “os órgãos exercentes de funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e imposteráveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. (...) Se por um lado as imunidades e garantias dos agentes políticos, previstas na Constituição Federal, são instrumentos para perpetuidade da separação independente e harmônica dos Poderes

orçamento e do Exército, de um lado, e da coercibilidade das decisões judiciais, de outro, como garantia instrumental de suas funções constitucionais.

Nesse desenho constitucional, as imunidades têm importância fundamental para a preservação da independência entre os poderes e do regime democrático, por meio da garantia de um canal institucional em que seja minimamente assegurada a participação das forças políticas representadas no Parlamento, principalmente a oposição e as minorias, com direito a voz, voto e locomoção livres, impedindo-se qualquer forma de perseguição ou aniquilação. As imunidades materiais (e formais) constituem, portanto, o *núcleo essencial* do plexo de funções constitucionalmente atribuídas ao Parlamento, sendo manifestação inafastável do princípio da separação de poderes e, portanto, *cláusula pétrea* prevista no art. 60, § 4º, inciso III, da Constituição.

1.2. Imunidade material: o conceito e suas esferas de incidência (dimensão conceitual – D1)

As imunidades materiais ou inviolabilidades afastam a responsabilidade do parlamentar por opiniões, palavras e votos. Muito embora precipuamente relacionadas a afastar os delitos de opinião, notadamente os delitos contra a honra (calúnia, difamação e injúria), portanto de incidência no âmbito penal (Silva, 2006), as imunidades materiais têm sido concebidas como verdadeira *cláusula constitucional geral de irresponsabilidade* por manifestações no exercício da função legislativa (Aleixo, 2020; Silva, 2006).

No direito comparado, as imunidades também se apresentam como cláusula geral de irresponsabilidade, com maior ou menor abrangência do conceito. Na União Europeia, os membros do Parlamento Europeu não estarão sujeitos a qualquer forma de inquérito, detenção ou processo judicial relativamente às opiniões expressadas ou aos votos por eles emitidos no exercício das suas funções (EU, 2012).⁹ No Canadá, a imunidade material assegura aos membros

de Estado, por outro lado, igualmente defendem a efetividade dos direitos fundamentais e a própria perpetuidade do regime democrático.” (Moraes, 2006, p. 376-377.)

9 “Members of the European Parliament shall not be subject to any form of inquiry, detention or legal proceedings in respect of opinions expressed or votes cast by them in the performance of their duties.”

do Parlamento a liberdade de expressão (*freedom of speech*), ou seja, o direito de falar livremente durante as sessões da Câmara ou reuniões das comissões, gozando de total imunidade de acusação ou de responsabilidade civil por qualquer manifestação que possam fazer nos procedimentos parlamentares (Canadá, 1985).¹⁰ Nos Estados Unidos, os parlamentares têm o privilégio de não serem questionados ou responsabilizados por qualquer discurso ou debate em qualquer uma das Câmaras ou em qualquer outro local (USA, 1787).¹¹

Na redação original da Constituição de 1988 (Brasil, 1988), o art. 53 previa que os parlamentares eram invioláveis por suas opiniões, palavras e votos. A Emenda Constitucional 35/2001 (Brasil, 2001) alterou a redação para acrescentar as expressões “quaisquer” e “civil e penalmente”, consolidando a seguinte redação: “os Deputados e Senadores são invioláveis, *civil e penalmente*, por *quaisquer* de suas opiniões, palavras e votos” (Brasil, 1988).

A alteração normativa remete a dois importantes aspectos: a palavra *quaisquer*, a qualificar as opiniões, palavras e votos do parlamentar, pretende ampla abrangência, sem exceção, englobando todas as formas de participação do parlamentar no processo legislativo *stricto sensu* (por meio de manifestações orais em comissões e plenário e apresentação de proposições legislativas, pareceres, questões de ordem etc.), bem como no desempenho da função fiscalizatória (o que inclui as comissões parlamentares de inquérito e a aprovação de autoridades), no desempenho da função de representação política (o que abrange opiniões e palavras emanadas na relação com a sociedade e seus eleitores), no desempenho da função de julgamento (de autoridades por crimes de responsabilidade ou de apreciação de contas) e

10 “By far, the most important right accorded to Members of the House is the exercise of freedom of speech in parliamentary proceedings. It has been described as: ... a fundamental right without which they would be hampered in the performance of their duties. It permits them to speak in the House without inhibition, to refer to any matter or express any opinion as they see fit, to say what they feel needs to be said in the furtherance of the national interest and the aspirations of their constituents.” (Bosc e Gagnon, 2017.)

11 “Section 6
The Senators and Representatives shall receive a Compensation for their Services, to be ascertained by Law, and paid out of the Treasury of the United States. They shall in all Cases, except Treason, Felony and Breach of the Peace, be privileged from Arrest during their Attendance at the Session of their respective Houses, and in going to and returning from the same; and for any Speech or Debate in either House, they shall not be questioned in any other Place.”

no desempenho da função político-partidária (o que abrange a participação e o direito de voz e voto em eventos organizados pelos partidos políticos).

Especificamente sobre *quaisquer opiniões*, a expressão tem nítido caráter pessoal, porque caracteriza o ato de fala que é originário do emissor do discurso e que reflete seu modo de ver, compreender e julgar o mundo. A literalidade da norma não autoriza distinções qualitativas entre opiniões meramente pessoais e opiniões relacionadas ao debate democrático de fatos ou ideias vinculadas ao exercício da atividade parlamentar. Trata-se de distinção artificial, meramente retórica, que objetiva ampliar a discricionariedade judicial no controle do discurso parlamentar.

Essa questão também se coloca nos países da União Europeia, em que a inviolabilidade (*non-liability*) também se estende a opiniões, palavras e votos. Não há uniformidade de tratamento quanto à extensão das *opiniões* abarcadas pelo instituto. As restrições decorrem tanto da vinculação ao mandato (*in the exercise of duties*) quanto do local em que proferidas (*inside or outside the Chamber*) (Allen, 1993).

Já a qualificação da inviolabilidade pelas esferas *civil* e *penal*, de outro lado, enseja o questionamento sobre o objetivo de restringir o alcance a ilícitos dessa natureza, constituindo (ou não) hipóteses taxativas de responsabilização, que afastariam a incidência da imunidade nas hipóteses de responsabilidade administrativa, ética, político-partidária e eleitoral.

A abrangência penal e civil da inviolabilidade material parlamentar é amplamente reconhecida pela doutrina nacional e estrangeira (Russomano, 1984; Aleixo, 2020; Agra, 2007; Silva, 2006; Moraes, 2006; Horta, 2011; Abreu, 2019; Allen, 1993; Levi, 2020). Essa questão foi amplamente debatida pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 210.917 (Brasil, 1998),¹² anterior ao advento da EC 35/2001 (Brasil, 2001), em que se pretendia

12 “(...) 3. A imunidade parlamentar material se estende à divulgação pela imprensa, por iniciativa do congressista ou de terceiros, do fato coberto pela inviolabilidade. 4. A inviolabilidade parlamentar elide não apenas a criminalidade ou a imputabilidade criminal do parlamentar, mas também a sua responsabilidade civil por danos oriundos da manifestação coberta pela imunidade ou pela divulgação dela: é conclusão assente, na doutrina nacional e estrangeira, por quantos se tem ocupado especificamente do tema.” (RE 210.917, rel. min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12/8/1998, DJ 18/6/2001 PP-00012 EMENT VOL-02035-03 PP-00432.)

a responsabilização civil de parlamentar pela divulgação, por jornal de grande circulação, de matéria jornalística em que denunciadas fraudes no Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). A Corte conclui por maioria que a situação estava abarcada pela imunidade material e que o conceito de inviolabilidade está historicamente vinculado à excludente de responsabilidade tanto penal quanto civil. Assentou-se que interpretação que afastasse a esfera civil contrariaria gravemente as inspirações teleológicas do instituto, considerando que a responsabilização por danos pode ser tão ou mais inibitória da liberdade de ação do mandatário que a incriminação da conduta.¹³ No julgamento do RE 600.063 – Tema 469 (Brasil, 2015), a Corte reiterou seu posicionamento afastando a responsabilidade civil dos vereadores por suas opiniões, palavras e votos, nos termos da Constituição (art. 29, VIII).¹⁴

A imunidade material também se estende para além da esfera cível e penal. José Afonso da Silva, por exemplo, entende que, pela *ratio legis* do texto, há que se estender a imunidade material a qualquer forma de punição decorrente da livre manifestação no exercício do mandato. Segundo o autor (Silva, 2006, p. 420):

Diante do dispositivo em comentário, indaga-se: pode o partido expulsar de seus quadros o parlamentar por ter emitido opiniões, palavras ou votos contrários à determinação dos órgãos diretivos do partido ou discordantes de propositura de um governo do partido? Parece que não o permite o art. 53, que assegura a inviolabilidade de deputados e senadores por suas opiniões, palavras e votos. Dir-se-á que

13 No mesmo sentido: QO Inq 396; RE 577.785-Agr/RJ; Pet 2.973-Agr.

14 “CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIOLABILIDADE CIVIL DAS OPINIÕES, PALAVRAS E VOTOS DE VEREADORES. PROTEÇÃO ADICIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. AFASTAMENTO DA REPRIMENDA JUDICIAL POR OFENSAS MANIFESTADAS NO EXERCÍCIO DO MANDATO E NA CIRCUNSCRIÇÃO DO MUNICÍPIO. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. Vereador que, em sessão da Câmara, teria se manifestado de forma a ofender ex-vereador, afirmando que este “apoiou a corrupção [...], a ladroeira, [...] a sem-vergonhice”, sendo pessoa sem dignidade e sem moral. 2. Observância, no caso, dos limites previstos no art. 29, VIII, da Constituição: manifestação proferida no exercício do mandato e na circunscrição do Município. (...) 6. Provimento do recurso, com fixação, em repercussão geral, da seguinte tese: nos limites da circunscrição do Município e havendo pertinência com o exercício do mandato, os vereadores são imunes judicialmente por suas palavras, opiniões e votos.” (RE 600.063, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 25/2/2015, acórdão eletrônico repercussão geral – MÉRITO DJe-090 DIVULG 14/5/2015 PUBLIC 15/5/2015.)

o dispositivo fala em “inviolabilidade civil e penal”, mas a *ratio legis* do texto – que é garantir a independência do representante do povo (deputado) ou do Estado (senador) – requer sua compreensão extensiva a qualquer tipo de punição decorrente da livre manifestação do exercício do mandato recebido em votação popular.

Nos países da União Europeia, é predominante o entendimento de que inviolabilidade (*non-liability*) não afasta a responsabilidade disciplinar no âmbito do Parlamento, tampouco a responsabilização pelo próprio partido político, podendo acarretar inclusive a expulsão do parlamentar (Allen, 1993).

Quanto à inviolabilidade na esfera política, a interpretação prevalecente é a de que o partido pode suspender a atividade partidária do parlamentar e abrir processo para apurar a sua responsabilidade em caso de votação contrária à orientação da legenda. A sanção pode chegar à expulsão do partido, conforme previsão estatutária.

Na votação da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 6/2019, a PEC da Reforma da Previdência, a deputada Tabata Amaral (PDT-SP) e outros sete parlamentares do Partido Democrático Trabalhista (PDT) votaram pela aprovação da reforma em primeiro e segundo turnos, contrariando a orientação do partido. Logo após a votação do primeiro turno, o PDT abriu processo contra os parlamentares dissidentes e suspendeu suas atividades partidárias (*O Globo*, 2019). Posteriormente, a deputada ajuizou ação perante o Tribunal Superior Eleitoral requerendo o reconhecimento de justa causa para desfiliação partidária (Pet 60.063.729/SP), julgada procedente no ano de 2021. Situação similar ocorreu com o então deputado federal Alexandre Frota (SP), que foi expulso do Partido Social Liberal (PSL) por infidelidade partidária. Segundo o partido, o deputado vinha criticando abertamente o presidente Jair Bolsonaro e se absteve de votar no segundo turno da PEC da Reforma da Previdência (*Poder 360*, 2019).

A responsabilização partidária do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos afeta diretamente o exercício da função legislativa, especialmente se resultar em sua expulsão do partido. As consequências são graves, porque há indiscutível restrição à participação do parlamentar no processo legislativo,¹⁵

15 O parlamentar sem partido perde o direito a cargos ou funções que ocupava em razão da vinculação a partido ou bloco, a exemplo da vaga ocupada nas comissões (art. 81, § 1º, do

especialmente em relação à proporcionalidade partidária na composição de comissões, e pode implicar a perda do mandato quando o decretar a Justiça Eleitoral (art. 55, v, CF).

Essa questão foi objeto de julgamento no AGR-AI 205-56/RJ (Brasil, 2012),¹⁶ entendendo o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que não configura infidelidade partidária, para fins de perda do mandato, a expulsão do parlamentar pelo partido, uma vez que a infidelidade pressupõe a desfiliação voluntária e sem justa causa. O TSE tem mantido sua jurisprudência,¹⁷ no sentido de preservar o mandato eletivo, mas permanecem os efeitos da responsabilidade partidária decorrentes da expulsão ou da suspensão do parlamentar.

A questão se relaciona diretamente à coesão e à disciplina partidárias. Enquanto a coesão refere-se à distribuição mais ou menos homogênea das preferências ou posições dos parlamentares dentro de um mesmo partido e, portanto, de natureza mais abstrata, a disciplina se relaciona à capacidade de o partido controlar os votos de seus membros, em conformidade com a orientação do líder partidário e com os compromissos assumidos perante o governo (Machado, 2012, p. 14-15). Trata-se de viabilizar que os partidos políticos entreguem à sociedade, por meio da atuação de seus membros eleitos, as promessas realizadas durante a campanha eleitoral. A fidelidade partidária é, portanto, questão estruturante aos partidos políticos.

É a própria Constituição que assegura aos partidos posição central no processo democrático e lhes impõe o dever de estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária (art. 17, § 1º, Constituição), de modo a assegurar a coesão de seus membros às pautas ideológicas e programáticas do partido, bem como

RISF). Ele somente poderá integrar comissão se houver acordo com o partido ou bloco titular da vaga, que a cede ao parlamentar sem partido. Sua participação fica restrita praticamente ao Plenário da Casa.

16 “Ação de perda de mandato eletivo. Expulsão. 1. O TSE tem decidido que se afigura incabível a propositura de ação de perda de cargo eletivo por desfiliação partidária se o partido expulsa o mandatário da legenda, pois a questão alusiva à infidelidade partidária envolve o desligamento voluntário da agremiação. (...)” (Agravado de Instrumento 20556, Acórdão, rel. min. Arnaldo Versiani, Publicação: DJE – Diário de Justiça eletrônico, Tomo 205, 23/10/2012, p. 3.)

17 Ver também os seguintes precedentes do TSE: AI 388907 (2011), CTA 277-85(2015) e Agr Pet 31126 (2017).

a votação conforme o entendimento fechado pela legenda. Essa compreensão está alinhada com o fato de que a Constituição estabelece a filiação ao partido político como condição de elegibilidade (art. 14, § 3º, inciso v) e determina um sistema de representação proporcional para a Câmara dos Deputados (art. 45, § 1º, da Constituição).

O TSE, na resposta às Consultas 1.398, de 27 de março de 2007 (Brasil, 2007), e 1.407, de 16 de outubro de 2007 (Brasil, 2007a), consolidou posicionamento no sentido de que a fidelidade partidária vincula o candidato eleito ao partido político, de modo que o abandono da legenda acarreta a extinção do mandato, nos cargos decorrentes de eleições proporcionais ou majoritárias, exceto em situações de mudança significativa de orientação ideológica ou programática do partido ou discriminação grave. No mesmo sentido, o STF, ao julgar os Mandados de Segurança 26.603 (Brasil, 2007b)¹⁸ e 26.604 (Brasil, 2007c), reconhece a existência de um dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária durante todo o mandato, dever esse fundamental para concretização da representação popular calcada na existência de partidos políticos.

Considerando o sistema político-eleitoral instituído pela Constituição, a privilegiar a posição dos partidos políticos como instrumento de soberania popular, de um lado, e as imunidades parlamentares, de outro, a interpretação sistemática e teleológica das normas constitucionais parece apontar para uma exceção à irresponsabilidade dos parlamentares por suas opiniões, palavras e

18 “(...) A repulsa jurisdicional à infidelidade partidária, além de prestigiar um valor eminentemente constitucional (cf, art. 17, § 1º, ‘in fine’), (a) preserva a legitimidade do processo eleitoral, (b) faz respeitar a vontade soberana do cidadão, (c) impede a deformação do modelo de representação popular, (d) assegura a finalidade do sistema eleitoral proporcional, (e) valoriza e fortalece as organizações partidárias e (f) confere primazia à fidelidade que o Deputado eleito deve observar em relação ao corpo eleitoral e ao próprio partido sob cuja legenda disputou as eleições. HIPÓTESES EM QUE SE LEGITIMA, EXCEPCIONALMENTE, O VOLUNTÁRIO DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO. – O parlamentar, não obstante faça cessar, por sua própria iniciativa, os vínculos que o uniam ao partido sob cuja legenda foi eleito, tem o direito de preservar o mandato que lhe foi conferido, se e quando ocorrerem situações excepcionais que justifiquem esse voluntário desligamento partidário, como, p. ex., nos casos em que se demonstre ‘a existência de mudança significativa de orientação programática do partido’ ou ‘em caso de comprovada perseguição política dentro do partido que abandonou’ (Min. Cezar Peluso). (...)” (Brasil, 2007.)

votos perante os partidos políticos que integram, admitindo-se a responsabilização no âmbito das agremiações em decorrência da indisciplina e infidelidade partidárias. Ressalte-se, contudo, que essa responsabilidade deve ser excepcional e nos limites da previsão estatutária, observado o devido processo legal, sob pena de restringir excessivamente a liberdade de ação que deve ser assegurada ao parlamentar no desempenho de seu mandato.

De outro lado, a atividade político-partidária envolve também o relacionamento com membros do partido político, notadamente as diretorias, ainda que esses membros não estejam no exercício de mandato. No julgamento do Inquérito 1.905 (Brasil, 2004),¹⁹ de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, o STF já decidiu que não estão acobertadas pela imunidade material quizílias intrapartidárias, porque, pelo contexto em que perpetradas, são alheias à condição de deputado ou senador.

Trata-se de decisão questionável, considerando o contexto em que proferidas as supostas ofensas – disputas intrapartidárias com vistas ao crescimento do partido e às estratégias para melhor desempenho nas eleições futuras – e tendo um dos envolvidos como deputado federal e presidente da agremiação partidária. Tem-se como indiscutível que o parlamentar estava no exercício de função legislativa, consubstanciada no desempenho de atividade político-partidária, que é indissociável do desempenho do mandato parlamentar, não apenas porque a filiação partidária é condição de elegibilidade e o cargo eletivo pertence ao partido político, mas porque a fidelidade e a disciplina partidárias são dimensões concretizadoras do princípio democrático.

A atividade político-partidária do deputado ou senador integra o plexo de funções para o qual investido o mandatário com a eleição, razão por que as opiniões e as palavras proferidas em disputas intrapartidárias devem estar abarcadas pela imunidade material.

Quanto à responsabilidade ética, entende-se que a coerência do regime especial assegurado aos parlamentares pela Constituição está na possibilidade de responsabilização perante os próprios pares pelos excessos cometidos no exercício

19 “1. Imunidade parlamentar material: extensão. (...) 2. Não cobre, pois, a inviolabilidade parlamentar a alegada ofensa a propósito de quizílias intrapartidárias endereçadas pelo Presidente da agremiação – que não é necessariamente um congressista – contra correligionário seu. (...)” (Inq 1.905, rel. min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 29/4/2004, DJ 21/5/2004 PP-00033 EMENT VOL-02152-01 PP-00011 RTJ VOL 00192-01 PP-00050.)

da liberdade de expressar opiniões, palavras e votos. A inviolabilidade civil e penal perante as instâncias administrativas e judiciais pressupõe, como contrapartida, o controle disciplinar dos parlamentares no interior das Casas Legislativas (Reale, 2011; Horta, 2011; Allen, 1993; Schafer, Leivas e Santos, 2015).

A quebra de decoro parlamentar constitui hipótese de perda de mandato, nos termos do art. 55, inciso II, da Constituição (Brasil, 1988). Considera-se incompatível com o decoro parlamentar, além das hipóteses previstas em regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional, dentre elas a imunidade material. Essa previsão está expressamente contemplada no Código de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal e da Câmara dos Deputados (Brasil, 1993; Brasil, 1989).

Essa posição é defendida por Raul Machado Horta quando afirma, embora sucintamente, que o parlamentar “só estará sujeito, para correção dos excessos ou dos abusos, ao poder disciplinar previsto nos Regimentos Internos. A fórmula clássica de *Royer-Collard* – ‘*La tribune n’est pas responsable que de la Chambre*’ – ainda é princípio fundamental no governo representativo” (Horta, 2010, p. 562).

Também exemplifica o controle interno existente nas Casas Legislativas a vedação a que o parlamentar utilize expressões descorteses ou insultuosas (arts. 19, I, e 22 do RISF; art. 73, IX e XII, e art. 268 do RICD) e, em caso de infração a essa regra, a autorização a que o presidente progressivamente realize advertência ou censura e aplique as sanções previstas no regimento ou encaminhe para apuração ético-disciplinar perante o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar (Brasil, 1970; Brasil, 1989). Trata-se, no caso, de exercício do *poder hierárquico* insito ao presidente da Mesa e aos presidentes das comissões para assegurar que os órgãos colegiados realizem seus trabalhos com normalidade, observando as normas constitucionais e regimentais.

Esse posicionamento é corroborado pela jurisprudência do STF. No julgamento do Inquérito 655/DF (Brasil, 2002) e do Inquérito 1.958/AC (Brasil, 2003), os ministros, ao tratarem do alcance da imunidade material, sustentaram que o parlamentar seria intocável por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos perante o Poder Judiciário, mas responderia perante os seus pares, nos termos do Regimento e, inclusive, por quebra de decoro parlamentar.

O Parlamento é um espaço plural de representação, cuja composição compreende partidos políticos com distintas ideologias e pautas programáticas. É, por excelência, o local de contraposição de ideias, de articulações políticas, de formação de base governista e de oposição. A fala é, por excelência, o instrumen-

to de exercício do mandato parlamentar. O lugar de fala, a tribuna, é o palco de discursos veementes, inflamados, dotados de forte carga emocional. É espaço de elogios e honrarias, mas também de críticas e provocações.

Nesse sentido, a responsabilização do parlamentar pelo Conselho de Ética é a solução adequada à luz da Constituição porque preserva a independência do Poder Legislativo e o regime democrático, de um lado, mas garante um instrumento de *accountability* e de controle de excessos no âmbito do próprio poder, por avaliação dos pares. Portanto, em atenção ao princípio da soberania popular e segundo interpretação sistemática e teleológica das regras constitucionais envolvidas, a imunidade material não afasta a responsabilidade ética dos parlamentares por opiniões, palavras e votos proferidos no desempenho da função legislativa, seja no exercício do poder hierárquico pelos presidentes de mesa e comissões, seja na apuração ético-disciplinar por conduta incompatível com o decoro parlamentar.

Quanto à responsabilidade administrativa, entende-se que deve estar compreendida no âmbito de incidência das inviolabilidades, à semelhança da civil e penal. Significa dizer que ao parlamentar não pode ser imputada a prática de ato de improbidade administrativa por opiniões, palavras e votos proferidos no exercício da função legislativa. Os atos praticados no processo legislativo (discursos na tribuna, pareceres, emendas, proposições legislativas etc.) não podem ser objeto de responsabilização por improbidade, salvo se tais atos estiverem conexos a condutas autônomas que, por si só, configurem ilícito administrativo (ou mesmo ilícito penal). Seria o caso, por exemplo, de o parlamentar receber dinheiro em troca de votar ou apresentar emenda no interesse e em benefício de outrem, ou mesmo de ser sujeito passivo da Lei de Improbidade Administrativa como beneficiário do ato ímprobo.

A questão não é pacífica. Em 2018, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ajuizou ação civil por ato de improbidade contra deputado distrital que, na qualidade de relator de projeto de lei perante a Comissão de Economia, Orçamento e Finanças da Câmara Legislativa do Distrito Federal, teria proferido parecer favorável à sua aprovação em desconformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal. O ato de improbidade administrativa imputado foi (especificamente) o relatório favorável apresentado à votação na comissão.²⁰ A

20 Pje 0704487-19.2018.8.07.0018 TJDFT.

ação foi recebida, entendendo o juiz que o parlamentar poderia ter induzido a erro os demais integrantes do colegiado ao proferir parecer favorável à aprovação da proposição em contrariedade a recomendação do próprio Ministério Público autor, agindo como agente público administrador, e não como parlamentar.

A decisão contém um erro de premissa quanto à natureza essencialmente típica dos atos praticados por parlamentar no processo legislativo. Trata-se do núcleo central das funções atribuídas ao Poder Legislativo pela ordem constitucional democrática, de modo que são *atos puramente legislativos* (de natureza política) e não podem ser qualificados como atos administrativos, tampouco se submetem ao mesmo regime jurídico destes, caso contrário o espectro de liberdade na atuação do legislador estaria significativamente reduzido aos limites do direito (à semelhança do gestor), quando em verdade detém função criativa do direito. Em outras palavras, os atos legislativos próprios submetem-se a controle de constitucionalidade, não a controle de legalidade.

Em grau recursal, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios reconheceu, por unanimidade, a inépcia da petição inicial por inadequação da via eleita, considerando que os agentes políticos não se submetem à Lei de Improbidade Administrativa pela prática de atos políticos, como os atos jurisdicionais e legislativos, que se submetem a regimes constitucionais próprios de responsabilização.²¹ No mesmo sentido, há precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que afastou a incidência da Lei de Improbidade Administrativa a

21 “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE ADMITE AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RELATÓRIO ORAL PROFERIDO PELO RELATOR DA COMISSÃO DE ECONOMIA, ORÇAMENTO E FINANÇAS DA CÂMARA DISTRITAL DO DF. ATO LEGISLATIVO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REJEIÇÃO DA AÇÃO. LEI 8.429 17 § 8º. 1. O relatório oral proferido por parlamentar na qualidade de relator de projeto de lei na Comissão de Economia, Orçamento e Finanças da Câmara Distrital do DF configura ato legislativo próprio, que não é passível de controle pela via da ação de improbidade administrativa. 2. Embora também sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa quando exercem funções administrativas, os parlamentares são agentes políticos que não podem ser tolhidos em sua liberdade de manifestação no âmbito do processo legislativo, o que não implica em privilégio, mas sim em prerrogativa inerente à liberdade necessária para a tomada de decisões no exercício da função legislativa. 3. Deu-se provimento ao agravo de instrumento, para rejeitar a ação de improbidade administrativa.” (Acórdão n. 1159557, 07155941720188070000, rel. Sérgio Rocha, 4ª Turma Cível, data de julgamento: 20/3/2019, publicado no PJe: 22/3/2019. Pág.: sem página cadastrada.)

ato legislativo próprio, relacionado à tramitação de projeto de lei orçamentária que não foi submetido a uma das comissões regimentalmente previstas.²²

Os atos legislativos próprios não se sujeitam à responsabilidade por improbidade administrativa, sendo alcançados pela inviolabilidade do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos. De outro lado, quando os atos legislativos têm efeitos concretos, como as leis de natureza orçamentária, ou mesmo as leis que fixam o subsídio dos parlamentares, o entendimento predominante é o de que se submetem à Lei de Improbidade Administrativa. Trata-se de ato legislativo produzido no desempenho de função legislativa típica. Não obstante, tais atos, por possuírem efeitos concretos e determinados (e não gerais e abstratos), são equiparados pela doutrina e pela jurisprudência a atos administrativos, distanciando-se do regime jurídico dos atos legislativos. Tanto que não se submetem a controle abstrato de constitucionalidade, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.²³ Nesses casos, os atos legislativos de efeitos concretos se submetem a controle incidental de constitucionalidade e ao controle de legalidade.²⁴

Também não há incidência da imunidade material aos atos praticados por membros das comissões diretoras das Casas Legislativas, especialmente presidentes e primeiros-secretários, quando na decisão de matéria administrativa. A administração de assuntos internos é função atípica, mas constitucionalmente outorgada ao Poder Legislativo em face de sua autonomia administrativa e orçamentária, dimensões essenciais da independência entre poderes. É, sem dúvida, competência constitucionalmente dada ao Poder Legislativo, mas não abrangida pela inviolabilidade por opiniões, palavras e votos. É que, ao praticar

22 “ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS. ARTIGO 11, II, DA LEI 8.429/92. TRANSGRESSÃO RELEVANTE. AUSÊNCIA. MERO DEFEITO NA CONDUÇÃO DE PROCESSO LEGISLATIVO. FALTA DE SUBMISSÃO A UMA DAS COMISSÕES PARLAMENTARES. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO. (...) 7. O ato legislativo típico está fora do âmbito de atuação da Lei nº 8.429/92, seja por não operar efeitos concretos, seja por esbarrar na imunidade material conferida aos parlamentares pela Constituição, ainda que seja possível a presença do ato de improbidade durante a sua própria tramitação, sobretudo quando o desvio é manifesto. Todavia, não é o caso. 8. Recurso especial provido.” (RESP 1.101.359/CE, rel. min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 9/11/2009.)

23 Ver, a respeito, os seguintes precedentes: ADI 203-Agr e ADI 6.077-Agr do STF.

24 A esse respeito, citam-se precedentes do STF (RE 230.267, RE 206.889 e RE 597.725/SP) e STJ (RESP 1.316.951/SP).

atos administrativos, o parlamentar age como administrador, ou seja, exerce função administrativa, submetendo-se ao regime jurídico dos atos administrativos e, como consequência, ao regime de responsabilização do agente público administrador. Nesse sentido, os atos administrativos ilegais sujeitam-se à autotutela administrativa, são sindicáveis pelo Poder Judiciário e, a depender da natureza grave da ilicitude, podem configurar ato de improbidade administrativa ou ato lesivo ao patrimônio público, sujeitando o parlamentar administrador à ação civil por ato de improbidade administrativa e à ação popular.^{25, 26}

Quanto à responsabilidade eleitoral, entende-se não ser alcançada pela imunidade material. Em atenção à especialidade das regras que regem o processo eleitoral, excluem-se as manifestações proferidas em contexto de campanha eleitoral ou em razão dela, ainda que o parlamentar esteja no desempenho do mandato. Essa interpretação destina-se a assegurar a igualdade de condições entre os postulantes ao cargo eletivo, evitando-se o desvio de finalidade do instituto, já que as inviolabilidades podem ser utilizadas pelo parlamentar como burla às regras eleitorais e às sanções decorrentes de sua violação. A esse respeito, há posicionamento consolidado do STF.²⁷

Por fim, a imunidade material não se estende ao parlamentar licenciado para

25 Por exemplo: “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992 AOS AGENTES POLÍTICOS. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. ATOS BUROCRÁTICOS PRATICADOS NA FUNÇÃO LEGISLATIVA. CABIMENTO. 1. Aplica-se a Lei 8.429/1992 aos agentes políticos dos três Poderes, excluindo-se os atos jurisdicionais e legislativos próprios. Precedente. 2. Se no exercício de suas funções o parlamentar ou juiz pratica atos administrativos, esses atos podem ser considerados como de improbidade e abrigados pela LIA. (...)” (RESP 1.171.627/RS, rel. min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 6/8/2013, DJe 14/8/2013). No mesmo sentido: Rcl 2.790/SC e RESP 1.034.511/CE do STJ.

26 Um aspecto importante de ressaltar é que, muito embora os atos administrativos praticados no exercício de função administrativa não sejam alcançados pela imunidade material, o parlamentar, em caso de crime praticado no desempenho de função administrativa, mantém as imunidades formais ou processuais.

27 “(...) GARANTIA CONSTITUCIONAL QUE NÃO PROTEGE O PARLAMENTAR, QUANDO CANDIDATO, EM PRONUNCIAMENTOS MOTIVADOS POR PROPÓSITOS EXCLUSIVAMENTE ELEITORAIS E QUE NÃO GUARDAM VINCULAÇÃO COM O EXERCÍCIO DO MANDATO LEGISLATIVO (...)” (RHC 82.555, rel. min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 6/2/2003, acórdão eletrônico DJe-105 DIVULG 4/6/2013 PUBLIC 5/6/2013). No mesmo sentido: Inquérito 396/CE, Inquérito 1.400-QO, RE 210.917/RJ e RHC 82.555.

tratamento da saúde ou para ocupar cargo no Poder Executivo (ministro ou secretário), porque, embora titular do cargo eletivo, a representação política está temporariamente vinculada ao cargo ocupado no âmbito do Poder Executivo, não no âmbito do Poder Legislativo. O STF revogou, há muito, a Súmula 4.²⁸ Mantém-se, nesses casos, apenas a prerrogativa de foro, vinculada exclusivamente à titularidade do cargo público eletivo.²⁹

Diante das considerações tecidas, propõe-se a seguinte definição para a dimensão conceitual ou de abrangência:

Dimensão conceitual ou de abrangência

A inviolabilidade ou imunidade material afasta a responsabilização do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos proferidos no desempenho da função legislativa, ou seja, no desempenho de atividade legislativa *stricto sensu*, de atividade de fiscalização, de atividade de representação política, de atividade de julgamento e de atividade político-partidária, abrangendo as esferas penal, civil e administrativa (não abrangendo, portanto, as esferas político-partidária, ético-disciplinar e eleitoral).

1.3. *Imunidades materiais: natureza jurídica do instituto (dimensão material ou de natureza jurídica – D2).*

Há significativa divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à natureza jurídica das imunidades materiais, se causa excludente de tipicidade ou de ilicitude, se causa de isenção de pena ou de incapacidade penal, ou se cláusula geral de irresponsabilidade (Aleixo, 2020; Moraes, 1998, p. 51; Moraes, 2006, 406; Santos, 2003, p. 152-153; Silva, 2006, p. 420).

José Afonso da Silva afirma que a inviolabilidade é a exclusão de cometimento de crime por deputados e senadores em razão de suas palavras, opiniões e votos. Para o autor, o fato típico deixa de constituir crime porque a norma constitucional afasta, para a hipótese, a incidência de norma penal (2006, p.

28 Súmula 4, STF: Não perde a imunidade parlamentar o congressista nomeado Ministro de Estado. (Cancelada.) Ver, a respeito, Inq 104 do STF (1981).

29 Ver: Inq 777/TO do STF.

420). No mesmo sentido, Raul Machado Horta sustenta que a imunidade é imunidade de fundo, ou seja, a opinião e o voto perdem qualificação penal quando proferidos no exercício do mandato legislativo (2010, p. 564). Flávia Piovesan e Guilherme Gonçalves afirmam que a imunidade material exclui o crime (2003, p. 200). No mesmo sentido Pontes de Miranda e Nelson Hungria (apud Moraes, 2006, p. 407).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que a inviolabilidade penal do *caput* do art. 53 exclui a antijuridicidade do fato e, portanto, a responsabilidade decorrente de opiniões, palavras e votos concernentes ao exercício do mandato (2015, p. 207). Walber de Moura Agra afirma que os elementos do crime permanecem consubstanciados – fato típico, antijurídico e culpável –, mas as suas consequências não podem ser imputadas a quem deu causa porque a norma constitucional afasta a responsabilidade de deputados e senadores por opiniões, palavras e votos, desde que relacionados ao exercício do mandato (2007, p. 361).

Na jurisprudência do STF, prevalece o entendimento de que a imunidade material constitui causa de exclusão da tipicidade da conduta. Nesse sentido: Petição 5.647 (Brasil, 2015a), Inquérito 3.948 (Brasil, 2016),³⁰ Petição 5.626-Agr (Brasil, 2018),³¹ Petição 8.674 (Brasil, 2021), Petição 9.165 (Brasil, 2021a), Agravo Regimental na Petição 10.021 (Brasil, 2022).

A definição da natureza jurídica das inviolabilidades não é mero tecnicismo. Tem repercussão no regime de responsabilidade pelo exercício da função legis-

30 “DEPUTADO FEDERAL. CRIME CONTRA A HONRA. DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL. ARTIGO 53, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ENTREVISTA VIA RÁDIO. NEXO DE IMPLICAÇÃO ENTRE AS MANIFESTAÇÕES E O EXERCÍCIO DO MANDATO. ALCANCE. DOLO. INEXISTÊNCIA. ATIPICIDADE DE CONDUTA. (...) 2. Imunidade reconhecida na espécie, proferida a manifestação em entrevista do Deputado Federal a rádio na condição de Presidente da Frente Parlamentar da Agricultura no Congresso Nacional, conducente à atipicidade da conduta. (...)” (Inq 3.948, rel. min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 22/11/2016, acórdão eletrônico DJe-023 DIVULG 6/2/2017 PUBLIC 7/2/2017.)

31 “(...) HIPÓTESE DE INVIOABILIDADE CONSTITUCIONAL PLENA (CF, ART. 53, ‘CAPUT’) – O ‘TELOS’ DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL, QUE SE QUALIFICA COMO CAUSA DESCARACTERIZADORA DA PRÓPRIA TIPICIDADE PENAL DA CONDUTA DO CONGRESSISTA EM TEMA DE DELITOS CONTRA A HONRA (...)” (Pet 5.626-Agr, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 14/12/2018, processo eletrônico DJe-024 DIVULG 6/2/2019 PUBLIC 7/2/2019.)

lativa tanto para o parlamentar quanto para o ente público. Isso porque, muito embora afastada a responsabilidade pessoal do mandatário, entendendo-se o fato como típico, antijurídico e culpável nas esferas penal e civil, pode-se cogitar da responsabilidade civil objetiva do ente público por atos praticados por seu agente no exercício da função (art. 37, § 6º, da Constituição).

A questão está posta no Recurso Extraordinário 632.115/CE, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso (Brasil, 2017). O STF reconheceu, por unanimidade, a repercussão geral da matéria em junho de 2017 (Tema 950).³² Historicamente, o STF tem estendido ao ente público a ausência de responsabilidade por atos praticados por seus agentes políticos, inclusive no caso de imunidade material. Na análise do RE 232.057/DF (Brasil, 2009), o ministro relator Joaquim Barbosa deu provimento, por decisão monocrática, a recurso extraordinário em que se pretendia a responsabilização de deputada distrital e a responsabilização objetiva do Distrito Federal por danos causados por manifestação da parlamentar no exercício de função legislativa, mais especificamente por matérias jornalísticas relacionadas a trabalhos de comissão parlamentar de inquérito, sob o fundamento de que, inexistindo *ato ilícito* a ser reparado, não há que se imputar ao ente público a responsabilidade pela reparação de danos com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição (Brasil, 1988).

O reconhecimento de repercussão geral nessa questão constitucional, sinalizando a reapreciação da matéria no âmbito da Corte, deve ser visto como um sinal de alerta. O conceito e a extensão do instituto da imunidade material, como historicamente consolidado na doutrina e na jurisprudência pátrias, podem ser redesenhados para afetar o *núcleo essencial* de prerrogativa da maior importância para o desempenho da função legislativa e para a independência do Poder Legislativo.

Ainda que comumente abordada sob a perspectiva de responsabilização

32 “Direito Constitucional. Recurso Extraordinário. Responsabilidade Civil do Estado por atos protegidos por imunidade parlamentar. Presença de Repercussão Geral. 1. A decisão recorrida reconheceu a responsabilidade civil objetiva do Estado e condenou o ente público ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes de atos protegidos por imunidade parlamentar. 2. Constitui questão constitucional relevante definir se a inviolabilidade civil e penal assegurada aos parlamentares, por suas opiniões, palavras e votos, afasta a responsabilidade civil objetiva do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição. 3. Repercussão Geral reconhecida.” (RE 632.115 RG, rel. min. Roberto Barroso, julgado em 22/6/2017, processo eletrônico DJe-142 DIVULG 28/6/2017 PUBLIC 29/6/2017.)

pessoal e direta do parlamentar, a irresponsabilidade do ente público é consequência juridicamente necessária, porque as imunidades não se referem à incapacidade civil ou penal do emissor do discurso, mas ao conteúdo mesmo da opinião, palavra ou voto, que, proferido no exercício de função legislativa, e ainda que ilícito, é imune à incidência das normas penais, civis e administrativas, afastando-se *ex ante* a análise de tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Essa compreensão é fundamental, porque a imunidade tem o sentido de afastar a atuação repressiva do Estado-juiz mesmo nos casos de fato típico, ilícito e culpável. Tem a natureza jurídica derogatória do direito comum (Abreu, 2019, p. 34). Em outras palavras, mesmo quando presentes todos os elementos de um crime contra a honra (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), o parlamentar não pode ser responsabilizado, porque a instituição da imunidade não tem sentido jurídico no espaço de licitude, mas sim no espaço de ilicitude do direito. A esse respeito, fundamental a lição de Pedro Aleixo (2020, p. 62):

Na exegese desse dispositivo há quem procure disfarçar seu profundo e autêntico sentido, pretendendo que ele não compreenda fatos criminosos, figuras de delitos algum fato criminoso ou alguns fatos criminosos. Então teria o legislador constituinte proclamado a inviolabilidade do congressista tão somente quanto a opiniões, palavras e votos que não estivessem sujeitos a qualquer sanção penal, que se confinassem dentro da área do lícito. Para isso, evidentemente, não seria necessária a solene proclamação que o art. 44 contém.

(...)

Mas o importante é reconhecer que as manifestações por palavras, opiniões e votos, protegidas pelo texto constitucional, sejam exatamente as de caráter ilícito e ilícito penal. Isso reconhecido, em face do nosso Direito Constitucional legislado, como em face do Direito Constitucional legislado de outros povos igual ao nosso, não tenhamos receio de afirmar que a imunidade real, a inviolabilidade, a isenção de responsabilidade, a irresponsabilidade parlamentar, a indenidade, o instituto, enfim, que assegura a liberdade de manifestação de opinião, da palavra ou do voto do representante do povo exclui qualquer crime que no âmbito, nos limites, na circunscrição da palavra, da opinião ou do voto esteja contido.

A partir de tais considerações, propõe-se a seguinte definição para a dimensão material:

Dimensão material ou de natureza jurídica

A inviolabilidade ou imunidade material tem natureza derogatória do direito comum e constitui cláusula ou causa geral de irresponsabilidade por opiniões, palavras e votos no desempenho da função legislativa, afastando *ex ante* a análise de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, tornando o parlamentar e o ente público imunes à incidência das normas penais, civis e administrativas.

1.4. Imunidade material: opiniões, palavras e votos proferidos no exercício do mandato ou em razão do exercício do mandato (dimensão funcional, causal ou de implicação recíproca – D3)

Como sustentado no item 1.2, a imunidade material abrange o desempenho da função legislativa em sentido amplo, compreendendo a atuação do parlamentar no processo legislativo *stricto sensu* (discursos, relatórios, votos, opiniões, questionamentos, requerimentos etc.), mas também no exercício da atividade político-partidária, da atividade de representação política, da atividade de fiscalização e da atividade de julgamento.

Segundo o arranjo constitucional de 1988, e diferentemente de constituições anteriores, não há expressão que vincule a imunidade material ao “exercício das funções” (Constituições de 1824, 1934 e 1937) ou ao “exercício do mandato” (Constituições de 1891, 1946, 1967 e 1969). A previsão constava do anteprojeto de Constituição (Brasil, 1987) com a seguinte redação: “os deputados e senadores são invioláveis por atos praticados durante o mandato, decorrentes de suas opiniões, palavras e votos”. O trecho foi suprimido na consolidação.

A redação do *caput* do art. 53 da Constituição, bem como a redação do art. 27, § 1º, da Constituição, que trata dos deputados estaduais, decorre de uma opção política de se assegurar, de modo pleno e irrestrito, a imunidade do parlamentar federal, estadual e distrital no exercício da função legislativa (Nascimento, 2021).³³ Tanto é assim que, em relação aos vereadores (art. 29, inciso VIII, da Constituição), mantém expressamente o alcance da imunidade aos atos praticados no exercício do mandato e na circunscrição territorial do município.

33 Veja-se, nesse sentido, o voto do então ministro Nelson Jobim no RE 210.917-7/RJ.

Contudo, para José Levi do Amaral Júnior (2020, p. 181), a “compreensão funcional da imunidade material tem profundas raízes no constitucionalismo brasileiro”. De fato, predomina na doutrina brasileira (Moraes, 2006; Agra, 2007; Horta, 2011) uma associação (equivocada) entre a finalidade do instituto da imunidade material – *resguardar o exercício da função legislativa* – e a exigência de relação de causalidade entre a manifestação e os atos praticados no exercício dessa função – *nexo funcional*.

Há que se fazer uma distinção entre vinculação temporal e vinculação funcional ao mandato. Na redação do anteprojeto da Constituição de 1988, a expressão *durante* confere uma ideia de temporalidade ou de período de duração do mandato, não de nexo funcional em sentido estrito.

Essa distinção tem significativa relevância, porque, à exceção de opiniões, palavras e votos indiscutivelmente ligados à vida privada, como a vida íntima e familiar,³⁴ e a negócios privados, inclusive exercício de profissão,³⁵ é muito difícil dissociar a atuação parlamentar na esfera pública do exercício das funções decorrentes do cargo para o qual eleito, e a possibilidade de análise do nexo funcional em cada caso concreto depende de interpretação da autoridade judicial, sujeitando-se à má aplicação do Direito.

Pela clareza da análise, cita-se Pedro Aleixo (2020, p. 70), que propriamente antecipa o risco de deixar ao alvedrio do Poder Executivo ou do Poder Judiciário a definição da incidência ou não da inviolabilidade material:

Se, no exercício do mandato, os deputados e senadores, opinando, falando, escrevendo e votando, lesarem um bem jurídico, há de admitir-se que o hajam feito para que o próprio mandato possa ser cumprido em benefício geral. Nesse ponto, em face do texto do art. 44 da Constituição Federal, nenhuma transigência é permitida, nenhuma transação é tolerada, nenhuma exceção é admitida. Para que o fosse, antes seria necessário que algum dos órgãos dos três poderes constitucionais se arrogasse a competência para fazê-lo, e qualquer deles, porque se reputando competente, competência teria também para dizer onde e quando não funcionaria a imunidade.

34 Nesse sentido: Inquérito 1.344 do STF e RE 299.109-Agr STF.

35 Nesse sentido: Inquérito 1710-QO/SP STF.

(...)

Acabaria, desse modo, sendo riscada da Constituição a imunidade real, não em virtude de interpretação restritiva e sim por força de virtual abolição. Os congressistas seriam violáveis ou invioláveis, por opiniões, palavras e votos no exercício do mandato, segundo o alvedrio do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Judiciário. A inviolabilidade passaria a ser concessão benévola e deixaria de ser cânon intangível da Constituição.

Conforme se tratará adiante, a Constituição de 1988 estabeleceu que compete ao próprio Poder Legislativo analisar o abuso no exercício das prerrogativas parlamentares, inclusive quanto à imunidade material, não se admitindo, à luz da separação de poderes e do regime democrático, que essa competência seja exercida por outros poderes da República.

A questão do nexo funcional foi objeto de consideração pelo STF no julgamento da Questão de Ordem no Inquérito 396 (Brasil, 1989a),³⁶ em que se decidiu que a imunidade material incidiria não apenas aos atos praticados estritamente no exercício do mandato (manifestações na tribuna ou nas comissões, pareceres, votações etc.), mas também aos atos *logicamente* vinculados à atividade parlamentar, exigindo-se, contudo, a demonstração do *nexo de implicação recíproca, nexo de causalidade* ou *nexo funcional*.³⁷ No debate entre os ministros, há expressa manifestação de que o voto do relator, ministro Octavio Gallotti, é acompanhado nas conclusões, com ressalva quanto à amplitude pretendida à imunidade material nos casos em que o congressista, ainda que fora do estrito exercício do mandato, atue na qualidade de agente político do Poder Legislativo.

A tese do nexo funcional prevaleceu no âmbito do STF e também é abordada

36 “IMPUTAÇÃO DE OFENSA DESFERIDA, FORA DO RECINTO DAS SESSÕES, POR DEPUTADO FEDERAL, A HONRA DE SENADOR, EM RAZÃO DE ENTRAVE QUE ESTARIA SENDO OPOSTO, PELO ÚLTIMO, A TRAMITAÇÃO DE PROJETO DE LEI. RECONHECIMENTO DA IMUNIDADE MATERIAL (INVOLABILIDADE), CONFERIDA PELO ART. 53 DA CONSTITUIÇÃO DE 1988, DADA A VINCULAÇÃO EXISTENTE, NO CASO CONCRETO, ENTRE O DISCURSO QUESTIONADO E A ATIVIDADE PARLAMENTAR DO REPRESENTADO. PUNIBILIDADE QUE SE JULGA EXTINTA, EM FACE DO TEXTO CONSTITUCIONAL SUPERVENIENTE (ABOLITIO CRIMINIS).” (Inq-qo 396, rel. min. Octavio Gallotti, julgado em 21/9/1989, publicado em 20/4/1990, Tribunal Pleno.)

37 No mesmo sentido, ver: Inq qo 390; Inq 503; AgInq 874; Inq qo 810; RE 210.917; AgInq 874; Inq 1.296; Inq 1.775; Inq 1.024 QO; RE 226.643.

a partir da distinção entre opiniões, palavras e votos proferidos no exercício do mandato (*in officio*) ou em razão do exercício do mandato (*propter officio*).³⁸ Sobre o tema, o ministro Alexandre de Moraes afirma que “a garantia da imunidade material estende-se ao desempenho das funções de representante do Poder Legislativo, qualquer que seja o âmbito dessa atuação – parlamentar ou extraparlamentar –, desde que exercida *ratione muneris*” (2006, p. 408 e 409-410). Em sentido similar, Walber Moura Agra afirma que a inviolabilidade material abrange “toda manifestação do parlamentar que se possa identificar com a sua qualidade de mandatário político, ainda que praticada fora do estrito exercício do mandato” (2007, p. 362). Raul Machado Horta sustenta que a inviolabilidade parlamentar “está vinculada ao exercício do mandato ou das funções legislativas” (2011, p. 360).

Na União Europeia, a partir de decisões da Corte Europeia de Justiça,³⁹ consolidou-se o entendimento de que a imunidade parlamentar se estende a todo o período do mandato, do momento em que o parlamentar é declarado eleito até o momento da conclusão do seu ofício, inclusive durante os períodos de recesso (Allen, 1993, p. 130). A previsão normativa faz referência ao nexo funcional (*in the performance of their duties*), o que afasta questões puramente privadas, mas também enseja dúvidas quanto a opiniões que não ocorrem estritamente no exercício do mandato, mas que decorrem da condição de representante político (Allen, 1993, p. 107).

A questão não está adequadamente posta, porque continua a deixar ao aplicador o juízo sobre a relação existente entre as opiniões, palavras e votos e as funções inerentes ou decorrentes do cargo eletivo. Ou seja, se reconhece que há um plexo amplo de funções que são exercidas no mandato ou em razão do mandato, mas não há uma definição conceitual segura sobre a abrangência do conceito.

A zona de certeza negativa – o que está afastado da imunidade material –

38 Citam-se, por exemplo: AP 1.021, Primeira Turma, rel. min. Luiz Fux, DJe 21/10/2020; Inq 3.932 e Pet 5.243, Primeira Turma, rel. min. Luiz Fux, DJe 9/9/2016; Inq 3.438, Primeira Turma, rel. min. Rosa Weber, DJe 10/2/2015; Inq 3.672, Primeira Turma, rel. min. Rosa Weber, DJe 21/11/2014; RE 299.109-Agr, Primeira Turma, rel. min. Luiz Fux, DJe 1º/6/2011.

39 Wagner v. Fohrmann and Drier, Case 101/63; Wybot v. Faure, Case 149/85 (Allen, 1993, p. 129).

é mais claramente definida por manifestações relacionadas à vida íntima e familiar e a negócios privados (por exemplo, hipóteses de violência doméstica e familiar decorrentes de opiniões e palavras, crimes contra honra entre familiares, amigos ou vizinhos em ambiente privado etc.). Nos países que integram a União Europeia, as opiniões expressadas no exercício de deveres cívicos e em questões puramente privadas não estão acobertadas pela imunidade material (Allen, 1993, p. 107).

De outro lado, fora da esfera da vida privada, há uma zona crescente de incerteza quanto à incidência da imunidade material. São emblemáticos os casos de responsabilização do senador Jorge Kajuru em face de manifestações proferidas contra a indicação do senhor Alexandre Baldy para o cargo de ministro de Estado que resultaram no recebimento de cinco queixas-crime e na responsabilização cível;⁴⁰ do recebimento de queixa-crime do senador Vanderlan contra o deputado federal Gustavo Gayer em face de manifestações proferidas no contexto de eleição da Presidência da Mesa do Senado Federal;⁴¹ do recebimento de queixa-crime do senador Vanderlan contra o senador Jorge Kajuru por calúnia;⁴² do recebimento de ação penal em face do senador Sérgio Moro por crime de calúnia contra o ministro Gilmar Mendes;⁴³ do recebimento de ação penal contra o senador Jorge Kajuru por ofensa à honra do ministro Gilmar Mendes.⁴⁴

Retoma-se o que parece ser o ponto central: a distinção entre vinculação temporal e vinculação funcional ao mandato. A necessidade de resguardar o exercício da função não subordina a incidência da imunidade a um nexo funcional em sentido estrito (relação necessária entre o discurso e uma atividade atribuível ao exercício do mandato ou decorrente do exercício do mandato). O nexo necessário é *temporal*, no sentido de que a imunidade material incide em relação a opiniões, palavras e votos proferidos *durante* ou *enquanto* o parlamentar estiver investido da representação política decorrente da eleição para o cargo (ou seja, a contar da diplomação) e até o encerramento do mandato.

40 Ações penais 1.047, 1.048, 1.050, 1.051 e 1.052 e ARE 1.422.919-Agr STF.

41 Pet 10.972 STF.

42 Petição 8.401 e Ação Penal 1.049 STF.

43 Petição 11.199 STF.

44 Inquérito 4.890 STF.

E isso se justifica porque não há como afastar as manifestações públicas do parlamentar da qualidade política de mandatário eleito, ou seja, não há como dissociar sua figura pública do vínculo político inerente ao cargo titulado. As manifestações externadas nessa qualidade devem ser, como regra, consideradas de *natureza funcional durante todo o período em que estiver ocupando o cargo, da diplomação até o encerramento do mandato*, excepcionando-se as hipóteses de licença ou afastamento do cargo. Em outras palavras, o nexo funcional é dependente ou subordinado ao *nexo temporal*.

Há, portanto, uma presunção da norma constitucional (ainda que relativa) de que as opiniões, palavras e votos proferidos pelo parlamentar estão *funcionalmente vinculadas* ao desempenho da função legislativa *enquanto durar o vínculo político decorrente da eleição*, ou seja, da diplomação até o encerramento do mandato. Essa presunção de vínculo funcional abarca de forma ampla as manifestações de deputados e senadores, compreendendo necessariamente (mas não exclusivamente) a atividade legislativa, a atividade de representação política, a atividade político-partidária, a atividade de fiscalização e a atividade de julgamento de seus pares e outros agentes políticos, somente se desfazendo (a presunção) quando provado, no caso concreto, que as manifestações deram-se em contexto estritamente privado, ou seja, totalmente dissociado na vida pública ou da atuação de natureza política em sentido amplo.

A própria previsão de que deputados e senadores serão submetidos a julgamento perante o STF, de que não poderão ser presos, salvo flagrante delito de crime inafiançável, e de que poderá haver a sustação da ação penal por decisão do Plenário da Casa, *a contar da diplomação*, ou seja, antes do efetivo exercício do mandato, denota que as prerrogativas parlamentares estão associadas ao *status* de representante eleito, ou seja, à natureza política do vínculo (art. 53, §§ 1º a 3º, CF).

Diante de tais considerações, propõe-se a seguinte definição para a dimensão funcional:

Dimensão funcional, causal ou de implicação recíproca

A imunidade material reveste-se de presunção constitucional (ainda que relativa) de que as opiniões, palavras e votos proferidos pelo parlamentar estão *funcionalmente vinculados* ao desempenho da função legislativa *enquanto durar o vínculo político decorrente da eleição*, ou seja, da diplomação até o encerramento do

mandato, excepcionando-se as hipóteses de licença ou afastamento. Essa presunção de vínculo funcional abarca de forma ampla as manifestações de deputados e senadores, compreendendo necessariamente (mas não exclusivamente) a atividade legislativa, a atividade de representação política, a atividade político-partidária, a atividade de fiscalização e a atividade de julgamento de seus pares e outros agentes políticos, somente se desfazendo (a presunção) quando provado, no caso concreto, que as manifestações deram-se em contexto estritamente privado (vida íntima, doméstica ou familiar ou em negócios privados ou exercício de profissão), em contexto totalmente dissociado na vida pública ou da atuação de natureza política em sentido amplo.

1.5. *Imunidade material: opiniões, palavras e votos proferidos dentro ou fora do Parlamento (dimensão espacial – D4)*

A partir da dimensão funcional definida no item anterior, no sentido de que as opiniões, palavras e votos proferidos pelo parlamentar presumem-se *funcionalmente vinculados* ao desempenho da função legislativa *enquanto durar o vínculo político decorrente da eleição*, excepcionadas apenas as hipóteses de manifestação em contexto estritamente privado, não há sentido em restringir a imunidade material de parlamentares federais, estaduais e distritais por *critério de espacialidade*. Independentemente do local em que exercida a função legislativa no território nacional e mesmo em território estrangeiro, as manifestações do parlamentar presumem-se protegidas pela imunidade material.

Essa interpretação já constava da obra de Pedro Aleixo (2020, p. 63-64), ao reproduzir trechos de debates travados entre os parlamentares por ocasião da discussão do Projeto de Resolução 532, de 1954, que autorizava à época a licença para processar deputado federal por suposto crime contra a honra:

Eis os convincentes fundamentos da declaração do Sr. Raul Pila e que, afinal, prevaleceram, com a recusa da licença, na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara: “As condições da vida moderna, com os seus poderosos meios de difusão, como a imprensa, servida pela composição mecânica e por eficientes rotativas, o rádio, a televisão, não permitem que se restrinja ao âmbito das Câmaras e das suas Comissões, internas ou externas, o exercício de representante da Nação. Deixou

de ser um ambiente materialmente limitado pelas paredes de um edifício aquele em que se exerce a função parlamentar. Apresentado um projeto de interesse geral, proposta uma reforma importante, denunciado um abuso clamoroso, vê-se o representante desde logo assediado pela imprensa e pelo rádio, desejosos de melhor esclarecer o público. Forçoso se lhe torna, assim, ampliar o debate, com vantagem, aliás, do funcionamento do regime democrático. As casas do Parlamento são hoje, apenas, o centro donde se irradia a ação parlamentar e não mais em si a podem confinar.

O argumento reveste-se de renovada atualidade, diante das novas formas de comunicação digital. Na doutrina e na jurisprudência, prevalece o entendimento de que a imunidade material compreende as manifestações produzidas fora do recinto da Casa Legislativa ou, com maior razão, quando exteriorizadas no âmbito do Congresso Nacional (Moraes, 2006; Aleixo, 2020; Horta, 2011; Agra, 2007; Allen, 1993). Entretanto, a análise do nexo espacial tem sido associada a outra dimensão, a dimensão funcional, acarretando interpretações restritivas que não se coadunam com o instituto da imunidade material.

A jurisprudência do STF consolidou-se no sentido de que as manifestações proferidas nas dependências do Congresso Nacional (tribuna, Plenário, comissões, gabinetes, espaços de circulação) presumem-se em absoluto vinculadas ao desempenho do mandato. Sob essa perspectiva, na sede do Poder Legislativo, que é o espaço por excelência da atuação parlamentar, a imunidade material alcançaria máxima amplitude. De outro lado, quando proferidas fora das dependências legislativas, há que se demonstrar o nexo funcional para a incidência do instituto.

No julgamento do Inquérito 655-6/DF (Brasil, 2002), *leading case* sobre essa distinção, o ministro Nelson Jobim se manifesta sobre a presunção absoluta e a presunção relativa de vinculação funcional conforme a manifestação tenha se dado nas dependências das Casas Legislativas ou fora delas.⁴⁵ Esse

45 “Sr. Presidente, gostaria de fazer uma distinção sobre esse tema porque já decidimos que o parlamentar, ao fazer declarações, mesmo fora do parlamento, estando elas vinculadas ao exercício do mandato, está sujeito à imunidade. Não faço qualquer perquirição. Quando a declaração do parlamentar é fora do parlamento, fora da tribuna parlamentar, seja da tribuna do Plenário, seja das comissões, procuro verificar a ligação com o exercício do mandato; mas,

entendimento foi reafirmado nos debates do julgamento do Inquérito 1.958/AC (Brasil, 2003), enfatizando-se que, nas dependências do Poder Legislativo, o parlamentar é inviolável por *quaisquer* opiniões, palavras e votos, sendo exatamente esse o sentido da alteração promovida pelo constituinte derivado na EC 35/2001. Entendeu a Corte não caber ao Poder Judiciário exercer o controle (o poder de polícia) das manifestações na sede do Parlamento, substituindo-se ao controle do próprio Legislativo.⁴⁶ Esse entendimento foi reiterado em diversos precedentes da Corte,⁴⁷ estendendo-se a presunção absoluta de nexo de implicação recíproca nos casos de reprodução, pelos meios de comunicação social (televisão, rádio, internet), das opiniões, palavras e votos proferidos no interior do Parlamento.⁴⁸

Contudo, recentes precedentes da Corte têm afastado a imunidade material em manifestações proferidas nas dependências das Casas Legislativas sob o

se a declaração é feita da tribuna do Congresso, não examino. Seja qual for a declaração que se fizer, parto do pressuposto de que, feita da tribuna do Congresso ou da tribuna da Comissão, está acobertado, qualquer tipo de declaração que tenha sido feita, porque o local lhe assegura a imunidade. Só faço a distinção, portanto, entre a vinculação exercício-mandato quando é fora. Dentro dos muros do Congresso, não entro em perquirições sobre isso.” (Brasil, 2002.)

46 “INQUÉRITO. DENÚNCIA QUE FAZ IMPUTAÇÃO A PARLAMENTAR DE PRÁTICA DE CRIMES CONTRA A HONRA, COMETIDOS DURANTE DISCURSO PROFERIDO NO PLÊNÁRIO DE ASSEMBLEIA LEGISLATIVA E EM ENTREVISTAS CONCEDIDAS À IMPRENSA. INVIOABILIDADE: CONCEITO E EXTENSÃO DENTRO E FORA DO PARLAMENTO. (...) Assim, é de se distinguir as situações em que as supostas ofensas são proferidas dentro e fora do Parlamento. Somente nessas últimas ofensas irrogadas fora do Parlamento é de se perquirir da chamada ‘conexão como exercício do mandato ou com a condição parlamentar’ (INQ 390 e 1.710). Para os pronunciamentos feitos no interior das Casas Legislativas não cabe indagar sobre o conteúdo das ofensas ou a conexão com o mandato, dado que acobertadas com o manto da inviolabilidade. Em tal seara, caberá à própria Casa a que pertencer o parlamentar coibir eventuais excessos no desempenho dessa prerrogativa. No caso, o discurso se deu no plenário da Assembleia Legislativa, estando, portanto, abarcado pela inviolabilidade. Por outro lado, as entrevistas concedidas à imprensa pelo acusado restringiram-se a resumir e comentar a citada manifestação da tribuna, consistindo, por isso, em mera extensão da imunidade material. Denúncia rejeitada.” (Inq 1.958, rel. min. Carlos Velloso, rel. p/ acórdão min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2003, DJ 18/2/2005 PP-00006 EMENT VOL-02180-01 PP-00068 RTJ VOL-00194-01 PP-00056.)

47 No mesmo sentido: RE 463.671-Agr, RE 299.109-Agr, Inq 681-QO, Inq 3.814; Pet 6.156; RE 576.074-Agr; RE 299.109-Agr; RE 1.283.533-Agr STF.

48 Nesse sentido: Inq 1.958, Inq 2.295.

fundamento da ausência de nexo funcional. Tem-se, por exemplo, o Inquérito 3.932/DF (Brasil, 2016a)⁴⁹ e a Petição 5.243/DF (Brasil, 2016b), em face do então deputado federal Jair Messias Bolsonaro por manifestações dirigidas à deputada federal Maria do Rosário nas dependências do Congresso Nacional e, posteriormente, reproduzidas em entrevista concedida a veículo de comunicação. O episódio, que se tornou amplamente divulgado à época, envolve desavença antiga entre ambos, ocorrida no ano de 2003, no Salão Verde da Câmara dos Deputados, e retomada em 2014, na tribuna da Casa. Ainda em 2014, dias depois do fato ocorrido em Plenário, ao conceder entrevista em seu gabinete parlamentar, o então deputado, indagado sobre sua motivação, teria reafirmado as declarações, com acréscimos ofensivos. Houve responsabilização civil pelo mesmo fato.

O conteúdo das declarações foi considerado gravíssimo, especialmente porque o Brasil é um país de cultura patriarcal em que as estatísticas de violência contra a mulher são elevadíssimas (Senado Federal, 2024). E esse contexto foi fundamental para o deslinde do caso concreto, como se evidencia dos votos que foram maioria. Não se pretende abordar o julgamento sob a perspectiva

49 “(...) IMUNIDADE PARLAMENTAR. INCIDÊNCIA QUANTO ÀS PALAVRAS PROFERIDAS NO RECINTO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. ENTREVISTA. AUSENTE CONEXÃO COM O DESEMPENHO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA. INAPLICABILIDADE DO ART. 53 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL QUANTO AOS DELITOS DE INCITAÇÃO AO CRIME E DE INJÚRIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E REJEIÇÃO PARCIAL DA QUEIXA-CRIME, QUANTO AO CRIME DE CALÚNIA. (...) 13. In casu, (i) a entrevista concedida a veículo de imprensa não atrai a imunidade parlamentar, porquanto as manifestações se revelam estranhas ao exercício do mandato legislativo, ao afirmar que ‘não estupraria’ Deputada Federal porque ela ‘não merece’; (ii) o fato de o parlamentar estar em seu gabinete no momento em que concedeu a entrevista é fato meramente acidental, já que não foi ali que se tornaram públicas as ofensas, mas sim através da imprensa e da internet; (...) 15. (i) A imunidade parlamentar incide quando as palavras tenham sido proferidas do recinto da Câmara dos Deputados: ‘Despiciendo, nesse caso, perquirir sobre a pertinência entre o teor das afirmações supostamente contumeliosas e o exercício do mandato parlamentar’ (Inq. 3814, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, unânime, j. 07/10/2014, DJE 21/10/2014). (ii) Os atos praticados em local distinto escapam à proteção da imunidade, quando as manifestações não guardem pertinência, por um nexo de causalidade, com o desempenho das funções do mandato parlamentar. (...)” (Inq 3.932, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21/6/2016, p. 9/9/2016.)

da correção ou da justiça da decisão de recebimento da denúncia. Pretende-se analisar a questão exclusivamente sob a perspectiva da interpretação conferida ao instituto da imunidade material pelo STF.

Havia estabilidade na jurisprudência da Corte quanto ao nexo espacial (presunção absoluta de vínculo funcional nas dependências da Casa Legislativa; presunção relativa fora das dependências). Não obstante, ao expor suas razões de decidir, o ministro relator conferiu preponderância à dimensão funcional, ainda que as manifestações tenham ocorrido na tribuna e no gabinete do parlamentar acusado:

Para que as afirmações feitas pelo parlamentar possam ser relacionadas ao exercício do mandato, elas devem revelar teor minimamente político, referido a fatos que estejam sob debate público, sob investigação do Congresso Nacional (CPI) ou dos órgãos de persecução penal ou, ainda, sobre qualquer tema que seja de interesse de setores da sociedade, do eleitorado, organizações ou quaisquer grupos representados no parlamento ou com pretensão à representação democrática.

Consequentemente, não há como relacionar ao desempenho da função legislativa (prática *in officio*), ou de atos praticados em razão do exercício de mandato parlamentar (prática *propter officium*), as palavras e opiniões meramente pessoais, sem relação com o debate democrático de fatos ou ideias e, portanto, sem vínculo com o exercício das funções cometidas a um Parlamentar.

In casu, cuida-se de declarações que, a toda evidência, não guardam qualquer relação com o exercício do mandato. Vale anotar que as primeiras declarações foram reverberadas da tribuna da Câmara dos Deputados, aproveitando-se de momento em que o parlamentar manifestaria suas críticas à comemoração do Dia Internacional dos Direitos Humanos.

Deveras, não obstante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tenha entendimento no sentido da impossibilidade de responsabilização do parlamentar quando as palavras tenham sido proferidas no recinto da Câmara dos Deputados, *in casu* as declarações foram proferidas em entrevista a veículo de imprensa, não incidindo, assim, a imunidade.

(...)

O fato de o parlamentar estar em seu gabinete no momento em que concedeu a entrevista é fato meramente acidental, já que não foi ali que se tornaram públicas as ofensas, mas sim através da imprensa e da internet.

Portanto, cuidando-se de declarações firmadas em entrevista concedida a veículo de grande circulação, cujo conteúdo não se relaciona à garantia do exercício da função parlamentar, não incide a imunidade prevista no art. 53 da Constituição Federal.

Posteriormente, a “possível” evolução de entendimento do STF foi mencionada no voto do relator, ministro Gilmar Mendes, no julgamento da Petição 6.156 (Brasil, 2016c), envolvendo os então deputados federais Jean Wyllys e Eduardo Cunha.⁵⁰ Entretanto, a queixa-crime foi rejeitada à unanimidade, com a expressa referência de que as manifestações foram proferidas no Plenário da Casa Legislativa e guardavam inequívoca relação com o desempenho da função parlamentar judicante ao analisar pedido de abertura de processo de impeachment contra a então presidenta da República. Outros julgamentos mais recentes têm reafirmado dimensão espacial.⁵¹

Há, na exigência de nexo espacial para a incidência da imunidade material, um equívoco de compreensão do conceito e da finalidade das imunidades parlamentares. A Constituição de 1988, ao disciplinar o instituto, realizou uma opção político-jurídica de não vincular o alcance das inviolabilidades ao estrito exercício do mandato, como já afirmado, pela compreensão, inerente à finalidade

50 “Queixa-crime. Ação penal privada. Competência originária. Crimes contra a honra. Calúnia. Injúria. Difamação. 2. Art. 53 da Constituição Federal. Imunidade parlamentar material. A imunidade é absoluta quanto às manifestações proferidas no interior da respectiva casa legislativa. O parlamentar também é imune em relação a manifestações proferidas fora do recinto parlamentar, desde que ligadas ao exercício do mandato. Precedentes. Possível reinterpretção da imunidade material absoluta, tendo em vista a admissão de acusação contra parlamentar em razão de palavras proferidas no recinto da respectiva casa legislativa, mas supostamente dissociadas da atividade parlamentar – PET 5.243 e INQ 3.932, rel. min. Luiz Fux, julgados em 21.6.2016. Caso concreto em que, por qualquer ângulo que se interprete, as declarações estão abrangidas pela imunidade. Declarações proferidas pelo Deputado Federal querelado no Plenário da Câmara dos Deputados. Palavras proferidas por ocasião da prática de ato tipicamente parlamentar – voto acerca da autorização para processo contra a Presidente da República. Conteúdo ligado à atividade parlamentar. 3. Absolvição por atipicidade da conduta.” (Pet 6.156, rel. min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 30/8/2016, processo eletrônico DJE-207 DIVULG 27/9/2016 PUBLIC 28/9/2016.)

51 Ver, por exemplo: Pet 7.328, Segunda Turma; RE 1.283.533-Agr, Primeira Turma; Pet 5.626-Agr, Segunda Turma.

do instituto, de que a liberdade de expressão do parlamentar estende-se a um plexo muito mais amplo e mais complexo de funções inerentes à representação política, que se exerce durante (e enquanto perdurar) o vínculo político de representante eleito. A imunidade conecta-se, portanto, à soberania popular, sendo irrelevante se as opiniões, palavras e votos são proferidos dentro ou fora do Parlamento.

Evidente que as manifestações proferidas na tribuna, no Plenário, nas comissões, nos gabinetes ou nos corredores da Casa Legislativa são a forma mais elementar de exercício do mandato. A tribuna é o lugar de fala do parlamentar, a seus pares e à sociedade. Perquirir sobre o nexos funcional de opinião, palavra e voto externados nas dependências do Parlamento, ressalvadas hipóteses excepcionais da vida privada, enseja uma contradição (é como negar a existência do ser no seu *habitat* natural). E a tentativa de se afastar a imunidade sob o fundamento da ausência de nexos funcional não se sustenta, especialmente em se tratando de controle feito pelo Poder Judiciário, sob clara violação da separação de poderes. Mas tampouco é adequada a restrição da imunidade material quanto a manifestações proferidas fora das dependências da Casa Legislativa, porque a representação política estende-se a todo o território nacional e inclusive estrangeiro, quando em missão oficial ou quando suas opiniões forem manifestadas na qualidade de representante eleito.

Ressalte-se que a Constituição não exige nexos espacial vinculado às dependências do Parlamento. A única restrição espacial à incidência da imunidade é a territorialidade do município, para o caso dos vereadores (art. 29, VIII, CF). Considerando o caráter nacional do mandato de deputados federais e senadores, não cabe restrição territorial. E igual entendimento aplica-se a deputados estaduais e deputados distritais, porque, mesmo que eleitos para a representação política no Parlamento estadual ou distrital, optou a Constituição por assegurar-lhes a inviolabilidade em todo o território nacional e em iguais condições que os parlamentares federais (art. 27, § 1º, CF) (Aleixo, 2020, p. 86).

Assim, propõe-se a seguinte definição para a dimensão espacial do conceito de imunidade material:

Dimensão espacial

A imunidade material alcança opiniões, palavras e votos proferidos pelo parlamentar nas dependências da Casa Legislativa (tribuna, Plenário, comissões,

gabinetes, áreas de circulação e residências funcionais) e fora das dependências da Casa Legislativa, em qualquer parte do território nacional ou mesmo estrangeiro, neste caso quando em missão oficial ou quando as manifestações forem externadas na qualidade de representante eleito, à exceção dos vereadores, em que há expressa restrição constitucional da incidência do instituto à territorialidade do município.

*1.6. Imunidade material: meios de veiculação de opiniões, palavras e votos
(dimensão modal – D5)*

A dimensão modal da imunidade material refere-se aos meios de comunicação de opiniões, palavras e votos dos parlamentares, ou seja, às modalidades de veiculação da manifestação e ao alcance do instituto. A evolução dos meios de comunicação (rádio, televisão e internet) tem progressivamente imposto a adaptação do instituto às exigências comunicacionais do mundo contemporâneo. A ideia de sociedades em rede (Castells, 2019) e o surgimento de uma esfera pública virtual, por meio da qual diversas instituições, autoridades públicas e cidadãos do mundo interagem em tempo real, ininterruptamente e praticamente sem filtros, também têm transformado o exercício da representação política.

Nesse contexto, não apenas o rádio, o jornal e a televisão mas também as plataformas virtuais, em especial as redes sociais (Facebook, Instagram, Telegram, Twitter/X, TikTok, WhatsApp, YouTube etc.), são poderosas ferramentas de comunicação dos parlamentares com eleitores e com a sociedade e viabilizam a transparência e a prestação de contas de todas as funções do legislador. O parlamentar, pela relevância do cargo ocupado, não se despe da qualidade de agente político em suas manifestações públicas, sejam elas veiculadas na tribuna da Casa Legislativa, em entrevista na televisão ou rádio (Aleixo, 2020, p. 63-64) ou ainda postadas nas redes sociais. Em sentido contrário, Marília Crespo Allen afirma que, na maioria dos sistemas jurídicos dos países que integram a União Europeia, é afastada a incidência da imunidade material em opiniões expressas, por exemplo, em artigos de jornal e em debates públicos (1993, p. 107).

O STF consolidou o entendimento de que a imunidade material alcança palavras, opiniões e votos transmitidos ou reproduzidos em entrevistas jornalísticas ou em notícias veiculadas pela imprensa quando revelam o conteúdo de pronunciamentos, pareceres e proposições das Casas Legislativas, bem como

declarações feitas pelos parlamentares aos meios de comunicação social, inclusive redes sociais, mas desde que vinculadas ao desempenho do mandato.⁵² O entendimento aplica-se também a vereadores, ainda que a Constituição tenha expressamente fixado a limitação territorial.⁵³ Retoma-se aqui o risco de má aplicação do instituto pela interferência (e controle) do Poder Judiciário quanto ao conteúdo do discurso ou mesmo quanto ao excesso.

Nesse sentido, observa-se uma tendência da Corte em ampliar o controle sobre as opiniões e palavras dos parlamentares veiculadas pelas redes sociais quando se imputa a disseminação de notícia fraudulenta ou quando é incontroverso (na perspectiva do julgador) o excesso no exercício da prerrogativa por estar nítido objetivo de ofender.⁵⁴

A disseminação de notícias fraudulentas e o crescimento do discurso de ódio nas redes sociais estão a desafiar a vida em sociedade no Brasil e no mundo, e não se pode negar que há parlamentares que cometem excessos em suas manifestações públicas, as quais ganham escala nacional e internacional quase que imediatamente. Entretanto, a regulação das redes sociais é um problema complexo que deve ser endereçado pela via legislativa. E não se pode esquecer que a imunidade material, enquanto cláusula derogatória do direito posto, existe justamente para preservar o espaço de ilicitude da manifestação parlamentar.

52 “(...) PUBLICAÇÃO EM REDE SOCIAL. IMUNIDADE MATERIAL. LIAME ENTRE AS OPINIÕES EXARADAS E O MANDATO PARLAMENTAR. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO. 1. O Supremo Tribunal Federal vem legitimando, para além do recorte espacial físico, a incidência da imunidade material sobre opiniões e palavras divulgadas em ambiente eletrônico, ao fundamento de que “a natureza do meio de divulgação utilizado pelo congressista (“mass media” e/ou “social media”) não caracteriza nem afasta o instituto da imunidade parlamentar material” (Petição 8366/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-241 04.11.2019). 2. A apuração do liame entre a ofensa irrogada e a função parlamentar exercida deve levar em conta a natureza do tema em discussão, que deve estar relacionado com fatos sob debate na arena pública ou com questões de interesse público, entendidas em acepção ampla, a abranger não apenas temas de interesse do eleitorado do parlamentar, mas da sociedade como um todo. (...)” (Pet 9.471-AGR, rel. min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 14/3/2022, processo eletrônico DJe-052 DIVULG 17/3/2022 PUBLIC 18/3/2022.) No mesmo sentido: Pet 9.128; Inq 874-AGR; Inq 1.296-AGR; Inq 2332-AGR; AO 2.002; Pet 9.358; Pet 7.635; Pet 9.156-AGR STF.

53 Ver, por exemplo, RE 1.349.844 e ARE 1.421.633-AGR STF.

54 Ver, por exemplo, Pet 5.702, Primeira Turma; ARE 1.422.919-AGR, Primeira Turma; Pet 8.401, Plenário; Pet 10.081, Tribunal Pleno.

As dificuldades impostas pelas democracias digitais são muitas, mas, para os limites deste trabalho, importa registrar que o veículo de comunicação da opinião, da palavra ou do voto não afasta, por si só, a incidência da imunidade material, seja por transmissão ao vivo ou retransmissão das sessões ou reuniões legislativas no rádio, na televisão ou em plataforma de *streaming*, seja por declarações proferidas ao vivo ou retransmitidas em entrevista, programa ou reportagem em jornal, no rádio, na televisão ou em plataforma de *streaming*, seja por declarações postadas ou repostadas em redes sociais ou plataformas de *streaming*.

Assim, propõe-se o seguinte conceito para a dimensão modal da imunidade material:

Dimensão modal

A imunidade material alcança opiniões, palavras e votos proferidos pelo parlamentar independentemente do meio de comunicação social em que divulgadas, compreendendo a transmissão ao vivo ou a retransmissão e as declarações prestadas em rádio, televisão, jornal (impresso ou eletrônico), plataformas de *streaming*, redes sociais etc.

1.7. Imunidade material: exercício abusivo das prerrogativas parlamentares (dimensão da moderação – D6)

A dimensão da moderação relaciona-se à análise do abuso no exercício das prerrogativas parlamentares, mais especificamente da imunidade material, e à possibilidade de responsabilização do parlamentar pelo excesso. Conforme abordado no tópico 1.2 (dimensão conceitual), a imunidade material não afasta a responsabilidade ético-disciplinar do congressista, porque a Constituição expressamente prevê a perda do mandato em caso de procedimento declarado incompatível com o decoro parlamentar, sendo uma das hipóteses a de *exercício abusivo das prerrogativas* (art. 55, inciso II e § 1º, da Constituição).

Há, por imperativo constitucional, um sistema de controle interno do Poder Legislativo que deve se ocupar dos casos de procedimento incompatível com o decoro parlamentar, assim entendidos, segundo Miguel Reale (2011, p. 309), “pelo sentido de ‘conveniência’, na dupla acepção física e moral deste termo,

importando sempre a noção de medida ou de adequação condigna entre o ato praticado e a situação de quem o pratica”. Trata-se de uma avaliação de adequação ou conformidade entre o ato e as suas circunstâncias que possam revelar a falta de decência no comportamento pessoal ou a falta de respeito à dignidade do Poder Legislativo (Reale, 2011).

Ocorre que, em se tratando de falta de decoro parlamentar por abuso no exercício de prerrogativas parlamentares, não se pode chegar a um resultado que anule a imunidade material, considerando que se trata de elemento nuclear do regime democrático, da representação política e da separação de poderes. Considerando que a inviolabilidade por opiniões, palavras e votos protege justamente a ilicitude, derogando a incidência do direito comum, há que se compatibilizar a crítica dura, ácida, agressiva, jocosa e os embates políticos com o decoro parlamentar.

Na lição de Miguel Reale (2011, p. 310):

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

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

Sob essa perspectiva, os casos de cassação do mandato devem ser excepcionais, considerando que se trata de representante eleito. Mas há outras formas

de sanção disciplinar, como a advertência, a censura e a suspensão do mandato, que também podem ser aplicadas pelos presidentes das sessões e reuniões ou pelos conselhos de ética. O fator fundamental é que seja uma decisão oriunda dos pares, ou seja, um controle que advenha do próprio Poder Legislativo (Allen, 1993; Reale, 2011; Aleixo, 2020).

A imunidade material atende a um interesse social superior que exige que o representante eleito não tema a autoridade executiva ou a judiciária. Essa a razão pela qual “no exercício de suas funções de mandatário da sociedade ele não deve ter diante de si senão a autoridade do presidente de sua Câmara, ou antes, da lei interna que o regula” (Sousa, apud Aleixo, 2020, p. 35).

Esse é o sentido da imunidade material e do seu caráter institucional ou funcional: a garantia do livre fluxo de ideias necessário ao regime democrático e à produção de leis e a garantia do controle dos atos do poder público pelos representantes eleitos. Para que a imunidade material cumpra com suas finalidades institucionais e com o interesse público, não cabe o controle de eventuais excessos pelos Poderes Executivo ou Judiciário, o que configura clara violação à separação de poderes e ao sistema de pesos e contrapesos instituído pela Constituição. Quanto ao exercício abusivo da liberdade de expressão parlamentar, o controle interno é do Parlamento; o controle externo é do povo, por meio das eleições periódicas.

Esse entendimento era predominante no STF.⁵⁵ Contudo, e notadamente após o advento das redes sociais, há precedentes que afastam a imunidade material sob o fundamento de que há (i) *indiscutível excesso no exercício da prerrogativa*, (ii) *desinformação ou notícia fraudulenta* ou sob o fundamento de que (iii) *a liberdade de expressão qualificada do parlamentar não pode ser utilizada contra a própria finalidade do instituto*, que é a preservação do regime democrático.

Casos emblemáticos de deliberação judicial sobre o *excesso no exercício da prerrogativa*, tanto no âmbito cível quanto penal, são os Agravos Regimentais nas Petições 8.242 (Brasil, 2022a), 8.259 (Brasil, 2022b), 8.262 (Brasil, 2022c), 8.263 (Brasil, 2022d), 8.267 (Brasil, 2022e) e 8.366 (Brasil, 2022f)⁵⁶ e o Agravo

55 Ver, por exemplo: RE 600.063; Pet 9.128-Agr; STP 949 MC-Ref STF.

56 Por todos: “Agravo. Penal e processo penal. Queixa-crime por difamação e injúria. Liberdade de expressão e imunidade parlamentar. Necessidade de vinculação com o exercício do manda-

Interno em Recurso Extraordinário com Agravo 1.422.919 (Brasil, 2024),⁵⁷ envolvendo o senador Jorge Kajuru e o senhor Alexandre Baldy. Reconhecida a incidência da imunidade material pelos relatores originários da esfera penal (ministro Celso de Mello) e civil (ministra Cármen Lúcia), prevaleceu voto divergente dos ministros Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes, respectivamente, para o recebimento da ação penal e para a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.⁵⁸

Trata-se de interferência indevida do Poder Judiciário em assuntos internos do Poder Legislativo. Não há fragilizar a imunidade material – cláusula pétrea consubstanciada na garantia do regime democrático e da independência do Poder Legislativo – transferindo a análise da moderação do discurso parlamentar para outro poder. O excesso ou o exercício abusivo da liberdade de expressão qualificada do parlamentar somente pode ser sindicável pelos conselhos de

to. Intuito manifestamente difamatório e injurioso das declarações do querelado. Doutrina e precedentes. Teoria funcional da imunidade parlamentar. Manifestações proferidas nas redes sociais. Provimento do recurso, com o recebimento da queixa-crime.” (Pet 8.242-Agr, rel. min. Celso de Mello, rel. p/ acórdão Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 3/5/2022, p. 20/6/2022.)

57 “(...) SENADOR. PALAVRAS PROFERIDAS NA INTERNET COM EVIDENTE OBJETIVO DE OFENDER E DIFAMAR. EXCESSO NOS LIMITES DA GARANTIA DA IMUNIDADE PARLAMENTAR. CONDUTA QUE NÃO SE TRADUZ EM NÍTIDO DESDOBRAMENTO DA ATIVIDADE PARLAMENTAR. ACORDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO. PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (...) 2. Exige-se, para caracterizar a necessária inviolabilidade, a presença de dois requisitos: nexo de implicação recíproca e os parâmetros ligados a própria finalidade da liberdade de expressão qualificada do parlamentar. 3. Na presente hipótese, é fato incontroverso que as palavras foram proferidas nas redes sociais do parlamentar, e as expressões utilizadas pela parte ré, na compreensão da parte autora, transcenderam o campo da imunidade material dos parlamentares. 4. No caso dos autos, verifica-se que houve excesso nos limites da citada garantia constitucional, pois o requerido incorreu em abuso da imunidade concedida ao exercício de seu mandato. 5. Inexistência do nexo de implicação recíproca, pois ausente a relação entre as opiniões e palavras proferidas com o exercício do mandato parlamentar, ou em razão desse exercício; possibilidade de se afastar a inviolabilidade, pois o contexto em que houve as manifestações era estranho às atividades realizadas em razão do exercício do mandato. (...)” (ARE 1.422.919-Agr, rel. min. Cármen Lúcia, rel. p/ acórdão Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 13/5/2024, p. 22/5/2024.)

58 No mesmo sentido: Pet 8.401-Agr; Pet 9.007; Pet 10.972 STF.

ética e decoro parlamentar. E eventual inércia de tais órgãos legislativos não se reveste de argumento com suficiente densidade para viabilizar ou legitimar o controle judicial. Aliás, dados recentes mostram que os Conselhos de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal e da Câmara dos Deputados funcionam normalmente, a reforçar a inadequação da interferência judicial. Em 2024, o do Senado arquivou quatro denúncias e admitiu para processamento cinco denúncias e duas representações (Senado Federal, 2024a). O da Câmara dos Deputados já realizou 14 reuniões até outubro de 2024 e estão em processamento as Representações 23, 24, 26 e 28 de 2023 e as Representações 1 a 5 de 2024 (Câmara dos Deputados, 2024).

No caso de *desinformação*, tem-se a Petição 10.081 (Brasil, 2023) envolvendo a deputada federal Erika Kokay e o deputado federal Vitor Hugo de Araújo Almeida, em que foi recebida a queixa por crime de difamação qualificada decorrente da edição de vídeo de palestra proferida pela parlamentar e divulgada pelo seu desafeto político nas redes sociais com o objetivo de alterar a verdade dos fatos e difamar sua honra. Também a Petição 5.705 (Brasil, 2017a), de relatoria do ministro Luiz Fux, em que sustenta que a imunidade parlamentar material, voltada à proteção republicana ao livre exercício do mandato, “não confere aos parlamentares o direito de empregar expediente fraudulento, artificioso ou ardiloso, voltado a alterar a verdade da informação, com o fim de desqualificar ou imputar fato desonroso à reputação de terceiros”.⁵⁹

A questão é complexa, porque tanto a liberdade de expressão quanto a verdade factual são dimensões fundamentais ao regime democrático. Conforme ensina Eugenio Bucci, a qualidade da comunicação e a qualidade da informa-

59 “(...) A liberdade de opinião e manifestação do parlamentar, *ratione muneris*, impõe contornos à imunidade material, nos limites estritamente necessários à defesa do mandato contra o arbítrio, à luz do princípio republicano que norteia a CF. A imunidade parlamentar material, estabelecida para fins de proteção republicana ao livre exercício do mandato, não confere aos parlamentares o direito de empregar expediente fraudulento, artificioso ou ardiloso, voltado a alterar a verdade da informação, com o fim de desqualificar ou imputar fato desonroso à reputação de terceiros. Consectariamente, cuidando-se de manifestação veiculada por meio de ampla divulgação (rede social), destituída, ao menos numa análise prelibatória, de relação intrínseca com o livre exercício da função parlamentar, deve ser afastada a incidência da imunidade prevista no art. 53 da CF.” (Pet 5.705, rel. min. Luiz Fux, j. 5/9/2017, 1ª T, DJE de 13/10/2017.)

ção são diretamente proporcionais à qualidade da democracia e à densidade da cultura da paz. Sendo um fato social, a comunicação proporciona coesão às comunidades e não pode prescindir de algum grau de compromisso entre informação e verdade factual (2019, p. 54). E há indiscutivelmente um agravamento da desvalorização da verdade factual com o surgimento da internet e com as plataformas sociais, em que transitam as forças políticas, sociais e econômicas da produção de notícias fraudulentas.

O adequado equacionamento do problema passa pela regulação, na via legislativa. Não se pretende, nos limites deste trabalho, propor uma solução teórica aplicável a todos os casos em que estejam em conflito a liberdade de expressão parlamentar e a disseminação de notícias fraudulentas, inclusive porque a identificação do conteúdo de uma notícia como “fraudulento” enseja significativas divergências e deve ser analisado em casos concretos. De pronto, e para além do controle interno do próprio Parlamento, uma resposta estatal que melhor se ajusta à ponderação entre verdade factual e liberdade de expressão parlamentar é a exclusão, nas plataformas sociais, de transmissão, retransmissão, postagem ou repostagem de conteúdo reconhecido judicialmente como fraudulento, sem a responsabilização pessoal do parlamentar nas esferas civil e penal. A solução deve ser adotada excepcionalmente e não pode se estender ao bloqueio das redes sociais do parlamentar, porque implicaria retirá-lo da esfera pública virtual, cerceando a principal forma de comunicação atualmente existente entre os representantes eleitos e a sociedade.

Por fim, em relação à utilização da *liberdade de expressão qualificada do parlamentar contra o regime democrático*, a discussão alcança o seu extremo: está o parlamentar constitucionalmente autorizado, por suas opiniões, palavras e votos, a defender golpe de estado, o fechamento de um poder da República e discurso de ódio contra minorias? Em outras palavras: num regime democrático, há limites materiais para o discurso parlamentar?

A questão tem relevância tão somente na perspectiva do controle externo, porque já se demonstrou que o controle interno é a solução constitucionalmente adequada.

A liberdade de expressão é considerada, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, um direito fundamental de posição preferencial, ainda que não absoluto. No caso dos parlamentares, há um espectro maior de proteção, em decorrência da inviolabilidade. Uma solução proposta pela doutrina é considerar

a imunidade material parlamentar um princípio, que deve ser concretizado na maior medida possível, mas que tem como núcleo intangível o discurso de ódio. Seria constitucionalmente adequada a responsabilização pessoal do mandatário em casos de grave ofensa a minorias étnicas ou culturais, de xenofobia ou racismo, de incitação ao genocídio ou ao terrorismo etc. (Schafer, Leivas e Santos, 2015, p. 153). Esse caminho abre margem a ampla discricionariedade judicial no controle do discurso parlamentar, enfraquecendo o instituto da imunidade material e acarretando insegurança jurídica.

Outra possibilidade é a adoção do sistema de contraofensas ou revide, por meio do qual não haveria responsabilização parlamentar quando sua manifestação é seguida de um revide do ofendido, ou quando constitui revide a ofensa recebida (Veronese, 2006, p. 151). A solução aplica-se a hipóteses de ofensas dirigidas a indivíduos determinados, não a grupos.

Há também teoria do Direito norte-americano, em que a solução para o discurso de ódio é “mais liberdade de expressão”, no sentido de que a expressão odiosa ou agressiva deve ser respondida ou contestada por outro discurso que a neutralize ou refute. Somente se deve restringir o discurso de ódio se o seu conteúdo demonstrar *dano claro, atual e iminente* (*clear and presente danger*), que esteja a promover ou fomentar a ação, a violência (Meyer-Pflug, 2009, p. 141-142).

O STF, no julgamento do Inquérito 3.590 (Brasil, 2014), analisou questão alusiva à publicação, pelo então deputado federal Marcos Feliciano, em março de 2011, na rede social Twitter, de manifestação de natureza discriminatória em relação a homossexuais. No voto do ministro Marco Aurélio, relator, dissociou-se a manifestação do exercício do mandato (afastou-se a imunidade material), mas a rejeição da denúncia decorreu da atipicidade da conduta, em face da interpretação então prevalecente quanto ao disposto no art. 20 da Lei 7.716/1989. O voto foi integralmente acompanhado pelos membros da Turma.⁶⁰

60 “TIPO PENAL – DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO – ARTIGO 20 DA LEI Nº 7.716/89 – ALCANCE. O disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção sexual.” (Inq 3.590, rel. min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 12/8/2014, p. 12/9/2014.)

No julgamento de Agravo Regimental na Petição 10.001 (Brasil, 2023a),⁶¹ o ministro relator, Dias Toffoli, rejeitou a queixa-crime formulada pela deputada Tabata Amaral em face do deputado Eduardo Bolsonaro por manifestações ofensivas e fraudulentas publicadas nas redes sociais, relacionadas ao Projeto de Lei 428/2020, que propunha a distribuição gratuita de absorventes em espaços públicos. No voto vencedor, entendeu o ministro Alexandre de Moraes que a imunidade material não autoriza o uso “da ‘liberdade de expressão’ como escudo protetivo para a prática de discursos de ódio, antidemocráticos, ameaças, agressões, infrações penais e toda a sorte de atividades ilícitas” (Brasil, 2023a, p. 29-30), acrescentando que as opiniões do deputado, além de constituírem desinformação, tinham conteúdo misógino e eram discriminatórias às mulheres.

Em seu voto, o ministro Roberto Barroso sustentou que “a imputação leviana de crime por parlamentar a terceiro, feita a partir de informações notoriamente falsas, é manifestação que escapa ao contexto da disputa política” e que “o exercício pleno e independente do mandato representativo num regime democrático não depende da prerrogativa de acusar oponentes políticos, falsa e deliberadamente, da prática de ilícitos” (Brasil, 2023a, p. 6). A queixa-crime foi recebida por maioria, ficando vencidos os ministros Dias Toffoli (relator), Ricardo Lewandowski, André Mendonça, Luiz Fux e Nunes Marques. Na mesma linha o julgamento da Petição 9.456 (Brasil, 2021b),⁶² em que a Corte

61 “(...) PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. NÃO INCIDÊNCIA DA IMUNIDADE MATERIAL (CF, ARTIGO 53, CAPUT). (...) 3. A Constituição Federal consagra o binômio ‘LIBERDADE e RESPONSABILIDADE’; não permitindo de maneira irresponsável a efetivação de abuso no exercício de um direito constitucionalmente consagrado; não permitindo a utilização da ‘liberdade de expressão’ como escudo protetivo para a prática de discursos de ódio, antidemocráticos, ameaças, agressões, infrações penais e toda a sorte de atividades ilícitas. 4. Não incidência da imunidade parlamentar prevista no caput do artigo 53 da Constituição Federal. A jurisprudência da CORTE é pacífica no sentido de que a garantia constitucional da imunidade parlamentar material somente incide no caso de as manifestações guardarem conexão com o desempenho da função legislativa ou que sejam proferidas em razão desta, não sendo possível utilizá-la como verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas. (...)” (Pet 10.001-Agr, rel. min. Dias Toffoli, rel. p/ acórdão Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 6/3/2023, p. 22/3/2023.)

62 “(...) PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. NÃO INCIDÊNCIA DA IMUNIDADE MATERIAL (CF, ARTIGO 53 CAPUT). (...) 1. A Constituição Federal não permite a propagação de ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático (CF, artigos 5º, XLIV; e 34,

entendeu não estarem abarcadas pela imunidade material as manifestações que visam ao rompimento do Estado Democrático de Direito e ao ataque às instituições e à separação de poderes.⁶³

Sem adentrar na análise da correção das decisões para os casos concretos, o STF utiliza o discurso de ódio e a disseminação de notícias fraudulentas como razões de decidir para afastar o instituto da imunidade material, adentrando-se claramente no controle do discurso parlamentar com a finalidade de defesa de valores ou princípios fundamentais ao Estado Democrático de Direito. Há, portanto, uma ampliação da margem de discricionariedade judicial na definição do alcance do instituto porque confrontado com valores ou princípios, que têm baixa densidade normativa e elevada carga axiológica.

Não há respostas simples para problemas complexos, mas a solução apontada pelo Direito norte-americano de contrapor desinformação, discurso de ódio e ataques ao regime democrático com mais informação e mais liberdade de expressão é uma resposta constitucionalmente adequada, deixando-se para situações de franca excepcionalidade a restrição da imunidade material, ou seja, para os casos em que o conteúdo da manifestação demonstrar *dano claro, atual e iminente* de fomentar ou promover ações de violência. Tem-se como alternativa menos gravosa à responsabilização pessoal do parlamentar, ainda que também excepcional, a intervenção judicial para a exclusão de conteúdos, nos termos da regulação legislativa.

III e IV), tampouco a realização de manifestações nas redes sociais visando ao rompimento do Estado de Direito, com a extinção das cláusulas pétreas constitucionais – Separação de Poderes (cf, artigo 60, § 4º), com a consequente instalação do arbítrio. (...) 5. As condutas imputadas ao denunciado pela Procuradoria-Geral da República revelam-se gravíssimas e, ao menos nesta análise preliminar, correspondem ao preceito primário do art. 23, II, da Lei n. 7.170/83, sendo atentatórias ao Estado Democrático de Direito brasileiro e suas Instituições Republicanas (...) 6. As manifestações imputadas ao denunciado, realizadas por meio das redes sociais, não só atingiram a honorabilidade e constituíram ameaça ilegal à segurança dos Ministros do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, como se revestem de claro intuito visando a impedir o exercício da judicatura, notadamente a independência do Poder Judiciário e a manutenção do Estado Democrático de Direito. (...) 8. Não incidência da imunidade parlamentar prevista no caput do artigo 53 da Constituição Federal. (...)” (Pet 9.456, rel. min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 28/4/2021, p. 21/6/2021.)

63 No mesmo sentido: RE 600.063 (Tema 469); AP 1.021.

Em razão do exposto, propõe-se a seguinte definição para a dimensão da moderação:

Dimensão da moderação

A análise do excesso ou do abuso da imunidade material é matéria de competência interna do Poder Legislativo, por meio de seus conselhos de ética e decoreto parlamentar. Como regra, o discurso de ódio, a desinformação e os ataques ao regime democrático e às instituições democráticas devem ser combatidos com mais informação e mais liberdade de expressão, admitindo-se o controle judicial em situações de franca excepcionalidade, em que o conteúdo da manifestação demonstre dano claro, atual e iminente de ação violenta. Também excepcionalmente admite-se a intervenção judicial para a exclusão de conteúdos, nos termos da regulação legislativa.

Conclusão

Este trabalho se propôs a estudar a imunidade material a partir da doutrina e da jurisprudência, notadamente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, identificando, sistematizando e definindo as dimensões do instituto e propondo uma forma constitucionalmente adequada para a sua aplicação, considerando o papel fundamental que a imunidade material desempenha na preservação do regime democrático e da separação de poderes. Como resultado, foram identificadas e validadas as seis dimensões, resumidas no quadro abaixo:

Quadro 1 – Imunidade material – Conceito e dimensões

Imunidade material		
Dimensão conceitual ou de abrangência	D1	A inviolabilidade ou imunidade material afasta a responsabilização do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos proferidos no desempenho da função legislativa, ou seja, no desempenho de atividade legislativa <i>stricto sensu</i> , de atividade de fiscalização, de atividade de representação política, de atividade de julgamento e de atividade partidária, abrangendo as esferas penal, civil e administrativa (não abrangendo, portanto, as esferas político-partidária, ético-disciplinar e eleitoral).

Dimensão material ou da natureza jurídica	D2	A inviolabilidade ou imunidade material tem natureza derogatória do direito comum e constitui cláusula ou causa geral de irresponsabilidade por opiniões, palavras e votos no desempenho da função legislativa, afastando <i>ex ante</i> a análise de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, tornando o parlamentar e o ente público imunes à incidência das normas penais, civis e administrativas.
Dimensão funcional, causal ou de implicação recíproca	D3	A imunidade material reveste-se de presunção constitucional (ainda que relativa) de que as opiniões, palavras e votos proferidos pelo parlamentar estão <i>funcionalmente vinculadas</i> ao desempenho da função legislativa <i>enquanto durar o vínculo político decorrente da eleição</i> , ou seja, da diplomação até o encerramento do mandato, excepcionando-se as hipóteses de licença ou afastamento. Essa presunção de vínculo funcional abarca de forma ampla as manifestações de deputados e senadores, compreendendo necessariamente (mas não exclusivamente) a atividade legislativa, a atividade de representação política, a atividade político-partidária, a atividade de fiscalização e a atividade de julgamento de seus pares e outros agentes políticos, somente se desfazendo (a presunção) quando provado, no caso concreto, que as manifestações deram-se em contexto estritamente privado (vida íntima, doméstica ou familiar ou em negócios privados ou exercício de profissão), em contexto totalmente dissociado da vida pública ou da atuação de natureza política em sentido amplo.
Dimensão espacial	D4	A imunidade material alcança opiniões, palavras e votos proferidos pelo parlamentar nas dependências da Casa Legislativa (tribuna, Plenário, comissões, gabinetes, áreas de circulação e residências funcionais) e fora das dependências da Casa Legislativa, em qualquer parte do território nacional ou mesmo estrangeiro, neste caso quando em missão oficial ou quando as manifestações forem externadas na qualidade de representante eleito, à exceção dos vereadores, em que há expressa restrição constitucional da incidência do instituto à territorialidade do município.
Dimensão modal	D5	A imunidade material alcança opiniões, palavras e votos proferidos pelo parlamentar independentemente do meio de comunicação social em que divulgadas, compreendendo a transmissão ao vivo ou a retransmissão e as declarações prestadas em rádio, televisão, jornal (impresso ou eletrônico), plataformas de <i>streaming</i> , redes sociais etc.

Dimensão da modelação	D6	A análise do excesso ou do abuso da imunidade material é matéria de competência interna do Poder Legislativo, por meio de seus conselhos de ética e decoreto parlamentar. Como regra, o discurso de ódio, a desinformação e os ataques ao regime democrático e às instituições democráticas devem ser combatidos com mais informação e mais liberdade de expressão, admitindo-se o controle judicial em situações de flagrante excepcionalidade, em que o conteúdo da manifestação demonstre dano claro, atual e iminente de ação violenta. Também excepcionalmente admite-se a intervenção judicial para a exclusão de conteúdos, nos termos da regulação legislativa.
-----------------------	----	---

Fonte: elaboração própria.

Como achados adicionais da pesquisa, constata-se uma tendência da jurisprudência do STF de conferir valor preponderante à dimensão funcional, causal ou do nexo de implicação recíproca, ou mesmo de associar essa dimensão a outras dimensões, como a espacial (manifestações proferidas dentro ou fora das dependências do Parlamento) e a modal (manifestações proferidas em plataformas sociais), de modo a ampliar a discricionariedade do Poder Judiciário no controle do discurso parlamentar.

Ressalta-se também a decisão do STF no Recurso Extraordinário 632.115/CE (Brasil, 2017), ao reconhecer por unanimidade a repercussão geral da responsabilidade do ente público por opiniões, palavras e votos parlamentares (Tema 950). Trata-se de indicativo de reapreciação da matéria que, diante da construção teórica e jurisprudencial da imunidade material no Brasil e na maioria dos países que adotam o instituto, pode constituir violação à integridade e à coerência do Direito.

Com o advento das redes sociais, e com as dificuldades impostas pela circulação de discursos de ódio e ataques às instituições democráticas e a autoridades públicas, verifica-se o surgimento no STF de uma *jurisprudência defensiva*, que tem afastado a incidência da imunidade material em três situações: (i) indiscutível excesso no exercício da prerrogativa pelo parlamentar; (ii) veiculação de desinformação ou notícia fraudulenta e; (iii) preservação do próprio regime democrático, sob o fundamento de que a liberdade de expressão qualificada do parlamentar não pode ser utilizada contra a própria finalidade do instituto.

Como nova agenda de pesquisa, propõe-se que as seis dimensões da imuni-

dade material sejam testadas na jurisprudência do STF a partir de marcos temporais específicos, pós-Constituição de 1988, para identificar se há dimensões do instituto preponderantes em determinado período e correlacionar esses dados com alterações normativas ou fatos sociais, políticos e econômicos relevantes.

Referências

- ABREU, Dã Filipe Santos de. A nova inviolabilidade parlamentar: um estudo de sua construção jurisprudencial no Brasil. *Revista de Informação Legislativa – RIL*. n. 223. pp. 31-50, 2019.
- AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 2007.
- AGRA, Walber de Moura; ALENCASTRO, Emiliane Priscilla. Imunidades parlamentares. *Crise dos poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*. George Salomão Leite, Lenio Streck, Nelson Nery Júnior Coord. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ALLEN, Marília Crespo. *Parliamentary immunity in the member states of the European Community and in the European Parliament*. Legal Affairs Series. W 4. Luxembourg : European Parliament. 1993.
- BOSC, Marc; GAGNON, André. House of Commons procedure and practice. 3 ed. 2017. Disponível em https://www.ourcommons.ca/procedure/procedure-and-practice-3/ch_03_6-e.html#footnote-317. Acesso em: 1º out. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 1.073*, rel. min. Lúcio de Mendonça, julgado em 16/4/1898.
- BRASIL. *Resolução do Senado Federal 93, de 1970*. Regimento Interno do Senado Federal – RISF. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/legislacao/regimento-interno>. Acesso em: 13 out. 2024.
- BRASIL. *Anteprojeto da Constituição de 1987*. Disponível em <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-106.pdf>. Acesso em: 21 out. 2024.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 out. 2024.
- BRASIL. *Resolução da Câmara dos Deputados 17, de 1989*. Regimento Interno da

- Câmara dos Deputados – RICD. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2011-2024.pdf>. Acesso em: 13 out. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem no Inquérito 396*, rel. min. Octavio Gallotti, julgado em 21/9/1989.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 510-0/43*, rel. min. Celso de Mello, julgado em 1º/2/1991.
- BRASIL. *Resolução do Senado Federal 20, de 1993*. Código de Ética e Decoro Parlamentar. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/norma/561878>. Acesso em: 13 out. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 210.917*, rel. min. Sepúlveda Pertence, julgado em 12/8/1998.
- BRASIL. *Emenda Constitucional n. 35, de 20 de dezembro de 2001*. Dá nova redação ao art. 53 da Constituição Federal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc35.htm#:~:text=Os%20Deputados%20e%20Senadores%20s%C3%A3o,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal. Acesso em: 19 out. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 655*, rel. min. Maurício Correa, julgado em 1º/7/2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 1.958*, rel. min. Carlos Ayres Britto, julgado em 29/10/2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Habeas Corpus 82.555*, rel. min. Celso de Mello, julgado em 6/2/2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 1.905*, rel. min. Sepúlveda Pertence, julgado em 21/5/2004.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta 1.398*, rel. min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 27/3/2007.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta 11407*, rel. min. Carlos Ayres Brito, julgado em 16/10/2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 26.603*, rel. min. Celso de Mello, julgado em 4/10/2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 26.604*, rel. min. Cármen Lúcia, julgado em 4/10/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 232.057*, rel. min. Joaquim Barbosa, julgado em 14/10/2009.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo de Instrumento 2.055*, rel. min. Arnaldo Versiani, julgado em 23/10/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 3.590*. Primeira Turma. Rel. min. Marco Aurélio, julgado em 12/8/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 600.063*, rel. min. Marco Aurélio, redator p/ acórdão min. Roberto Barroso, julgado em 25/2/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 5.647*, rel. min. Roberto Barroso, julgado em 22/9/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 3.948*. Primeira Turma. Rel. min. Rosa Weber, julgado em 22/11/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 3.932*, rel. min. Luiz Fux, julgado em 21/6/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 5.243*, rel. min. Luiz Fux, julgado em 21/6/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 6.156*. Segunda Turma. Rel. min. Gilmar Mendes, julgado em 30/8/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 632.115*, rel. min. Luís Roberto Barroso, julgado em 22/6/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 5.705*. Primeira Turma. Rel. min. Luiz Fux, julgado em 13/10/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Petição 5.626*, rel. min. Celso de Mello, julgado em 14/12/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 8.674*, rel. min. Roberto Barroso, julgado em 22/3/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 9.165*, rel. min. Roberto Barroso, julgado em 22/3/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 9.456*, rel. min. Alexandre de Moraes, julgado em 21/6/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Petição 10.021*, rel. min. Dias Toffoli, julgado em 14/11/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 8.242*, rel. min. Celso de Mello, redator p/ acórdão min. Gilmar Mendes, julgado em 3/5/2022.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 8259*, rel. min. Celso de Mello, redator p/ acórdão min. Gilmar Mendes, julgado em 3/5/2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 8.262*, rel. min. Celso de Mello, redator p/ acórdão min. Gilmar Mendes, julgado em 3/5/2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 8.263*, rel. min. Celso de Mello, redator p/ acórdão min. Gilmar Mendes, julgado em 3/5/2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 8.267*, rel. min. Celso de Mello, redator p/ acórdão min. Gilmar Mendes, julgado em 3/5/2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 8.366*, rel. min. Celso de Mello, redator p/ acórdão min. Gilmar Mendes, julgado em 3/5/2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 10.081*, rel. min. Dias Toffoli, julgado em 25/9/2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Petição 10.001*, rel. min. Dias Toffoli, redator p/ acórdão min. Alexandre de Moraes, julgado em 6/6/2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Interno em Recurso Extraordinário com Agravo 1.422.919*. Primeira Turma. Rel. min. Cármen Lúcia, redator p/ acórdão min. Alexandre de Moraes, julgado em 13/5/2024.
- BUCCI, Eugenio. *Existe democracia sem verdade factual?* São Paulo: Estação das Letras, 2019.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Conselho de Ética e Decoro Parlamentar. 2024. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/eticae-decoro/atas/atas-de-reunioes-2024>. Acesso em: 28 out. 2024.
- CANADA. *Parliament of Canada Act*. 1985. Disponível em <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/p-1/page-1.html#h-389926>.
- CASTELLS, Manuel. *O poder da comunicação*. Trad. Vera Lúcia Joscelyne. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2019.
- ENGLAND. *English Bill of Rights 1689*. Disponível em https://avalon.law.yale.edu/17th_century/england.asp.
- EUROPEAN UNION. *Protocol (No 7) on the privileges and immunities of the European Union*. 2012. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/pro_7/oj.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

- HORTA, Raul Machado. Imunidades parlamentares. *Revista de Direito Público*. Ed. Especial 100 anos. v. iv. 2011. pp. 353-386.
- _____. *Direito constitucional*. 5 ed. rev. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte : Del Rey, 2010.
- LEVI, José. *Inviolabilidade Parlamentar*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2020.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLAT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro : Zahar, 2018.
- MACHADO, Diogo de Oliveira. *Relação entre disciplina e infidelidade partidária na Câmara dos Deputados*. 2012. Monografia (Especialização em Política e Representação Parlamentar) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados (Cefor), Brasília, DF, 2012.
- MARANHÃO, Jarbas. Partidos políticos e democracia. *Revista de Informação Legislativa – RIL*, v. 51, n. 201, jan.-mar., p. 245-249. 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MEYER-PLUFG. *Liberdade de expressão e discurso de ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 8 ed. São Paulo : Atlas, 2011.
- _____. Imunidades parlamentares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, jan.-mar., p. 45-64. 1998.
- _____. *Direito constitucional*. 19 ed. São Paulo : Atlas, 2006.
- NASCIMENTO, Roberta. Adeus imunidade parlamentar. *JOTA*. Coluna Defensor Legis. 2021. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/adeus-imunidade-parlamentar>. Acesso em: 1º nov. 2024.
- O GLOBO Economia. *Previdência: mesmo sob ameaça de expulsão, Tabata repete voto a favor da reforma*. 2019. Disponível em <https://oglobo.globo.com/economia/previdencia-mesmo-sob-ameaca-de-expulsao-tabata-repete-voto-favor-da-reforma-23859944>. Acesso em: 13 out. 2024.
- PIOVESAN, Flávia; GONÇALVES, Guilherme Figueiredo Leite. A imunidade parlamentar no Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 42, jan.-mar., p. 190-206. 2003.
- PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley and Los Angeles : University of California Press, 1972.

- PODER 360. *Alexandre Frota é expulso do PSL*. 2019. Disponível em <https://www.poder360.com.br/congresso/alexandre-frota-e-expulso-do-psl/>. Acesso em: 13 out. 2024.
- REALE, Miguel. Decoro parlamentar e cassação de mandato eletivo: liberdade do deputado no exercício do seu múnus político. *Revista de Direito Público*. Ed. Especial 100 anos. v. IV. 2011. pp. 307-316.
- RUSSOMANO, Rosah. Imunidades parlamentares. *Revista de Informação Legislativa – RIL*. a. 21. n. 81. jan.-mar., 1984. Pp. 243-258. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181510>. Acesso em 1º out. 2024.
- SANTOS, Miguel Angelo Ciavareli Nogueira dos. *Imunidades jurídicas*: penais, processuais, diplomáticas e parlamentares. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- SCHAFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos Santos. Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. *Revista de Informação Legislativa – RIL*. a. 52. n. 207. jul.-set., 2015. pp. 143-158. Disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p143. Acesso em: 28 out. 2024.
- SENADO FEDERAL. *Mapa Nacional de Violência de Gênero*. Observatório da Mulher contra a Violência do Senado Federal. 2024. Disponível em <https://www.senado.leg.br/institucional/datasenado/mapadaviolencia/>. Acesso em: 24 out. 2024.
- SENADO FEDERAL. Ata da Primeira Reunião Ordinária do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar realizada em 9 de julho de 2024. 2024a. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/conselhos/-/conselho/CEDP>. Acesso em: 28 out. 2024.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 3 ed. São Paulo : Malheiros, 2007.
- VERONESE, Osmar. *Inviolabilidade parlamentar*: do senador ao vereador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. *Lua Nova*, São Paulo, v. 67, p. 139-190. 2006.

IMUNIDADE PARLAMENTAR E IMUNIDADE TRIBUTÁRIA: A ADVOCACIA DO SENADO FEDERAL EM JUÍZO CONTRA VIOLAÇÕES DE PRERROGATIVAS DO LEGISLATIVO PELO FISCO

*Edvaldo Fernandes da Silva*¹

Introdução

A república ainda é um grande mal-entendido no Brasil.² No plano teórico e no plano normativo, estrutura-se a partir da instrumentalização dos poderes estatais à consecução da vontade geral e à progressiva institucionalização e otimização das liberdades públicas.

1 Doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília, mestre em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Advogado do Senado Federal.

2 “A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido.” (Hollanda, 1936, p. 122.)

Um dos melhores indicadores de república bem ajustada certamente é a igualdade em termos de distribuição de riqueza (Ansell; Samuels, 2014; Boix, 2003; Acemoglu; Robinson, 2006), oportunidades (Dahrendorf, 1959) e reconhecimento (Honneth, 1996) entre os cidadãos de determinada comunidade política estruturada para maximização das liberdades.

E vai-se dizer que à qualidade da república corresponde a efetividade dos direitos de cidadania, que pode ser mensurada pelos graus de perfeição do encaixe entre economia de mercado e política democrática plasmada na equivalência normativa e real entre os cidadãos, a assegurar um sopesamento ótimo entre liberdade e igualdade.

A premissa de Montesquieu de que a concentração de poder é incompatível com o regime de liberdades e igualdades republicanas³ é o cerne da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que culmina com a premissa de que “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (art. 16º).

Os direitos em questão subsomem-se, grosso modo, à tríade vida, liberdade e bens de John Locke, vértices da propriedade como expressão perfeita da dignidade dos cidadãos, iguais e independentes,⁴ como viriam a ser idealmente também os três poderes da república de Montesquieu.

O poder soberano, até então radicado e confinado em um único órgão, que legisla, governa e julga, começa a se cindir, desde os tempos do rei João Sem Terra da Inglaterra do século XIII, quando se diferencia na estrutura do Estado o embrião de parlamento, nos termos da Magna Carta de 1215, como titular da soberania legislativa e fiscalizatória, sobretudo para controlar as dimensões fiscal, financeira e orçamentária do governo.

Locke, que já chamara a atenção para a necessidade de se estabelecer um contrato social, de corte positivo, subsidiário do estado natural, para abordagem pedagógica e repressiva aos marginais da sociedade – os trapaceiros e briguen-

3 “(...) a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites.” (Montesquieu, 1995, p. 118.)

4 “O ‘estado de Natureza’ é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens (...)” (Locke, 1994, p. 84.)

tos – que violavam o direito natural de propriedade, antevê que a maior ameaça a esse bem jurídico não é nem esses agentes disfuncionais que, como raposas, podem arranhar o oponente, mas o estado de poder concentrado, que, assim como o leão, podem devorá-lo.⁵

Talvez dessa analogia derive a ideia de fisco como leão (Saiba, 2023),⁶ mas o fato é que o regime jurídico da propriedade, deduzido em boa medida do direito tributário, constitui a estrutura básica da república no que se projeta como resultante dos sistemas de *checks and balances* que regulam as tensões e as interações entre os poderes e os entes federativos e entre o público e o privado.

Levando às últimas consequências o conceito lockiano, teríamos que propriedade seria em si a equação perfeita entre liberdade e igualdade, a liberar ao máximo as energias produtivas possíveis de todo e qualquer cidadão do sistema político mediante a exponencialização da dignidade inerente à cidadania.

Pensamos ter demonstrado em trabalho anterior (Silva, 2015) os contornos e os mecanismos do processo de aperfeiçoamento, universalização e efetivação da cidadania como constructo que promove mutações no conceito, na normatividade e no *enforcement* da propriedade.

A cidadania, instituição nuclear da república, é o algarímo jurídico que

5 “93. Certamente, nas monarquias absolutas, assim como nas outras formas de governo do mundo, os súditos podem invocar a lei e solicitar juízes para a decisão de quaisquer controvérsias e a contenção de qualquer violência que pudesse ocorrer entre os próprios súditos, um contra o outro. Todos acham isso necessário e acreditam que aquele que tenta abolir este recurso merece ser considerado inimigo declarado da sociedade e da humanidade. (...). Eles admitem que devem existir critérios, leis e juízes entre os súditos, para lhes garantir a paz e a segurança mútua; mas quanto ao chefe, ele deve ser absoluto e está acima de todas as contingências; porque tem o poder de causar mais sofrimento e mais injustiça, e tem razão em se servir dele. Questionar como se pode estar protegido do agravo ou da injúria naquele lado onde se encontra a mão mais forte, é dar ouvidos à voz do faccioso e do rebelde. Como se, no dia em que os homens deixaram o estado de natureza para entrar na sociedade, tivessem concordado em ficar todos submissos à contenção das leis, exceto um, que ainda conservaria toda a liberdade do estado de natureza, ampliada pelo poder, e se tornaria desregrado devido à impunidade. Isto equivale a acreditar que os homens são tolos o bastante para se protegerem cuidadosamente contra os danos que podem sofrer por parte das doninhas ou das raposas, mas ficam contentes e tranquilos em serem devorados por leões. (...)” (Locke, 1994, p. 60.)

6 O leão como mascote da Receita Federal teria sido obra de pura inspiração publicitária, de acordo com a reportagem de Saiba (2023).

determina a função social da propriedade (Bardura; Benda; Maihofer; Vogel, 1995, p. 327-390) como critério e garantia de distribuição dos bens da vida a todos os membros da comunidade.

O processo de positivação e expansão da cidadania historicamente foi impulsionado por lutas configuradas na tensão entre capital e trabalho no contexto de ganhos de produtividade e crescimento econômico industrial e pós-industrial.

À medida que o capitalismo se desenvolvia, a cidadania se aperfeiçoava como instrumento de regulação jurídica da economia, de maneira que a guerra entre a estrutura de classes e o sistema de mercado culminou em simbiose em que a mitigação das desigualdades que informa a institucionalização da república resultou no incremento das classes médias e do consumo, que retroalimentou a produção, a produtividade e todo o sistema (Marshall, 1925; 1973).

No caso do Brasil, a persistente desigualdade social é desveladora das crises no processo de implantação do projeto republicano delineado na Constituição de 1988, que culmina com a crise da própria democracia (Nobre, 2022).

Dispositivo crucial para a regulação dessa simbiose entre cidadania e mercado é a tributação, que promove e redireciona parte das riquezas produzidas no mercado ao financiamento dos direitos que substanciam a cidadania, os quais inevitavelmente implicam custos financeiros (Holmes; Sunstein, 1999).

Se a democracia de base republicana, fundada na separação e na independência dos poderes, ética e normativamente preconiza a distribuição ótima dos bens da vida entre as agências da comunidade política, faticamente (Reale, 1960; 1994) se assenta em assimetrias resistentes, que tendem a se recrudescer e que deveriam, no caso do Brasil, estar mais bem reguladas no bojo do sistema tributário.

A tensão de interesses (Klein, 2001) entre o Estado (leão) e o cidadão que substancia o tributo e resolve a alocação da respectiva arrecadação é a mais óbvia a ser regulada pelo sistema de *checks and balances*, que fundamenta a república, e pela cidadania, a saber, a universalidade de direitos que configura a democracia.

A imunidade tributária, *stricto sensu*, constitui

(...) a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição da República, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas. (Carvalho, 2002, p. 178.)

Em sentido *lato*, pode-se definir a imunidade tributária como universo de normas constitucionais que delimitam os fatos da realidade material que não se sujeitam nem podem se sujeitar à tributação.

Nesse sentido, por um lado, a imunidade tributária é elemento essencial na definição do direito fundamental de propriedade e de sua função social.⁷ De outro lado, a imunidade tributária é condição *sine qua non* para distribuição isonômica do poder político estatal tanto em perspectiva vertical, consistindo em pilar do sistema federativo, como em perspectiva horizontal, configurando esteira institucional para ajustar a harmonia e a independência entre Legislativo, Executivo e Judiciário.

A imunidade parlamentar material é deduzida do *caput* do art. 53 da Constituição, que dispõe que “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”.

Já a imunidade parlamentar formal, e com o condão de garantir o funcionamento da atividade legislativa, articula-se a partir dos parágrafos do art. 53 da Constituição, que elenca, no âmbito do direito processual penal, exceções mitigadoras à persecução criminal relativamente aos membros do Congresso Nacional.

Em sentido amplo, a imunidade parlamentar compreende todas as prerrogativas de livre funcionamento asseguradas na Constituição, inclusive a imunidade tributária, porque, por meio da tributação das atividades legislativas, o Poder Executivo poderia conspurcá-las.

Neste artigo, a proposta é expor e analisar lançamento de Imposto de Renda das Pessoas Físicas (IRPF) em ajuda de custo paga a senadores da República e fazer um balanço parcial da atuação da Advocacia do Senado no caso.

Tenta-se demonstrar que 1) a Fazenda incorreu em excesso de tributação a desvelar a falta de aderência do fisco ao princípio da legalidade tributária, que impõe que atue com estrita vinculação ao direito de regência; e 2) que as garantias de direito tributário, inclusive o respectivo poder normativo e a prerrogativa de se defender em juízo por meio de advocacia própria, que asseguram o livre funcionamento do Poder Legislativo, são desconhecidas e/ou ignoradas pelo Poder Executivo.

7 Parece óbvio e irrefutável que o mínimo existencial se insira no escopo da imunidade tributária, ainda que essa garantia não esteja expressa na Constituição.

O estudo proposto pode eventualmente contribuir para o fortalecimento da democracia, da República e da cidadania por meio do desfazimento de mal-entendidos acerca das prerrogativas do Poder Legislativo.

Inicialmente, apresenta-se cronologia com os principais contornos e fatos da controvérsia. Em seguida, descrevem-se os desdobramentos de duas das ações judiciais sobre a questão e defende-se a prerrogativa da Mesa do Senado, senadores e ex-senadores de serem representados pela Advocacia do Senado Federal (ADVOSF) em processos judiciais relativos à matéria. Por fim, formula-se breve conclusão sobre o objeto do artigo.

1. Cronologia da tributação da ajuda de custo dos senadores

23 de janeiro de 1995

Publica-se, no Diário Oficial da União (Seção 1, p. 968), o Decreto Legislativo 7, de 19 de janeiro de 1995, para disciplinar a remuneração dos membros do Congresso Nacional e instituir (art. 3º⁸) ajuda de custo, a ser paga no início e no final previsto para a sessão legislativa, para lhes compensar “(...) despesas com transporte e outras imprescindíveis para o comparecimento (...)” a essa assembleia.

5 de julho de 1995

O então primeiro-secretário do Senado Federal, Odacir Soares, profere decisão⁹ a declarar a natureza indenizatória da ajuda de custo instituída pelo Decreto Legislativo 7, de 19 de janeiro de 1995, de modo a excluir a parcela da base de cálculo do Imposto de Renda das Pessoas Físicas.

Essa decisão balizou-se em peça de informação apresentada pelo presidente do Senado Federal ao Supremo Tribunal Federal para instruir o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.224.

8 Art. 3º É devida ao parlamentar, no início e no final previsto para a sessão legislativa, ajuda de custo equivalente ao valor da remuneração.

§ 1º A ajuda de custo destina-se à compensação de despesas com transporte e outras imprescindíveis para o comparecimento à sessão legislativa ordinária ou à sessão legislativa extraordinária convocadas na forma da Constituição Federal. (...)

9 Vide Processo Administrativo Sigad 008298/95-5.

4 de junho de 1999

Promulga-se a Emenda Constitucional (EC) 19, que, entre outras disposições, acrescenta no § 7º do art. 57 da Carta Política o seguinte excerto destacado:

Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, vedado o pagamento de parcela indenizatória em valor superior ao do subsídio mensal.

30 de janeiro de 2003

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal editam o Ato Conjunto 30 de 2003,¹⁰ de que se destaca o seguinte dispositivo:

Art. 3º É devida ao parlamentar, a título de indenização, no início e no final previsto para a sessão legislativa ordinária e extraordinária, ajuda de custo equivalente ao valor da remuneração.

§ 1º A ajuda de custo destina-se à compensação de despesas com transporte e outras imprescindíveis ao comparecimento à sessão legislativa ordinária ou à sessão legislativa extraordinária convocadas na forma da Constituição Federal.

§ 2º Perderá o direito à percepção da parcela final da ajuda de custo o parlamentar que não comparecer a pelo menos dois terços da sessão legislativa.

§ 3º O valor correspondente à ajuda de custo não será devido ao suplente reconvocato na mesma sessão legislativa. (Grifos nossos.)

18 de janeiro de 2006

O Congresso Nacional aprova o Decreto Legislativo 1, de 2006, que altera o *caput* e revoga o § 1º¹¹ do art. 3º do Decreto Legislativo 7, de 19 de janeiro de 1995, para vedar o pagamento de ajuda de custo ao parlamentar durante a sessão legislativa extraordinária.

10 Diário da Câmara dos Deputados. Suplemento A ao nº 8. Ano LVIII, Brasília, 2 fev. 2003, p. 3-6.

11 Art. 3º É devida ao parlamentar, no início e no final previstos para a sessão legislativa ordinária, ajuda de custo equivalente ao valor da remuneração, ficando vedado o seu pagamento na sessão legislativa extraordinária.

§ 1º (Revogado).

14 de fevereiro de 2006

Entra em vigor novo acréscimo (em destaque) na redação do § 7º do art. 57 da Constituição por força da EC 50/2006:

Na sessão legislativa extraordinária, o Congresso Nacional somente deliberará sobre a matéria para a qual foi convocado, ressalvada a hipótese do § 8º deste artigo,¹² *vedado o pagamento de parcela indenizatória, em razão da convocação.* (Grifo nosso.)

27 de agosto de 2008

O procurador-geral da Fazenda Nacional aprova o Parecer PGFN/PGA 1.888/2008, com a seguinte conclusão: “(...) não incide imposto de renda sobre o pagamento da parcela indenizatória devida aos parlamentares em face de convocação para sessão legislativa extraordinária”.

15 de setembro de 2008

Publica-se no Diário Oficial da União, nos termos do art. 5º do Decreto 2.346, de 10 de outubro de 1997, o despacho do ministro da Fazenda que aprova e torna vinculante o Parecer PGFN/PGA 1.888/2008.

22 de setembro de 2008

Edita-se o Ato Declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional 3, de 18 de setembro de 2008, que, nos termos do art. 19 da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002, autoriza o órgão de representação judicial do Fisco a não contestar ações, a não interpor recursos e a desistir dos recursos já interpostos em feitos judiciais em que a causa de pedir seja a incidência de Imposto de Renda das Pessoas Físicas sobre a ajuda de custo recebida em razão de sessão legislativa extraordinária.

8 de maio de 2012

A Divisão de Fiscalização da Delegacia da Receita Federal do Brasil (RFB) em Brasília, Distrito Federal, para instrução do Processo Administrativo Fiscal

12 A locução “ressalvada a hipótese do § 8º deste artigo”, acrescentada à redação do § 7º do art. 57 da Constituição da República pela Emenda 32, não tem relevância para a controvérsia em debate.

(MPF) 13355.725147/2012-80, notifica o Senado Federal a prestar esclarecimentos por suposto descumprimento de obrigação de reter Imposto de Renda das Pessoas Físicas (IRPF) sobre o montante pago aos senadores nos anos-calendário de 2007 a 2011 a título de ajuda de custo instituída pelo Decreto Legislativo 7, de 1995 (p. 3-4 do Processo Administrativo Fiscal 10469.728981/2012-51).

13 de junho de 2012

Em resposta à notificação, o Senado Federal presta esclarecimentos, por meio do Ofício 299/2012-PRESID. Ratifica-se o entendimento de que a parcela paga aos senadores a título de ajuda de custo não integra a base de cálculo do Imposto de Renda das Pessoas Físicas. Mesmo assim, a Receita Federal do Brasil passa a autuar diversos senadores por omissão de IRPF na ajuda de custo recebida nos anos-calendário de 2007 em diante.

26 de setembro de 2012

Publica-se no Diário do Senado Federal (p. 50334) o Ato da Comissão Diretora 14, de 25 de setembro de 2012, a dispor que

(...) o Senado Federal, na condição de responsável tributário, procederá ao pagamento do imposto de renda incidente sobre os valores percebidos pelos Senadores a título de ajuda de custo, referentes aos exercícios financeiros anteriores à edição do presente Ato, respeitada a prescrição quinquenal (...). (Art. 1º.)

20 de novembro de 2012

O Plenário do Senado Federal aprova a Resolução 58, de 2012, publicada no Diário Oficial da União de 22 de novembro de 2012 (Seção 1, p. 1), que ratifica o Ato da Comissão Diretora 14, de 25 de setembro de 2012, e dispõe que:

A ajuda de custo prevista no art. 3º do Decreto Legislativo nº 7, de 1995, passa a ser considerada como rendimento tributável, ressalvadas aquelas percebidas no início e no final do mandato. (Art. 2º.)

10 de dezembro de 2012

A 2ª Turma do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) adota a Súmula 87, com o seguinte enunciado:

O imposto de renda não incide sobre as verbas recebidas regularmente por parlamentares a título de auxílio de gabinete e hospedagem, exceto quando a fiscalização apurar a utilização dos recursos em benefício próprio não relacionado à atividade legislativa.

1º de março de 2013

O Congresso Nacional adota o Decreto Legislativo 210, de 2013, que determina que a ajuda de custo só será paga no início e no final do mandato. Essa regra foi ratificada pelo Decreto Legislativo 276, de 2014, que atualmente rege a matéria.

16 de julho de 2013

Nos autos do Processo 11516.001485/2007-40 e nos termos do Acórdão 2202-002.355 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, o CARF, por unanimidade, dá provimento ao Recurso Voluntário 171.640, aviado pela ex-senadora Ideli Salvatti, ao fundamento de que

O imposto de renda não incide sobre as verbas recebidas regularmente por parlamentares a título de auxílio de gabinete e hospedagem, exceto quando a fiscalização apurar a utilização dos recursos em benefício próprio não relacionado à atividade legislativa. (Súmula CARF 87.)

2. A Advocacia do Senado Federal em juízo contra a incidência de IR na ajuda de custo

Como se procurou apresentar na seção anterior, não incide imposto de renda sobre a ajuda de custo na medida em que esta é integralmente vinculada ao custeio dos serviços que configuram a atividade parlamentar do senador e da senadora.

Se a verba for utilizada em desvio de finalidade e se convolar em rendimento do parlamentar, aí sim incidiria sobre o montante o imposto de renda. Contudo, da presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos que lastreiam o repasse, quanto à utilização e o controle de legalidade da ajuda de custo no âmbito do Senado Federal, decorre o ônus da Fazenda de produzir prova idônea de eventual desnaturação.

Em defesa dessa perspectiva, a Advocacia do Senado Federal ajuizou ações em face de lançamentos tributários adotados pela Receita Federal do Brasil. Passo a descrever sucintamente duas delas.

2.1 *Primeiro caso*

Em 12 de julho de 2019, a ADVOSF ajuizou a Ação 1011448-67.2019.4.01.3800¹³ na Justiça Federal de Belo Horizonte, Minas Gerais, em nome da Mesa do Senado Federal e de parlamentar, com pretensão de anular lançamentos constitutivos de crédito tributário e acessórios fundados na tese de incidência de Imposto de Renda sobre ajuda de custo, com pedido de tutela provisória para anular ou sobrestar as exações.

O Juízo da 16ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária de Minas Gerais deferiu, em 16 de julho de 2024, liminar assentada nos seguintes fundamentos e dispositivo:

No caso, há que se ressaltar duas questões que, em princípio, imprimem à hipótese a necessária verossimilhança do alegado, e, com isso, permitem o deferimento do pleito de urgência.

VI

A primeira é relativa à Súmula nº 87 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, que excepciona do imposto de renda as verbas recebidas regularmente por parlamentares a título de auxílio de gabinete e hospedagem, exceto quando apurada utilização de recursos em benefício próprio e não relacionado à atividade legislativa, verbete ao qual o Ministro da Fazenda atribuiu efeito vinculante, por intermédio da Portaria MF nº 277, publicada no Diário Oficial da União de 8/6/2018, e nos termos do comando contido no art. 87, parágrafo único, incisos I e II; e inc. XII do art. 4º da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (LC 73/1993), que, por seu turno, resultou no Parecer PGFN/PGA nº 1888/2008.

O efeito vinculante atribuído às súmulas torna sua observância obrigatória pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e Secretaria Especial da Receita Federal

13 Petição inicial: id. 274935617.

do Brasil repercutindo, assim, em todos os processos que tratam do mesmo tema. A medida visa contribuir para a segurança jurídica na área tributária, assegurando a imparcialidade e celeridade na solução dos litígios.

Por outro lado, observa-se pelo teor de julgados do CARF acostados à inicial, que outros Senadores da República, em situação idêntica à do Ex-Senador demandante, obtiveram êxito em suas pretensões, por aplicação da citada Súmula 87.

Nesse contexto, não parece razoável que a Administração Tributária deixe de observar o mencionado comando, ou que somente o aplique àqueles recursos que cheguem ao CARF, deixando de aplicá-lo em situações equivalentes nas instâncias inferiores, sob pena de maus-tratos ao princípio constitucional da eficiência, e aos princípios legais da finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, interesse público, aos quais o Administrador, inclusive na seara tributária está jungido, atrelado, concatenado. Caso contrário, a hipótese se enquadraria no indesejável *venire contra factum proprium*.

VII

A segunda questão diz respeito aos recolhimentos levado a efeito pelo Senado Federal. Sem comprometimento do Juízo com a tese de que a vergastada cobrança teria sido acobertada pela decadência/prescrição, verifico que, por força de determinação do disposto no Ato da Comissão Diretora nº 14, de 25/9/2012 c/c Resolução do Senado Federal nº 58, de 20/11/2012, o Senado Federal recolheu valores alusivos à questionada autuação [IDs 69363048 – Págs. 1 a 8], tendo sido formulado pedido de repetição do indébito de tais valores, questionados na presente demanda.

Ante o exposto, defiro o pedido de tutela provisória de urgência para, até ulterior deliberação deste juízo, determinar a suspensão de exigibilidade (CTN, art. 151, inc. v) dos valores cobrados pela demandada a título de IRPF (...) relacionados a ajudas de custo recebidas no exercício do mandato legislativo referido na inicial. (...). (id. 274935645).

Em contestação, a Procuradoria da Fazenda Nacional (PFN) argumentou que

(...) a denominação dada a determinada verba não define necessariamente a sua natureza. Além disso, um ato normativo da Mesa da Câmara manifestando o entendimento de que determinada verba teria natureza indenizatória não tem

o condão de afastar a tributação nos termos da legislação pertinente, devendo a Autoridade Fiscal competente cumprir as regras estabelecidas em lei.

(...). (id. 274935651, p. 3).

Além disso, asseverou a PFN na contestação que a “ajuda de custo”, quando não comprovada a reposição de gastos, assume o caráter de renda, uma vez que representa, de fato, acréscimo patrimonial.

As teses da PFN foram rejeitadas na sentença que julgou o caso em 8 de abril de 2022, nos seguintes termos:

II – FUNDAMENTAÇÃO

A cobrança não está atingida pela decadência quinquenal. Referindo-se a pagamentos efetuados pelo Senado ao primeiro autor nos anos-calendário 2007 a 2010, o Fisco lançou o Auto de Infração em 2012, portanto antes dos cinco anos posteriores aos anos-exercício (2008 a 2011). Portanto, o crédito impugnado não foi atingido pela decadência.

Quanto ao mérito, está bem circunstanciado que a cobrança se refere a ajuda de custo recebida por parlamentar paga no início ou no final de sessões legislativas ordinárias ou extraordinárias. A esse respeito, a administração fazendária uniformizou seu entendimento ainda no ano de 2012, quando finalizado o processo de lançamento que resultou na cobrança aqui questionada. Consolidou-se que “o imposto de renda não incide sobre as verbas recebidas regularmente por parlamentares a título de auxílio de gabinete e hospedagem, exceto quando a fiscalização apurar a utilização dos recursos em benefício próprio não relacionado à atividade legislativa” (Súmula 87-CARF).

Tal Súmula excepciona do imposto de renda as verbas recebidas regularmente por parlamentares a título de auxílio de gabinete e hospedagem, exceto quando apurada utilização de recursos em benefício próprio e não relacionado à atividade legislativa, verbete ao qual o Ministro da Fazenda atribuiu efeito vinculante nos termos da Portaria MF nº 277, publicada no Diário Oficial da União de 8/6/2018, e nos termos do comando contido no art. 87, parágrafo único, incisos I e II; e inc. XII do art. 4º da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (LC 73/1993), que, por seu turno, resultou no Parecer PGFN/PGA nº 1888/2008.

O efeito vinculante atribuído às súmulas torna sua observância obrigatória pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e Secretaria Especial da Receita Federal

do Brasil repercutindo, assim, em todos os processos que tratam do mesmo tema. A medida visa contribuir para a segurança jurídica na área tributária, assegurando a imparcialidade e celeridade na solução dos litígios.

Por outro lado, observa-se pelo teor de julgados do CARF acostados à inicial, que outros senadores da República, em situação idêntica à do ex-senador demandante, obtiveram êxito em suas pretensões, por aplicação da citada Súmula 87.

Nesse contexto, não me parece razoável que a administração fazendária deixe de observar o mencionado comando, ou que somente o aplique àqueles recursos que cheguem ao CARF, e se omita de fazê-lo em situações equivalentes nas instâncias inferiores.

O STJ, por sua vez, mesmo antes do julgamento da autuação do primeiro autor, já explicitava o caráter indenizatório do pagamento da verba denominada “ajuda de custo”:

TRIBUTÁRIO. AJUDA DE CUSTO. IMPOSTO DE RENDA. VERBAS RECEBIDAS POR PARLAMENTAR. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. 1. Não incide Imposto de Renda sobre as verbas recebidas por parlamentar correspondentes à ajuda de custo, objetivando cobrir despesas com a administração de seu próprio gabinete. Precedentes do STJ. 2. Agravo Regimental não provido.

(AGRESP 200800604783, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, 2/12/2008, DJE 13/03/2009)

(...).

Assim sendo, nada mais há a acrescentar aos fundamentos acima, que tomo como razões de decidir.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos para: (I) declarar a não incidência de IRPF sobre a ajuda de custo paga ao autor (...) no início ou no final de sessões legislativas ordinárias ou extraordinárias; (II) anular o auto de infração extraído do P.A.10680-725.439/2012-32) lavrado (...) por suposta omissão de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física sobre ajuda de custo recebida nos anos-calendário de 2007 a 2010; (III) declarar a inexigibilidade de qualquer quantia ali apurada, inclusive multa de ofício de 75%; e (IV) reconhecer ao Senado Federal o direito à repetição dos valores indevidamente repassados a esse título, com a devida correção monetária e juros, de todos os valores recolhidos, tanto por força do lançamento impugnado quanto por meio do depósito prévio realizado em garantia.

Condeno a União ao pagamento de honorários advocatícios incidentes sobre o valor a ser restituído, fixados em 10% sobre o valor até 200 salários mínimos e 8% sobre o proveito econômico excedente a 200 e inferior a 2.000 salários mínimos (art. 85, § 2º, I e II, do CPC).

(...). (id. 274935678).

A Fazenda Nacional aviou apelação ante a sentença, insistindo nas mesmas teses articuladas na contestação. O recurso pende de julgamento perante a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 6ª Região (TRF6).

2.2 *Segundo caso*

A segunda ação que se pretende sucintamente comentar foi ajuizada pela ADVOSF em 31 de julho de 2019 em nome da Mesa do Senado Federal e de parlamentar na Justiça Federal de Natal, no Rio Grande do Norte, com contornos bem semelhantes aos do primeiro caso reportado.

O processo tramita em segredo de justiça e, dada essa circunstância, limita-se a relatar que a liminar foi indeferida e que o juízo do feito impôs aos autores o ônus de provar que os valores repassados pelo Senado Federal ao parlamentar a título de ajuda de custo foram empregados na atividade legislativa.

Contra essas decisões, proferidas pela 4ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, a ADVOSF aviou, respectivamente, dois agravos de instrumento junto ao TRF da 5ª Região (TRF5), distribuídos à Primeira Turma.

Ambos foram providos; o primeiro, transitado em julgado, após inadmissibilidade de recurso especial interposto pela União, determinou caber à Fazenda Nacional o ônus da prova do disvirtuamento da utilização da ajuda de custo.

O segundo agravo de instrumento foi provido para deferir liminar para suspender a exigibilidade do crédito tributário. Posteriormente, a Primeira Turma do TRF5 deu provimento a embargos de declaração opostos pela PFN para anular o acórdão anterior, à alegação de que não tivera acesso à inicial do agravo de instrumento, à decisão agravada e aos demais documentos necessários à defesa da União. Novo julgamento desse segundo agravo até o momento não ocorreu.

O processo parecia solucionado, com a imposição definitiva à Fazenda

Nacional do invencível ônus de sucumbência quanto ao desvio de finalidade ensejador de Imposto de Renda das Pessoas Físicas e com o encaminhamento de liminar para sustar os efeitos dos lançamentos impugnados.

Contudo, em 8 de agosto de 2024, o Juízo da 4ª Vara Federal do Rio Grande do Norte proferiu decisão a denegar a representação judicial da Mesa do Senado e do ex-senador em litisconsócio.

O magistrado que preside a causa asseverou que a controvérsia não tangencia prerrogativas do Senado Federal ou do Congresso Nacional nem atribuições de senador que justifiquem a atuação da ADVOSF no processo.

A Advocacia do Senado Federal aviou dois agravos de instrumento ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, um em nome da Mesa, outro do ex-senador. O relator indeferiu efeito suspensivo aos recursos por entender que a anulação de débito fiscal lançado a título de imposto de renda, objeto da ação, não interfere no exercício de prerrogativas institucionais e que a representação da União, pela AGU, tem sede em norma constitucional (*caput* do art. 131), ao passo que a atuação da ADVOSF se fundamenta em “previsão legal” (art. 205, *caput*, do RASF).

Nas duas próximas seções, analisamos a juridicidade da representação judicial da Mesa do Senado e de senadores pela ADVOSF em defesa da perspectiva da Câmara Alta do Congresso Nacional relativamente à não incidência de Imposto de Renda das Pessoas Físicas na ajuda de custo devida aos referidos parlamentares no exercício do mandato e a constitucionalidade do decreto e da resolução que positivaram o regime jurídico para deslindamento da crise.

3. A representação judicial da Mesa do Senado e de senadores pela ADVOSF na espécie

Os TRFs da 5ª e da 6ª Região, ainda que implicitamente, reconheceram nos dois casos reportados acima a juridicidade da representação da Mesa do Senado Federal e de ex-senadores pela ADVOSF.

O presidente do Senado Federal, senador Rodrigo Pacheco, aprovou, em 4 de março de 2024, o Parecer 94/2024-NPJUD-ADVOSF e o Parecer 139/2024-NPJUD/ADVOSF, imantados de força declaratória e normativa, a firmar, respectivamente, a representação judicial de ex-senadores da República e a representação exclusiva da Mesa do Senado Federal pela ADVOSF em processos judiciais em defesa da

não incidência de Imposto de Renda das Pessoas Físicas sobre ajuda de custo paga a senadores.

A questão substancia abuso do Poder Executivo da União na pretensão de tributar o custeio da atividade parlamentar, em detrimento da regra de imunidade da alínea *a* do inciso VI do art. 150 da Constituição da República, que é esteio da independência dos poderes e do princípio federativo, cláusulas pétreas da Carta Política de 1988.

Como já referido na cronologia acima, na forma do Ato Conjunto 30, de 2003,¹⁴ das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, estabeleceu-se o regime jurídico da ajuda de custo e assentou-se expressamente a natureza indenizatória da parcela.

Essa classificação, a rigor, é desnecessária, uma vez que bastaria estipular que a ajuda de custo é vinculada ao custeio da atividade legislativa para se afastar de forma peremptória a incidência de tributação relativamente à parcela, por força da imunidade tributária.

O interesse e a legitimidade de senadores e ex-senadores alcançados pela exação de defender a não incidência de imposto de renda sobre a ajuda de custo é até intuitivo, uma vez que, a se estabelecer a tributação, seriam alçados à condição de contribuintes.

Já o interesse e a legitimidade da Mesa, em raciocínio mais ortodoxo, dependeriam de se configurar a condição desta como responsável tributário relativamente à exação. Entretanto, como indicado na introdução, não está em questão uma relação ordinária de direito tributário, mas um genuíno conflito de interesses com gravíssimas repercussões políticas, já que a tributação da ajuda de custo, destinada ao custeio da atividade legislativa, infirma o funcionamento parlamentar e desequilibra a balança dos poderes republicanos.

A constatação da legitimidade e do interesse da Mesa do Senado para judicializar a questão, por si só, já resulta na competência da ADVOSF para representá-la nessa empreitada, nos termos do inciso XIII do art. 52¹⁵ da Constituição

14 Diário da Câmara dos Deputados. Suplemento A ao nº 8. Ano LVIII, Brasília, 2 fev. 2003, pp. 3-6.

15 Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

XIII – dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou

da República, combinado com o art. 205 do Regulamento Administrativo do Senado Federal (RASf):

Art. 205. À Advocacia do Senado Federal, órgão de assessoramento superior do Senado Federal, compete prestar consultoria e assessoramento jurídicos à Mesa, à Comissão Diretora, à Procuradoria Parlamentar, à Corregedoria Parlamentar, à Secretaria-Geral da Mesa; à Diretoria-Geral e demais órgãos da estrutura administrativa da Casa; opinar sobre minutas de atos e contratos administrativos a serem firmados pelo Senado Federal ou suas unidades; aprovar minutas-padrão; propor à Comissão Diretora a criação, alteração ou revogação de enunciados normativos; *atuar em juízo na defesa das prerrogativas do Senado Federal e do Congresso Nacional, neste caso mediante autorização específica, asseguradas as garantias profissionais conferidas aos advogados públicos pela Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, e legislação correlata aplicável ao serviço público federal; (...).* (Grifos nossos.)

Elidir a prerrogativa de representação judicial da Mesa do Senado Federal e de seus membros em controvérsia acerca dos graus e da possibilidade de incidência da tributação em recursos financeiros é ferir de morte o princípio da independência e da separação dos Poderes, porque tal equívoco desarticulária por completo o sistema de *checks and balances* que alicerça a República e o regime de garantias e direitos que lhe é inerente.

Não se pode aplicar na espécie a *Teoria do Fisco*, de que se depreende que a pessoa da União é uma totalidade a qual seria representada judicialmente pela Advocacia-Geral da União (AGU), porque não está em questão controvérsia meramente material, como preconizado nesse constructo, mas o adequado equilíbrio entre poderes da República.

Como já restou incontroverso desde os tempos de Max Weber, a base de sustentação de toda e qualquer instituição é eminentemente econômica, e a independência do Senado Federal e dos seus membros é função do regime jurídico de financiamento de suas atividades.

extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (...).

Tanto a decisão do Juízo da 4ª Vara Federal de Natal como a decisão monocrática do TRF5 fundamentam-se na perspectiva de que a controvérsia gira em torno da relação jurídico-tributária comum configurada, *grosso modo*, pela resistência do contribuinte ante a constituição e cobrança de imposto de renda.

Se, de fato, a lide se subsumisse ao interesse privado do ex-senador de não ser tributado, e se o Senado Federal não ostentasse qualquer interesse processual na espécie, por figurar como mero órgão de execução no papel de responsável tributário, de fato seriam nulas as margens de competência da ADVOSF para judicializar o feito e representar o polo ativo da demanda até uma solução jurisdicional definitiva.

Entretanto, assim como os demais órgãos de soberania gozam de independência para organizar e normatizar o financiamento de seu funcionamento conforme as balizas da lei e da Constituição, o Poder Legislativo também desfruta dessa prerrogativa, *ex vi* do art. 2º,¹⁶ do inciso VII do art. 49¹⁷ e do inciso III do art. 52¹⁸ da Constituição.

Como reportamos na cronologia acima (seção 1), a ajuda de custo devida, a título de indenização, a senadores e deputados federais foi instituída nos termos do art. 3º do Decreto Legislativo 7, de 19 de janeiro de 1995, editado conforme o disposto no inciso VII do art. 49 da Constituição.

Como verba recebida *para* e não *pela* atividade parlamentar, a ajuda de custo não configurou rendimento do membro do Poder Legislativo, mas recurso para custeio do mandato, insuscetível, portanto, de incidência de imposto de renda.

Para que os respectivos valores se subsumissem ao IRPF, seria necessário, nos termos da Súmula 87 do CARF, que a Receita Federal do Brasil comprovasse

16 Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

17 Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...)

VII – fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (...).

18 Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...)

XIII – dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (...).

que o parlamentar se apropriara da verba como rendimento, incorrendo em desvio de finalidade.

A outra única solução possível para converter o recebimento de ajuda de custo em fato gerador do imposto de renda seria considerar inconstitucional o art. 3º do Decreto Legislativo 7, de 19 de janeiro de 1995, e a Súmula 87 do CARF, por meio de jurisdição concentrada ou, com observância da Súmula Vinculante 10 do STF no caso de deliberação no âmbito dos tribunais, por meio de jurisdição difusa.

Uma vez que não há nenhuma declaração de inconstitucionalidade a elidir a validade do art. 3º do Decreto Legislativo 7, de 19 de janeiro de 1995, e da Súmula 87, do CARF, a incidência de imposto de renda sobre ajuda de custo é juridicamente impossível.

O interesse da Mesa na judicialização da questão e de seu deslindamento conforme à Constituição e à legislação federal aplicável é autoevidente, porque a atuação do Poder Executivo por meio da Receita Federal do Brasil e da AGU, esta representada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, é deletéria à competência do Senado Federal, à luz do inciso VII do art. 49 e do inciso III do art. 52¹⁹ da Constituição.

Na medida em que o Poder Executivo, mediante a Receita Federal do Brasil e a AGU, ajusta a incidência de imposto de renda na ajuda de custo, elide a definição de subsídio dos parlamentares e de custeio do mandato, normatizada pelo Poder Legislativo, e promove confusão entre as dotações.

E isso sem contar o fato de que o Senado Federal, por meio de sua Resolução 58, de 2012, publicada no Diário Oficial da União de 22 de novembro de 2012 (Seção 1, p. 1), determinou o recolhimento de valores relativos ao controvertido imposto de renda e tem ostensivo interesse na repetição dessas quantias mediante a anulação das respectivas autuações.

Além disso, o Senado Federal tem legítimo interesse em afirmar e confirmar perante o Poder Judiciário todos os atos administrativos praticados internamente

19 Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...)

XIII – dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (...).

em linha de execução do art. 3º do Decreto Legislativo 7, de 19 de janeiro de 1995, e demais normas do Congresso Nacional que conformaram o regime jurídico da ajuda de custo.

O interesse do ex-senador da República na causa é incontroverso, já que os tributos e acessórios controvertidos na ação foram lançados contra ele. O que o Juízo da 4ª Vara Federal de Natal polemiza é a representação do ex-parlamentar no processo.

É possível, porém, divisar claramente que o ex-senador é parte legítima, como mero contribuinte e sob a óptica puramente patrimonial, em anular as autuações impugnadas. E, como órgão legislativo ou ex-parlamentar, tem interesse processual em resistir institucionalmente à tributação em detrimento de seu subsídio contraprestacional ao exercício do mandato e de se opor à subtração da ajuda de custo como parte dos recursos recebidos legitimamente para custeio dos serviços de representação política que lhe foram cometidos.

Então, a controvérsia não configura lide de simples pretensão de particular resistida pelo Fisco, mas genuíno conflito de conteúdo institucional, de maneira que se legitima a representação tanto da Mesa como do ex-senador.

No caso, o interesse da Mesa e a legitimidade de sua representação pela ADVOSF são interdependentes. Se a Mesa tem interesse na causa, a juridicidade de sua representação exclusivamente pela Advocacia do Senado é automática.

A AGU sequer pode representar esse interesse, a uma, porque compete à PGFN “representar a União nas causas de natureza fiscal”, *ex vi* do inciso VII do art. 12 da Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993 (LC 73/1993), e, a duas, porque a PGFN não figura na lide e no polo passivo.

Tem-se que, uma vez acertada a posição do Fisco nos termos dos lançamentos impugnados, só há margem à PGFN na ação judicial decorrente para defender esse *approach* ou para reconhecer a procedência do pedido da parte *ex adversa*, jamais para manifestar esquizofrenia.

O principal argumento esgrimido na referida decisão do TRF5, no sentido de que a representação da União pela AGU tem envergadura constitucional, ao passo que a competência da concorrente da Advocacia tem índole legal, é, com o devido respeito, inidôneo e equivocado.

Como referimos, a LC 73/1993, que regulamenta a Constituição quanto à distribuição de atribuições aos órgãos da AGU, defere exclusivamente à PGFN a atuação judicial em matéria fiscal (inciso VII do art. 12 da LC 73/1993).

Além disso, a própria Constituição excepciona a representação da União pela AGU, no que reserva exclusivamente à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal que normatizem autonomamente os respectivos “organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços” (inciso XIII do art. 51 e inciso XIII do art. 52).

O ato normativo com *status* de lei que regulamenta o inciso XIII do art. 52 da Constituição no que tange à organização e ao funcionamento da representação judicial do Senado Federal são os arts. 31, 80 e 205²⁰ do Regulamento Administrativo do Senado Federal (RASf), instituído pela Resolução do Senado Federal 58, 10 de novembro de 1972, com última consolidação nos termos da Resolução 6, de 2024.

E não há hierarquia entre as disposições concorrentes da LC 73/1993 e do RASf, de maneira que aparentes conflitos se solucionam pelo critério da especialidade e da repartição material, como, *mutatis mutandis*, decidiu o Supremo Tribunal Federal em precedente assim ementado:

EMENTA: Contribuição social sobre o faturamento – COFINS (CF, art. 195, I). 2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade. 3. *Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais.* Precedentes. 4. A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5. Recurso extraordinário conhecido mas negado provimento.

(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral 377.457, rel. min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 17/9/2008, p. DJe 19/12/2008, grifos nossos.)

Na decisão, o TRF1 não problematizou a categorização como lei federal de

20 “À Advocacia do Senado Federal, órgão de assessoramento superior do Senado Federal, compete (...) atuar em juízo na defesa das prerrogativas do Senado Federal e do Congresso Nacional, neste caso mediante autorização específica, asseguradas as garantias profissionais conferidas aos advogados públicos pela Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, e legislação correlata aplicável ao serviço público federal (...).”

resoluções do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e os decretos do Congresso Nacional, mas esse enquadramento, que inclusive tem relevância na determinação do escopo do controle hermenêutico do Direito federal mediante recurso especial, até então pacífico no Superior Tribunal de Justiça, tornou-se controverso na jurisprudência do Tribunal da Cidadania mais recentemente, como mostramos alhures (Barbosa; Silva, 2023).²¹

No mais, a constitucionalidade da representação judicial da Mesa e de outros órgãos do Senado e do Congresso Nacional pela ADVOSF está bem resolvida na jurisprudência do STF, como denota precedente assim ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA Nº 9, DE 12.12.96. LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. CRIAÇÃO DE PROCURADORIA GERAL PARA CONSULTORIA, ASSESSORAMENTO JURÍDICO E REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA CÂMARA LEGISLATIVA. PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE INICIATIVA E DE OFENSA AO ART. 132 DA CF. 1. Reconhecimento da legitimidade ativa da Associação autora devido ao tratamento constitucional específico conferido às atividades desempenhadas pelos Procuradores de Estado e do Distrito Federal. Precedentes: ADI 159, Rel. Min. Octavio Gallotti e ADI 809, Rel. Min. Marco Aurélio. 2. A estruturação da Procuradoria do Poder Legislativo distrital está, inegavelmente, na esfera de competência privativa da Câmara Legislativa do DF. Inconsistência da alegação de vício formal por usurpação de iniciativa do Governador. 3. A Procuradoria Geral do Distrito Federal é a responsável pelo desempenho da atividade jurídica consultiva e contenciosa exercida na defesa dos interesses da pessoa jurídica de direito público Distrito Federal. 4. Não obstante, *a jurisprudência desta Corte reconhece a ocorrência de situações em que o Poder Legislativo necessite praticar em juízo, em nome próprio, uma série de atos processuais na defesa de sua autonomia e independência frente aos demais Poderes, nada impedindo que assim o faça por meio de um setor pertencente a sua estrutura administrativa*, também responsável pela consultoria e assessoramento jurídico de seus demais órgãos. Precedentes: ADI 175, DJ 08.10.93 e ADI 825, DJ 01.02.93. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente.

21 Remetemos o leitor ao artigo sobre essa questão, que receberá tratamento mais consequente e aprofundado em capítulo desta obra.

(STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.557, rel. min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, p. DJ 18/6/2004, grifos nossos.)

Por fim, o princípio *Kompetenz-Kompetenz* favorece a prerrogativa do Senado Federal, em situação litigiosa com o Poder Executivo, de definir que independência foi violada no caso concreto e atribuir a representação de sua perspectiva no respectivo processo judicial à ADVOSF. Esses aparentes pressupostos e condições processuais configuram matéria de mérito, que só podem ser deliberados pelo juízo competente na sentença de mérito, sob pena de se violar o disposto nos incisos xxxv, LIV e LV do art. 5º²² da Constituição.

Por outro lado, a interpretação das normas que resultam na legitimidade da Mesa e na juridicidade de sua representação judicial por meio da ADVOSF é constructo gravado de incolumidade por constituir matéria *interna corporis*; insuscetível, portanto, de controle jurisdicional, nos termos do Tema de Repercussão Geral 1.120:

EMENTA Repercussão geral. Tema nº 1.120 da sistemática de repercussão geral. Constitucional. Penal. Utilização de arma branca no roubo majorado (art. 157, § 2º, inciso I, do CP). Exclusão da causa de aumento decorrente da revogação promovida pelo art. 4º da Lei nº 13.654/2018. Declaração incidental de inconstitucionalidade formal do artigo em tela pelo Órgão Especial do TJDF, com fundamento na interpretação do art. 91 do Regimento Interno do Senado Federal. Suposta ofensa à interpretação e ao alcance das normas meramente regimentais das Casas Legislativas. Ausente demonstração de afronta às normas pertinentes ao processo legislativo previstas nos arts. 59 a 69 da Constituição Federal. Impossibilidade de controle jurisdicional, por se tratar de matéria *interna corporis*. Precedentes. Recurso ao qual se dá provimento, cassando-se o acórdão recorrido na parte em que nele se reconheceu como inconstitucional o art. 4º da Lei nº 13.654/2018, a fim de que o Tribunal de origem recalcule a dosimetria da pena imposta ao réu.

22 Art. 5º (...).

xxxv – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Fixação da seguinte tese: “Em respeito ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal, quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais pertinentes ao processo legislativo, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação do sentido e do alcance de normas meramente regimentais das Casas Legislativas, por se tratar de matéria *interna corporis*.”

(STF. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral 1.297.884, rel. min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, p. DJe-155, 4/8/2021.)

Conclusão

As autuações perpetradas contra senadores pela Receita Federal do Brasil lastreadas na incidência de Imposto de Renda das Pessoas Físicas (IRPF) na ajuda de custo destinada ao custeio da atividade parlamentar configuram violação do regime jurídico do imposto de renda e transgressão de garantias do pleno funcionamento do Poder Legislativo, inclusive no que tange à imunidade tributária.

Tanto os senadores como a Mesa do Senado Federal têm interesse e legitimidade para articular em juízo, por meio da ADVOSF, defesa em face das investidas do Poder Executivo para tributar recursos inerentes ao financiamento da atividade legislativa, que violam o princípio republicano, a separação e a independência dos poderes e todo o sistema de *checks and balances*, que configuram garantias institucionais da cidadania e da democracia substantiva.

As crises e más compreensões reportadas neste artigo denotam que o regime jurídico-constitucional de imunidades e de autonomia²³ *stricto sensu* do Senado Federal e o desenvolvimento institucional de sua advocacia natural, a ADVOSF, como garantia fundamental de sua independência *ad iurisdictionem*, desafiam o aperfeiçoamento da Constituição e da respectiva legislação regulamentadora, inclusive com ajustamentos no texto da Lei Complementar 73, de

23 Utilizo aqui o vocábulo em seu sentido matricial, radicado no grego antigo αὐτονομία, que é a junção de αὐτο, “de si mesmo”, e νόμος, “lei”, que se refere à prerrogativa de se governar por leis próprias, autônomas.

1993. A propósito, tem-se a Proposta de Emenda à Constituição 214, de 2003, já aprovada pelo Senado Federal e em tramitação na Câmara dos Deputados, que constitucionaliza a ADVOSF, cuja promulgação seria um passo importante nesse sentido.

Referências

- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Economic origins of dictatorship and democracy*. Nova York, NY: Cambridge University Press, 2006.
- ANSELL, Ben. W, SAMUELS, David. J. *Inequality and democratization: an elite-competition approach*. Nova York: Cambridge University Press, 2014.
- BADURA, Peter. Eigentum. In: BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans Jochen (Hrsg.): *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Teil 1. Berlin; New York: de Gruyter, 1995.
- BARBOSA, Cláudio; SILVA, Edvaldo Fernandes. Resoluções do Senado e o conceito de lei federal para cabimento de recurso especial. *Jota*, 24/7/2023.
- BOIX, Carles. *Democracy and redistribution*. Nova York: Cambridge University Press, 2003.
- DAHRENDORF, R. *Class and class conflict in industrial society*. California: Stanford University Press, 1959.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- HOLLANDA, Sérgio Buarque de Holanda. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1936.
- HONNETH, Axel. *The struggle for recognition: the moral grammar of social conflicts*. Cambridge (Massachusetts, EUA), MIT Press, 1996.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York and London: W. M. Norton, 1999.
- KLEIN, Karl, ed. *Timon of Athens*. The New Cambridge Shakespeare. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Introd. J.W. Gough. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

- MARSHALL A. The future of the working classes. In PIGOU, A. C. (ed). *Memorials of Alfred Marshall*. London: Macmillan, 1925 [1873], p. 101-118.
- MARSHALL, Thomas Humphrey. Citizenship and social class. In: MARSHALL, Thomas Humphrey. *Class, citizenship and social development*. Westport: Greenwood Press, 1973.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
- NOBRE, Marcos. *Limites da democracia*: de junho de 2013 ao governo Bolsonaro. São Paulo: Todavia, 2022.
- REALE, Miguel. Fundamentos da concepção tridimensional do direito. *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. x, fasc. iv, out.-dez. 1960.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SAIBA por que o leão é símbolo do Imposto de Renda. *Poder360*, 12/4/2023. Disponível em <https://www.poder360.com.br/poder-empresendedor/saiba-porque-o-leao-e-simbolo-do-imposto-de-renda/>. Acesso em: 24 ago. 2024.
- SILVA, Edvaldo Fernandes da. Fundamentos do Compromisso Interclasses na Sociedade Moderna: análise da determinação recíproca entre capitalismo e cidadania a partir do conflito de classes na Usiminas. *Sociedade e Estado*, 30(1), 286-286, 2015.

EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO, ORÇAMENTO IMPOSITIVO E EMENDAS PARLAMENTARES

*Marcelo Cheli de Lima*¹

Introdução

Algumas alterações promovidas no texto constitucional nos últimos anos trouxeram novamente à tona a antiga discussão acerca da natureza jurídica do orçamento público, especialmente no ponto referente à obrigação de execução das programações estabelecidas na Lei Orçamentária Anual (LOA).

1 Advogado do Senado Federal, advogado na Cheli – Advocacia & Consultoria, ex-procurador autárquico do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP), ex-procurador do município de Limeira/SP, mestrando em Direito Financeiro e Econômico pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (FD-USP), pós-graduado em Direito e Economia pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), pós-graduado em Direito Tributário e Aduaneiro e em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), pós-graduado em Direito e Processo Previdenciário pelo Damásio Educacional, membro do Instituto de Direito Administrativo Sancionador (IDASAN), presidente da Comissão de Direito Administrativo e Financeiro da OAB/SP, subseção de Sumaré.

As novidades tornaram o orçamento praticamente impositivo, pois, nos termos do art. 165, § 10, da Constituição, a Administração Pública tem o dever de executar as programações orçamentárias, adotando os meios e as medidas necessários, com o propósito de garantir a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade. Ademais, foram inseridas na Constituição as chamadas emendas parlamentares impositivas ao orçamento público, que são, como regra, de execução obrigatória (art. 166, §§ 11 e 12, da Constituição).

A natureza jurídica do orçamento (autorizativa ou impositiva) precisa ser objeto de elucubrações; há aqueles que apontam para corolários como o engessamento do Poder Executivo – responsável pela execução do orçamento –, pois não há possibilidade de antever com exatidão todas as despesas públicas e o potencial desequilíbrio fiscal gerado pela ausência de determinação acerca da arrecadação (realização de receita). Por outro lado, alguns louvam a impositividade orçamentária, porque, necessariamente, elevará o papel do Poder Legislativo nas questões orçamentárias.

O tema é sobremodo relevante, pois o orçamento público é determinante ao funcionamento da Administração Pública, afinal promove a alocação dos recursos públicos voltados ao financiamento dos serviços públicos que serão destinados à população.

É preciso perquirir, igualmente, se a impositividade se coaduna com outros princípios orçamentários, especificamente o princípio do equilíbrio entre receitas e despesas, pois, vale dizer, as receitas públicas não são definidas com exatidão, mas dependem de sua realização ao longo do exercício financeiro.

Posto isto, o presente artigo pretende investigar qual a natureza jurídica do orçamento público brasileiro após as alterações promovidas na CF, apresentar as peculiaridades constitucionais das emendas parlamentares e sua relação com a impositividade do orçamento e, finalmente, verificar na doutrina de direito financeiro se existe correlação entre a violação do princípio do equilíbrio orçamentário e a impositividade.

1. Necessidades públicas e atividade financeira do Estado

A Constituição outorgou aos entes federados diversas atribuições (competências), por exemplo, a prestação de serviços públicos para atender às neces-

sidades coletivas; todavia, não seria possível exercê-las sem os meios (recursos) necessários ao seu financiamento. Vale dizer: quem quer os fins deve dar os meios.

Nas palavras de Leite (2017), a finalidade estatal é a persecução do bem comum; este, por sua vez, dependerá de certas atividades desenvolvidas no âmbito do Estado. *Ipsis verbis*:

O fenômeno financeiro, assim, estuda a finalidade principal do Estado, que é a realização do bem comum, e a conseqüente necessidade de desenvolver diversas atividades, chamadas de atividades estatais, para que esse bem geral seja alcançado. Desse modo, o Estado não visa à proteção das necessidades individuais do homem, mas, sim, à satisfação das necessidades públicas. (Leite, 2017, p. 27.)

A necessidade de desempenhar tais atividades para atingimento do bem comum é denominada pela doutrina de necessidade pública; tal necessidade cresce na medida em que se agiganta o Estado e a intervenção que exerce nas atividades desempenhadas pelos particulares:

Com o agigantamento do Estado e sua intervenção em quase todas as atividades humanas, cresce de importância o estudo das *necessidades públicas*. Cuida-se, antes de mais nada, para preenchimento do conceito, de uma decisão política. O Estado é quem vai dizer, para usar o verbo vicário, no texto constitucional e nas leis posteriores, quais as necessidades que vai encampar como públicas. (Oliveira; Horvath, 2002, p. 15.)

Não se pode negar como fato histórico a necessidade de intervenção estatal na vida social. Há várias teorias que divergem da extensão de tal intervenção; no entanto, independentemente da teoria que se queira adotar, o fato é que nos Estados modernos há significativa intervenção do Estado nas atividades socioeconômicas (Conti, 2001, p. 2).

Por exemplo, a intervenção estatal é salutar para correção das chamadas “falhas de mercado”. Nesses casos, o Estado intervirá para garantir a produção de bens e serviços cujo mercado não consegue suprir de forma natural (Conti, 2001, p. 2).

Para conseguir desempenhar o fim a que se destina e suprir as necessidades

públicas, o Estado precisa de meios, isto é, recursos financeiros que servirão para realizar a prestação dos serviços públicos de sua competência.

Trata-se da denominada “atividade financeira”, cujo significado guarda estrita relação com a obtenção de meios para o atendimento das finalidades encampadas pelo Estado (Oliveira; Horvath, 2002, p. 19).

Ainda, na dicção de Conti, a atividade financeira do Estado pode ser definida como: “*o conjunto das atividades relacionadas à arrecadação, gerência e dispêndio de recursos públicos*” (Conti, 2001, p. 3).

A atividade financeira do Estado é, portanto, *conditio sine qua non* para o atendimento das necessidades públicas, pois, sem recursos, estas não poderão ser entregues pelo Estado à população no geral.

Nesse contexto, o orçamento público assume papel central, pois a peça orçamentária será responsável por definir quais serão os custos das necessidades públicas atendidas pelo Estado (despesa pública), bem como fará previsão das receitas públicas destinadas ao seu atendimento.

2. Orçamento público

2.1 Conceito

A noção de orçamento público pode variar a depender do ponto de partida utilizado. No caso, a acepção do instituto pode ser vista de diferentes ângulos, a saber: político, econômico, jurídico, administrativo, financeiro e contábil. Portanto, o orçamento público possui diversas naturezas e interessa a várias disciplinas.

Tal afirmação é corroborada por Giacomoni (2022), que afirma que o conceito de orçamento público pode variar de acordo com sua natureza, *in verbis*:

O orçamento governamental não é ainda uma disciplina. É uma área de estudo que interessa várias disciplinas, o que garante ao orçamento suas diferentes naturezas: política, econômica, administrativa, jurídica, contábil, financeira.

Ao ver o orçamento como resultado do processo de avaliação de demandas e de escolha entre alternativas, ressalta-se a sua natureza política. Se destacadas as questões fiscais – receita, despesas, déficits e dívidas –, é a natureza econômica do orçamento que aflora. Orçamento como a lei que estima a receita e autoriza

tetos de despesa define sua natureza jurídica. Ver o orçamento como o plano das realizações da administração pública é chamar a atenção para o seu importante papel como instrumento de gestão, de administração. Ao antecipar os fluxos de arrecadação e de pagamento, o orçamento é, portanto, um instrumento financeiro. Há, igualmente, uma natureza contábil no orçamento quando, por meio das contas, antecipa o resultado patrimonial e global da gestão. (Giacomoni, 2022, p. 49.)

É indiscutível a importância de outros ramos do saber humano para compreensão perfeita do tema; no entanto, este artigo adotará a natureza jurídica para estabelecer a definição de orçamento público, isto é, o instituto se trata de uma lei que prevê a realização de receitas e fixa as despesas necessárias ao funcionamento do ente federado.

Sobre o conceito jurídico de orçamento público, Oliveira (2024) afirma que é possível conceituá-lo como: “a lei periódica que contém previsão de receitas e fixação de despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado, de cumprimento obrigatório, vinculativa do comportamento do agente público” (Oliveira, 2014, p. 572-573).

Com efeito, o orçamento público como lei (lei orçamentária anual) deve conter a discriminação das receitas e despesas de forma a evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do governo. Noutras palavras, determina que, no orçamento anual, as receitas e despesas devam se apresentar devidamente classificadas de modo a possibilitar a identificação do programa de trabalho do governo e a política econômica (Henriques, 2019, p. 37).

O orçamento público, portanto, é a lei periódica que contém a previsão de realização de receitas públicas e a fixação das despesas públicas. Trata-se da mais importante lei para o país, abaixo apenas da Constituição, a que mais influencia o destino da coletividade.

3.2 *Natureza jurídica*

O debate a respeito da natureza jurídica do orçamento público não é pacífico, pois há entendimentos diversos sobre o tema. Basicamente, existem cinco correntes de pensamento: orçamento público como lei formal, como lei material, como lei especial, como ato administrativo e como ato-condição.

De acordo com Abraham (2021):

O debate sobre a natureza jurídica do orçamento público não é pacífico e a controvérsia nesta matéria ainda é comum. Há entendimentos de que o orçamento público seria uma *lei formal*. Para outros seria uma *lei material*. Há quem afirme tratar-se de uma *lei especial*. Temos, também, os entendimentos de que se trata de um mero *ato administrativo*. Finalmente, encontramos as manifestações intermediárias, que englobam aspectos dos vários entendimentos distintos, atribuindo-se ao orçamento público uma *natureza mista*, de lei formal externamente e de ato administrativo no seu conteúdo. (Abraham, 2021, p. 309.)

Às vezes, o orçamento é designado “lei de meios”, isto é, mero instrumento de arrecadação, pois não versa sobre escopos maiores do Estado, destarte, trata-se formalmente de lei, ainda que possa ter, em seu conteúdo, atos específicos. Por outro lado, o orçamento pode ser considerado uma “lei diferente”, porquanto há prazo certo para encaminhamento do projeto de lei orçamentária anual pelo Poder Executivo e prazo para trâmite e aprovação pelo Poder Legislativo. Ademais, a Constituição estabelece diversas limitações à destinação de recursos e ao seu conteúdo (Oliveira, 2014, p. 573).

Estabelecer a natureza jurídica do orçamento público não possui apenas importância acadêmica, mas prática, pois influirá na impositividade, ou seja, na obrigatoriedade de execução das programações orçamentárias pelo Poder Executivo e, igualmente, na hipótese de seus dispositivos criarem direitos subjetivos aos cidadãos que poderão ser reivindicados junto ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, eis os escólios de Abraham (2021):

Essa discussão não é meramente teórica. Possui efeitos pragmáticos. A importância de se definir corretamente sua natureza está nos reflexos dali decorrentes, que influenciam duas relevantes questões, a saber: a) a obrigatoriedade ou não do cumprimento dos programas e a realização das despesas nele previstas pelo Poder Executivo; b) o surgimento ou não de direitos subjetivos para o cidadão, a ensejar a judicialização, não apenas dos programas e despesas previstas na lei orçamentária, mas também dos direitos fundamentais e dos direitos sociais constitucionalmente garantidos; c) possibilidade de sua submissão ao controle concentrado de constitucionalidade. (Abraham, 2021, p. 310.)

No Brasil, a doutrina pátria tem majoritariamente advogado a tese de que o orçamento público tem natureza jurídica de lei formal de natureza especial (extrinsecamente) e de ato administrativo (intrinsecamente):

De tudo o visto, reconhecemos que a doutrina clássica brasileira, à luz do Direito Financeiro pátrio, que já não contempla o princípio da anualidade como condição para arrecadação tributária e que exige a previsão orçamentária para realização das despesas públicas, ainda entende tratar-se o orçamento público: a) *extrinsecamente*, de lei formal de natureza especial, já que esta se constitui através de um processo legislativo típico; b) *intrinsecamente*, de ato administrativo, uma vez que o seu conteúdo é de ato concreto e específico, voltado para realização das atividades da Administração Pública. (Abraham, 2021, p. 314.)

O caráter especial da lei orçamentária é realçado por Régis Fernandes de Oliveira, porque possui conteúdo próprio (receitas e despesas); porque é lei temporária; porque tem forma de tramitação congressional diferente das demais leis; porque tem prazo definido para aprovação; porque seu descumprimento leva à responsabilização do chefe do Poder Executivo; e porque tem conteúdo específico que é reproduzido ao longo dos anos (Oliveira, 2014, p. 583).

Conquanto a posição majoritária da doutrina tenha estabelecido a natureza jurídica como lei formal, há posições mais modernas que reconhecem o conteúdo material da lei orçamentária anual. Tal posição é advogada, por exemplo, por Oliveira: “é preciso superar a teoria do orçamento lei-formal, que não se compadece com o atual estágio da democracia no mundo e no País” (Oliveira, 2008, p. 321).

2.3 Princípios orçamentários

Os princípios jurídicos aplicáveis ao orçamento público ajudam na compreensão das peculiaridades deste instituto tão relevante; destarte, sem a pretensão de esgotar o assunto, é necessário tratar de alguns desses princípios.

O primeiro dos princípios é o da exclusividade. Esse princípio busca evitar as chamadas caudas orçamentárias ou orçamentos rabilongos, isto é, é defeso incluir nas leis orçamentárias assuntos estranhos à previsão de receita e fixação de despesa.

Nesse sentido é o magistério de Piscitelli (2023):

O que se quis foi evitar as chamadas “caudas ou rabilongos orçamentários”, que são exatamente essas previsões estranhas à especificidade do direito financeiro, tais como temas afetos ao direito privado – essa prática era presente no Império e distorcia natureza das normas de direito financeiro. (Piscitelli, 2023, p. 44.)

Atualmente, o princípio da exclusividade está abrigado no art. 165, § 8º, da Constituição, que prevê exceções à vedação estabelecida pelo indigitado princípio, a saber: autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operação de crédito, inclusive por operação de antecipação de receita orçamentária (ARO).

Neste ponto específico o constituinte originário não foi preciso, pois a autorização para abertura de créditos adicionais da espécie suplementar e a autorização para realização de operações de crédito são evidentemente matérias orçamentárias, portanto a exceção esculpida no artigo é improfícu e redundante.

Outro importante princípio orçamentário é o da universalidade, também denominado princípio da totalidade ou do orçamento bruto, o qual estabelece que todas as receitas e despesas devem ser incluídas na lei orçamentária em seus valores brutos, sem quaisquer deduções (art. 6º, *caput*, da Lei 4.320). De acordo com esse princípio, o orçamento deve abranger todas as receitas e despesas referentes aos poderes do Estado, órgãos, entidades da administração (Ramos Filho, 2024, p. 384).

Por sua vez, o princípio da unidade propugna que o orçamento deve estar contido em um único documento, para cada ente governamental, de forma a evitar a profusão de orçamentos paralelos, a bem da fiscalização. Cabe mencionar que, conquanto o art. 165, § 5º, da Constituição fragmente a LOA em orçamento fiscal, orçamento de investimento das empresas estatais e orçamento da seguridade social, isso não constitui ofensa ao princípio da unidade, porque se trata de diferenciação para aplicação de distintas fontes de receitas (Sacuno Luz, 2017, p. 14).

O princípio da anualidade significa que a LOA terá vigência por um ano, ou seja, por apenas um exercício contábil-financeiro. O princípio da anualidade está previsto no art. 34 da Lei 4.320, ao prescrever que o exercício financeiro coincidirá com o ano civil.

Por fim, o mais relevante dos princípios para este artigo é o do equilíbrio orçamentário, o qual busca a igualdade numérica entre receitas e despesas, com escopo de afastar déficits ou superávits (Piscitelli, 2023, p. 51). Será retomada a abordagem sobre o princípio do equilíbrio orçamentário no tópico correlato.

2.4 Ciclo orçamentário

Conforme magistério de Silva (1973), ciclo orçamentário é um conjunto de atividades peculiares ao processo orçamentário, que se sucedem e se repetem com os mesmos apanágios, periodicamente, e envolve princípios e procedimentos do processo orçamentário; este, por seu turno, centraliza-se no processo legislativo de elaboração do orçamento público:

Falando-se em ciclo orçamentário quer-se expressar a ideia de um conjunto de atividades peculiares ao processo orçamentário, que se sucedem no tempo e repetem com as mesmas características, de período em período. Envolve os princípios e procedimentos do processo orçamentário, com as atividades que o antecedem e se lhe seguem. Rigorosamente, o processo orçamentário no sistema brasileiro se centralizaria no processo legislativo do orçamento, pois a fase que antecede a este é de preparo do projeto de lei respectiva, enquanto as que se sucedem referem-se desta execução para apurar-se seu fiel cumprimento. (Silva, 1973, p. 230.)

O ciclo orçamentário, portanto, é fenômeno complexo que compreende diversas fases, a saber: a elaboração e iniciativa do projeto de lei orçamentária pelo Poder Executivo, a tramitação, análise e aprovação desse projeto de lei pelo Poder Legislativo, a execução do orçamento pelo Poder Executivo, a fiscalização e o controle dos gastos públicos pelos órgãos competentes (controle interno e externo).

Com efeito, de acordo com Silva, são fases do processo orçamentário: “I – elaboração da proposta orçamentária; II – elaboração da lei orçamentária; III – execução do orçamento; IV – controle da execução orçamentária” (Silva, 1973, p. 233).

Nos termos da Constituição, a iniciativa para elaboração do projeto de lei orçamentária é de competência do Poder Executivo (art. 165, I); no entanto, os

demaís poderes e os órgãos aos quais a Constituição também outorgou autonomia administrativa e financeira, por exemplo, o Ministério Público, terão a atribuição de enviar suas propostas orçamentárias ao Poder Executivo.

A elaboração da lei compete ao Poder Legislativo (Constituição, art. 166, *caput*). Neste ponto específico a lei orçamentária não diverge das demais leis. Há, no entanto, diversas peculiaridades que não estão presentes no processo legislativo para aprovação das demais leis.

A execução, no seu turno, cabe ao Poder Executivo, como regra geral. Porém, conforme será detalhado nos tópicos correlatos, há exceções, por exemplo, as emendas impositivas ao orçamento: no caso, uma parcela menor do orçamento será alocada e executada de acordo com os moldes definidos pelo Poder Legislativo.

Por fim, o controle da execução do orçamento poderá ser interno e externo. O controle interno é realizado no âmbito do próprio Poder Executivo, responsável pela execução do orçamento. Já o controle externo é realizado por órgãos que não estão concentrados na estrutura do poder responsável pela execução orçamentária; no caso, a fiscalização contábil, financeira e orçamentária cabe ao Poder Legislativo (controle externo), que a exercerá com auxílio do respectivo tribunal de contas (Constituição, arts. 70, *caput*, e 71, *caput*, aplicáveis por simetria aos estados).

3. Orçamento autorizativo e impositivo

O orçamento público pode contemplar várias espécies, mas, para o tema proposto, as mais relevantes são as referentes à execução do seu conteúdo. No caso, o orçamento poderá ser de duas espécies: autorizativo ou impositivo.

O orçamento autorizativo contempla a peça que contém a previsão das receitas públicas e a mera autorização para execução das programações ou despesas; assim, o Poder Executivo, a quem compete a execução orçamentária, poderá executá-lo, sem estar obrigado, contudo, ao cumprimento de sua integralidade (Abraham, 2021, p. 307).

A espécie de orçamento autorizativo é frequentemente criticada pela doutrina pátria; aliás, Ferreira (2024) afirma que o orçamento autorizativo infringe a lógica concatenada do sistema de orçamentação e planejamento presente na

Constituição, pois concede ao Poder Executivo a discricionariedade do cumprimento de uma lei aprovada pelo Poder Legislativo:

O que importa, no fundo, é observar que há um visível rigor constitucional aplicado ao processo legislativo orçamentário, que se interliga, ainda, em vinculação estrita com o sistema de planejamento, fechando um encadeamento para o qual se exige coerência interna e respeito às leis dele emanadas, além, claro, da necessária harmonia entre os poderes para a boa condução das finanças estatais ao longo de todo o ciclo do orçamento, conforme repartição de competências e nos termos exatos em que dispõe o texto constitucional de 1988. Ocorre que a concepção adotada no Brasil de um orçamento meramente autorizativo transgrediu a lógica concatenada desse sistema peculiar de orçamentação e planejamento presente na Constituição, uma vez que dotou a Administração da anômala prerrogativa de descumprimento da lei aprovada, abrindo um flanco para a utilização dos chamados mecanismos de flexibilização orçamentária, que, reiteradamente invocados, se fixaram como forma ordinária, e não devidamente adequada, de se fazer política orçamentária no país. (Ferreira, 2024, p. 174.)

Ainda, o autor afirma que o modelo autorizativo de orçamento público promove concentração de poder no Executivo, além de acarretar algum nível de falseamento na estima das receitas para gerar margens de flexibilização:

Em suma, no decorrer do processo orçamentário pátrio, ao ser historicamente adotado o modelo de orçamento autorizativo, nota-se, diante da inexistência neste de dever para a efetivação da lei, uma concentração de poder disponível ao Executivo, que, por vezes, extrapola as suas atribuições constitucionais para resguardar, a todo custo, a condição de instância superior na condução da política orçamentária, sendo prática corriqueira não apenas algum nível de falseamento das estimativas de receitas para gerar margem de flexibilização, mas, também, a promoção de várias alterações no momento da execução da lei mediante a utilização de mecanismos que frustram o plano aprovado no Parlamento, ficando as programações orçamentárias à mercê das conveniências políticas perante a imposição da agenda governamental.

Concebidos no ordenamento jurídico pátrio para dar equilíbrio à gestão financeira, mas utilizados de forma desvirtuada das reais finalidades para as quais

deveriam ser idoneamente aplicados, tais instrumentos transformam-se em uma poderosa via de concentração de poder, em detrimento do quadro de harmonia entre os poderes idealizado pelo constituinte, por decorrência direta da aplicação do modelo orçamentário autorizativo.

Pode-se constatar que o criativo uso dos mecanismos de flexibilização pelo Executivo, tão enraizados ao longo dos anos na prática administrativa brasileira, compromete o real objetivo do orçamento e estimula uma cultura de descompromisso na gestão do orçamento, opondo-se à observância da lei e à coesão de todo o sistema de planejamento integrado e convertendo-o em peça que tende a não ser frutífera, em que pese a sua grande relevância para a sociedade. Não se pode esquecer que as competências para a elaboração e a execução do orçamento não induzem monopólio ou exclusividade de poder onipotente. A rigor, Executivo e Legislativo, no quadro constitucional em matéria orçamentária, dividem prerrogativas e responsabilidades conviventes. A harmonia entre os poderes, portanto, desafia nova dinâmica dialógica de compartilhamento democrático entre as funções estatais, mas a sistemática do orçamento autorizativo, em sentido contrário, como diz César de Moraes Sabbag, abre um espaço para o reforço pouco transparente das prerrogativas do Executivo, além de manter a sociedade distanciada das decisões importantes do Estado. (Ferreira, 2024, p. 185.)

Por sua vez, o orçamento impositivo estabelece um dever de execução das programações contidas na lei orçamentária, vale dizer: o Poder Executivo é obrigado a promover a execução integral das despesas fixadas na lei pelo Poder Legislativo.

No caso do Brasil, o art. 165, § 10, da Constituição prescreveu que a administração tem o dever de executar as programações orçamentárias, adotando os meios e as medidas necessários, com o propósito de garantir a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade, salvo impedimentos de ordem técnica devidamente justificados. O dispositivo aplica-se exclusivamente às despesas primárias discricionárias, nos termos do art. 165, § 11, incisos II e III, da Constituição.

É possível sustentar que o orçamento brasileiro é quase impositivo, pois deve ser executado, em regra, mas pode não o ser, no caso de impedimentos de ordem técnica, além de ser restrito às despesas primárias discricionárias.

A parcial impositividade do orçamento é corroborada pela Nota Técnica 42/2019, de autoria da Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle do

Senado Federal, documento elaborado com o objetivo de destacar os principais pontos da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 34/2019 (PEC 2/2015, na origem, Câmara dos Deputados), posteriormente aprovada como EC 100/2019, *in verbis*:

Como será visto adiante, um possível, mas não necessário, desdobramento da proposta é a mudança do modelo orçamentário brasileiro, que passaria de autorizativo para impositivo (se não totalmente, ao menos de parcela relevante, além das programações oriundas das emendas de bancada). Essa possibilidade, por si só, demonstra a relevância da matéria e deixa patente a necessidade de uma discussão aprofundada. (Brasil, Senado Federal, 2019, p. 3.)

De acordo com o art. 74, *caput*, da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) de 2024 (Lei 14.791, de 29 de dezembro de 2023), os impedimentos de ordem técnica são situações ou eventos de ordem fática ou legal que obstem ou suspendem a execução, total ou parcial, das programações orçamentárias. Ainda, nos termos da LDO de 2024 (art. 74, § 2º), são exemplos de impedimento de ordem técnica: a ausência de projeto de engenharia aprovado pelo órgão setorial, ou pela unidade orçamentária, responsável pela programação, nos casos em que for necessário; a ausência de licença ambiental prévia, nos casos em que for necessária; a não comprovação, por parte dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios, quando a cargo do empreendimento após a sua conclusão, da capacidade de aportar recursos para sua operação e manutenção; a não comprovação de que os recursos orçamentários e financeiros sejam suficientes para conclusão do projeto ou de etapa útil, com funcionalidade que permita o imediato usufruto dos benefícios pela sociedade; a incompatibilidade com a política pública aprovada no âmbito do órgão setorial responsável pela programação; a incompatibilidade do objeto da despesa com os atributos da ação orçamentária e do respectivo subtítulo; e os impedimentos cujo prazo para superação inviabilize o empenho no exercício financeiro.

A obrigatoriedade da execução orçamentária refere-se apenas às despesas primárias discricionárias, isto é, aquelas despesas primárias discricionárias (investimentos novos, transferências voluntárias ainda não conveniadas) (Pascoal, 2019).

4. Emendas parlamentares impositivas

A criação de emendas parlamentares impositivas faz parte de algumas alterações promovidas no texto da Constituição para indicar que o orçamento público agora é preponderantemente ou quase impositivo. Antes das mudanças promovidas a partir do ano de 2015, as emendas aos projetos de lei do orçamento anual somente poderiam ser aprovadas desde que relacionadas à correção de erros ou omissões, nos termos do art. 166, § 3º, da Constituição.

Mas, em 17 de março de 2015, o regime acerca das emendas parlamentares ao orçamento foi significativamente alterado, pois o Poder Legislativo criou emendas parlamentares individuais que, à época, eram aprovadas no limite de 1,2% da receita corrente líquida (RCL) prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade do percentual deveria ser destinada às ações e serviços públicos de saúde.

Tais emendas parlamentares eram (ainda são) de execução obrigatória (impositivas), conforme previa a antiga redação do art. 166, § 11, da Constituição; portanto, é forçoso concluir que se trata de iniciativa do Poder Legislativo que converge com a ideia de orçamento impositivo.

Posteriormente, também foram inseridas no texto da Constituição as emendas de bancada, e os percentuais da RCL destinados às emendas individuais aumentaram. Faz-se necessário verificar individualmente as peculiaridades das emendas parlamentares em itens específicos.

4.1 *Emendas parlamentares individuais*

Atualmente, as emendas parlamentares individuais têm seu regramento previsto na Constituição, nos termos dos arts. 166, §§ 9º, 9º-A, 10, 11, 13, 16, 17, 18 e 19, e 166-A.

Grosso modo, as emendas parlamentares são instrumentos mediante os quais o Poder Legislativo interfere no conteúdo dos projetos de lei que não sejam de sua autoria. Por esse instrumento, incluem, alteram ou suprimem proposições (Bliacheriene, 2014, p. 63).

No caso do orçamento público, a iniciativa do projeto de LOA caberá ao Poder Executivo, conforme previsto no art. 165, III, da Constituição, portanto,

por esta lógica, caberiam emendas individuais ao projeto de lei orçamentária, pois o referido projeto não é de autoria do Poder Legislativo. Todavia, conforme mencionado acima, antes de 2015, a CF admitia apenas emendas ao orçamento para, entre outras coisas, correção de erros ou omissões.

A alteração no texto da Constituição viabilizou outra forma de emenda ao projeto de LOA: as emendas parlamentares individuais, que, no presente, serão aprovadas no limite de 2% da RCL do exercício anterior ao do encaminhamento do referido projeto. As emendas individuais serão de execução obrigatória, conforme determinado pelo art. 166, § 11, da Constituição, como regra, mas há exceções à obrigatoriedade da execução no caso de impedimento de ordem técnica, nos termos do art. 166, § 13, da Constituição.

O instituto das emendas parlamentares individuais é bastante criticado por alguns autores; por exemplo, Faria (2023) aduz que tais emendas ao orçamento apresentam traços de particularismo e individualismo:

Os contornos empíricos do processo alocativo das emendas parlamentares também foram modificados, no sentido de se conferir *predominância às emendas individuais*, que apresentam traços de *particularismo e individualismo*, destinadas às bases eleitorais dos parlamentares e sem maior aderência a políticas estruturantes do governo federal. O predomínio dos montantes das emendas individuais sobre as emendas coletivas reforça o caráter difuso de aplicação de recursos, em contraposição a uma lógica partidária ou coletiva mais ampla. (Faria, 2023, p. 31.)

De outra banda, as emendas parlamentares individuais aumentam a relevância do papel do Poder Legislativo nas questões afetas ao orçamento público, ampliando a democracia fiscal por propiciar maior participação dos representantes da sociedade em sua execução (Abraham, 2021, p. 380).

Não se pode olvidar que as emendas individuais impositivas poderão ser destinadas aos entes subnacionais, nos termos do art. 166-A, *caput*, da Constituição. Podem ser úteis, portanto, à correção de distorções de nosso pacto federativo no que tange à autonomia financeira dos entes federados, porquanto outros mecanismos como transferências constitucionais de receitas (diretas ou via fundo de participação) não foram suficientes para contornar o problema da concentração de competências tributárias na União.

Mascarenhas (2023) evidencia o destino dos valores das emendas parlamen-

tares em favor dos entes subnacionais e aponta que, no orçamento impositivo, é o parlamentar que litiga com o Poder Executivo pela prerrogativa de decidir sobre a despesa pública, enquanto, no modelo autorizativo, os entes subnacionais lutam por parte dos recursos arrecadados pela União, *in verbis*:

A obrigatoriedade da transferência intergovernamental do artigo 166-A da Constituição diz respeito à independência entre poderes da república (Executivo e Legislativo, no caso). Isso porquanto os repasses de valores decorrentes de emendas parlamentares de orçamento impositivo devem ser operacionalizados em favor de estados, Distrito Federal e municípios independentemente da decisão do Poder Executivo Federal, em oposição à regra geral do orçamento autorizativo.

Em suma: (1) no orçamento impositivo, o parlamentar litiga contra o Poder Executivo pela prerrogativa de decidir sobre a despesa orçamentária; enquanto que (2) nas repartições federativas de receita financeira (federalismo fiscal), os entes subnacionais lutam pela titularidade das verbas arrecadadas pelo ente central (pessoa jurídica). (Mascarenhas, 2023, p. 4-5.)

A reflexão sobre ter ou não ter emendas parlamentares impositivas ao orçamento público não pode assumir contornos maniqueístas, mas, por óbvio, as críticas ao sistema são bem-vindas, pois é por meio do pensamento crítico que as instituições jurídicas são aperfeiçoadas.

4.1.1 *Formas de transferências*

De acordo com o art. 166-A da Constituição, as emendas parlamentares individuais impositivas poderão alocar recursos aos estados, Distrito Federal e municípios por meio de transferências especiais ou transferências com finalidade definida. Ainda, a Constituição estabelece que os recursos transferidos não integrarão a receita do ente favorecido para fins de repartição de receitas nem para o cálculo dos limites da despesa com pessoal ativo e inativo e endividamento, sendo defesa a utilização dos recursos advindos das transferências para pagamento de despesas com pessoal e encargos sociais relativos aos servidores ativos, inativos e pensionistas, além de não ser permitido o emprego dos recursos com o serviço da dívida (basicamente, juros e correção monetária).

Na transferência especial, os recursos das emendas parlamentares individuais impositivas serão repassados diretamente ao ente federado beneficiado (transferência fundo a fundo), não dependendo, destarte, da celebração de convênio ou quaisquer instrumentos congêneres. Ademais, os recursos pertencerão ao ente federado no ato da efetiva transferência financeira e deverão ser alocados em programações finalísticas das áreas de competência do Poder Executivo do ente beneficiado, mas é necessário que este aloque pelo menos 70% dos recursos em despesas de capital (investimentos, inversões financeiras ou transferências de capital).

Por sua vez, na transferência com finalidade definida, os recursos serão vinculados à programação estabelecida na emenda parlamentar, ou seja, a própria emenda parlamentar individual definirá onde as receitas transferidas poderão ser empregadas. Ademais, a Constituição exige que tais receitas sejam aplicadas nas áreas de competência constitucional da União.

As modalidades de transferência supracitadas, criadas pela EC 105/2019, atenuam os vícios constatados pela doutrina, especialmente aquelas acusações de que as emendas parlamentares individuais servem ao voluntarismo dos parlamentares. A CF determina condicionantes à transferência das receitas públicas, sobretudo no caso de transferências especiais, em que versa a alocação de 70% do montante em despesas de capital.

4.2 Emendas parlamentares de bancada

As emendas parlamentares de bancada ao orçamento público estão previstas no art. 166, § 12, da Constituição, e são também impositivas.

Durante a elaboração do orçamento público, os parlamentares se reúnem em grupos do mesmo estado para discutir as chamadas emendas de bancada. Estas fazem parte do grupo das emendas coletivas, que incluem ainda as emendas das comissões permanentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e as emendas regionais. O escopo é atender interesses dos estados-membros mediante alocação de recursos em obras e serviços de caráter mais estruturante e deficiências em setores específicos como saúde e educação (Mugnatto, 2012).

As programações definidas pelas emendas de bancada ao orçamento também são quase impositivas, pois, assim como as emendas individuais impositivas,

não serão executadas no caso de impedimentos de ordem técnica, nos termos do art. 166, § 13, da Constituição.

Conforme dito acima, a emenda parlamentar de bancada ao orçamento público viabiliza a transferência de receitas públicas da União para os estados e Distrito Federal. Tal emenda pode servir como instrumento para atenuar o esquema de distribuição desigual de competências tributárias previsto atualmente na Constituição, com concentração de poderes (fiscais) no ente central.

Aliás, sobre o desequilíbrio na distribuição de competências tributárias previsto na Constituição, eis o magistério de Oliveira (2014):

De outro lado, na repartição das receitas tributárias (arts. 157 a 162 da CF) deve caber equilíbrio e bom senso, de forma a que os entes menores tenham recursos suficientes para atender a suas necessidades. No Brasil, hoje, o pacto fiscal está torto. Há manifesto desequilíbrio em favor da União. (Oliveira, 2014.)

Assim como a emenda individual, a emenda de bancada ao orçamento não pode ser objeto de pré-julgamentos desprovidos de alguma reflexão. É possível ser contra sua existência sem demonizá-la, não há problema algum, mas é preciso conhecê-la e saber a quais finalidades se destina. Por exemplo, é possível sua utilização como instrumento de mitigação do desequilíbrio fiscal promovido pela concentração de competências tributárias na União, entre outras finalidades.

5. A correlação entre desequilíbrio orçamentário e orçamento impositivo

De início, é preciso esclarecer que a impositividade do orçamento referida neste capítulo não se refere exclusivamente às emendas parlamentares individuais e de bancadas, mas à impositividade do orçamento público global, nos termos definidos pelo art. 165, § 10, da Constituição. *Vexata quaestio* é: considerando que a LOA apenas prevê receitas públicas, obrigar o Poder Executivo a executar todas as programações não poderia gerar desequilíbrios orçamentários?

O equilíbrio fiscal é um princípio aplicável ao orçamento público. Ele recomenda que para toda despesa haja uma receita a financiá-la; o escopo é evitar o

surgimento de déficits orçamentários crescentes ou descontrolados que possam prejudicar as contas públicas presentes e futuras (Abraham, 2021, p. 344).

Na dicção de Abraham (2021), o equilíbrio fiscal simboliza estabilidade financeira, que é um dos pilares do crescimento sustentável. Ademais, o referido princípio deve ser encarado como um conjunto de parâmetros responsáveis por conferir às contas públicas a indispensável estabilidade:

O equilíbrio fiscal representa a verdadeira estabilidade financeira e é um dos pilares do crescimento sustentado do Estado. Isso porque, antes de ser mera equação financeira em que se busca uma igualdade numérica ou um “empate” entre receitas e despesas, esse princípio deve ser encarado como um conjunto de parâmetros que confirmam às contas públicas a necessária e indispensável estabilidade, a fim de permitir ao Estado a realização das suas finalidades. (Abraham, 2021, p. 344.)

Na década de 1980 e início da década de 1990, o descontrolo fiscal foi uma das principais causas da hiperinflação que contribuiu para o empobrecimento da população brasileira. Por óbvio, o cenário atual é outro, mas não se pode perder de vista a necessidade de preservação da sustentabilidade fiscal do país, mediante a elaboração de peças orçamentárias equilibradas.

Mas é possível afirmar que existe relação entre desequilíbrio fiscal e a impositividade do orçamento público?

A resposta à questão parece ser positiva.

Se as receitas públicas não são certas (apenas prováveis), pois a arrecadação de recursos financeiros pelo Estado depende de uma série de fatores que podem oscilar em determinados períodos, como se poderia tornar a totalidade da despesa pública obrigatória sem se ter a certeza do seu financiamento? (Abraham, 2021, p. 380.)

Isto é, não há sentido em impor obrigatoriedade de gastos quando a sua fonte de financiamento é incerta. Assim, o orçamento impositivo poderia impedir ajustes fiscais necessários, em virtude de flutuações econômicas, e impor metas e programas inexequíveis (Gasparini, 2021).

A preocupação acerca do potencial desequilíbrio fiscal ocasionado pela impositividade do orçamento público é bastante atenuada no Brasil, especificamente por conta da entrada em vigor da EC 102/2019, que acresceu o § 11 no

art. 165 da Constituição. Esse dispositivo prescreve que a execução impositiva do orçamento público, nos termos da LDO, está subordinada ao cumprimento de preceitos constitucionais e legais que estabelecem metas fiscais e não se aplica no caso de impedimentos de ordem técnica, desde que devidamente justificados.

A introdução do § 11 no art. 165 da Constituição é bastante salutar ao equilíbrio das contas públicas, pois vincula a execução obrigatória das programações orçamentárias ao cumprimento de metas fiscais e à ausência de impedimentos de ordem técnica.

Conclusão

As alterações promovidas na ordem constitucional a partir de 2015 permitem afirmar que o orçamento público no Brasil é quase impositivo, isto é, as programações orçamentárias serão executadas, como regra geral. Há, no entanto, exceções, por exemplo, a presença de impedimentos de ordem técnica e o cumprimento de metas fiscais.

O apanágio quase impositivo do orçamento público brasileiro é corroborado também pela positivação, no texto constitucional, das chamadas emendas parlamentares individuais e de bancada. Estas também terão suas programações obrigatoriamente executadas pelo Poder Legislativo, como regra, mas não serão executadas em algumas hipóteses, por exemplo, na presença de impedimentos de ordem técnica.

As emendas parlamentares, portanto, são parte do orçamento impositivo, mas não constituem a totalidade do fenômeno.

Antes das alterações promovidas a partir de 2015, a Constituição previa apenas as emendas ao orçamento público destinadas à correção de erros ou omissões.

As emendas parlamentares individuais ou de bancada merecem algumas reflexões, afastando-se pré-julgamentos, pois, inclusive, são instrumentos úteis à correção das distorções promovidas pela concentração de competências tributárias no ente federado central.

A impositividade orçamentária pode contrariar o princípio do equilíbrio orçamentário, porquanto a LOA apenas prevê receitas públicas, isto é, não há certeza de sua realização. Assim, estabelecer um regime de impositividade ab-

solutamente rígido pode levar a déficits indesejáveis, o que não se coaduna com o princípio do equilíbrio fiscal orçamentário.

No caso brasileiro, a partir da entrada em vigor da EC 102/2019, a impositividade passou a ter exceções, por exemplo, a execução obrigatória das programações deve observar metas fiscais, a constatação de ausência de impedimentos de ordem técnica, além da obrigatoriedade de se aplicar apenas às despesas primárias discricionárias; logo, os riscos de desequilíbrio fiscal foram bastante atenuados.

A adoção do modelo deste jaez pode ser considerado um acerto do legislador, pois as alterações dão maior equalização entre as variáveis equilíbrio fiscal, orçamento impositivo e emendas parlamentares ao orçamento.

Por fim, ainda são cabíveis as seguintes reflexões: considerando que as finanças públicas são imprescindíveis à concretização dos direitos fundamentais, a execução do orçamento público pode ficar ao talante exclusivo do Poder Executivo? Considerando que há concentração de competências tributárias no ente central, as emendas parlamentares ao orçamento que promovem a transferência de receitas aos entes subnacionais merecem ser vilipendiadas e alvo de pré-conceitos?

Referências

- ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 3. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.
- BLIACHERIENE, Ana Carla. Orçamento impositivo à brasileira. In: HORVATH, Estevão; CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Direito financeiro, econômico e tributário: estudos em homenagem a Regis Fernandes de Oliveira*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BRASIL, Senado Federal. *Nota Técnica 42/2019*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/orcamento/documentos/estudos/tipos-de-estudos/notas-tecnicas-e-informativos/pec-34-2019-que-201caltera-os-arts.-165-e-166-da-constituicao-federal-para-tornar-obrigatoria-a-execucao-da-programacao-orcamentaria-que-especifica201d/view>. Acesso em 30 ago. 2024.

- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.048/DF*, rel. min. Ellen Gracie, julgada em 14/2/2011, publicada em DJe-035, divulg. 21/2/2011, public. 22/2/2011.
- CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.
- FARIA, Rodrigo Oliveira de. *Emendas parlamentares e processo orçamentário no presidencialismo de coalizão*. São Paulo: Blucher, 2023.
- FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. *Orçamento impositivo no Brasil: da ficção à realidade*. São Paulo: Blucher, 2024.
- GASPARINI, Carlos Eduardo. Orçamento impositivo no Brasil: mais uma peça de ficção? *Boletim Economia Empírica*, 2021, disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/bee/article/view/5509>. Acesso em 19 ago. 2024.
- HENRIQUES, Elcio Fiori. *Orçamentos públicos: a Lei 4.320/1964 comentada*. José Maurício Conti coordenação. 4. ed. atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 18. ed., rev. e atual. [2. reimp.] São Paulo: Atlas, 2022.
- LEITE, Harrison. *Manual de direito financeiro*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- MUGNATTO, Sílvia. *Como funciona a apresentação de emendas de bancada*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/389800-como-funciona-a-apresentacao-de-emendas-de-bancada/>.
- OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. O desvio de finalidade das contribuições e o seu controle tributário e orçamentário no direito brasileiro. In: OLIVEIRA, José Marcos Domingues de (Coord.). *Direito tributário e políticas públicas*. São Paulo: MP, 2008.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MASCARENHAS, Caio Gama. Orçamento impositivo e as transferências do artigo 166-A da Constituição: notas sobre regime jurídico, accountability e corrupção. In: *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ*, Rio de Janeiro, v. 6 n. 1, jan.-abr. 2023.

- PASCOAL, Valdecir. *Um novo orçamento público?* Disponível em: <https://www.tce.mt.gov.br/artigo/show/id/374/autor/3>.
- PISCITELLI, Tathiane. *Direito financeiro*. 9. ed., rev., atual. e ampl. Barueri [SP]: Atlas, 2023.
- RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. *Direito financeiro e econômico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.
- SACUNO LUZ, Lazlo Kyoshi. *Princípios orçamentários no Brasil: uma análise do papel dos princípios orçamentários diante da atual crise financeira do Estado brasileiro*. [Monografia – Especialização] – Brasília, 2017.
- SILVA, José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

QUEM CONTROLA O CONTROLADOR?

*Fabio Fernando Moraes Fernandez*¹

Introdução

Existe uma velha pergunta que percorre toda a história do pensamento político: “Quem custodia os custódios?”. Adaptado aos tempos atuais: “*quem controla os controladores?*”.

A busca por uma resposta a essa indagação tem promovido avanços significativos no caminho civilizatório, conduzindo à busca constante de racionalizar o uso do poder. O desafio contínuo para domesticar e limitar o poder não apenas vem sustentando o progresso humano, mas também se revela como um dos pilares fundamentais ao desenvolvimento do Direito.

A importância do tema é quase intuitiva. Se o Direito não conseguir encontrar uma resposta adequada para essa questão, não resta dúvida de que a democracia estará ameaçada. Mais do que uma promessa não cumprida, tratar-se-á

1 Mestre e pós-graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogado do Senado Federal.

de uma inversão das premissas democráticas: em vez de garantir o máximo de controle do poder pelos cidadãos, estaríamos permitindo o máximo controle dos cidadãos pelo poder.

O controle público sobre o poder é, sem dúvida, mais crucial do que nunca. Hoje, os governantes possuem ferramentas quase ilimitadas para monitorar a vida dos cidadãos, algo impensável no passado. Com a tecnologia disponível, o antigo ideal dos poderosos de observar cada gesto e ouvir cada palavra dos subordinados tornou-se realidade, algo que nem o déspota do passado, apesar de cercado por seu exército de espiões, jamais conseguiu: obter, em um instante, as informações que o governo mais democrático pode acessar com um estalar de dedos.

Diante desse cenário, surge uma questão central: quem controla o controlador? Para responder a essa indagação, revisitou-se a história do pensamento e sua influência, iniciando pelas monarquias absolutistas para culminar no protagonismo judicial na modernidade.

O Direito sempre buscou a racionalização do uso do poder e agora não poderia ser diferente. Sem a pretensão de polemizar ainda mais o assunto, naturalmente provocante, a análise fundamenta-se, essencialmente, em pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método hermenêutico-fenomenológico como base.

Na primeira etapa, foi reconstruída a formação da dogmática jurídica em um período marcadamente autocrático, identificando as soluções encontradas para conter o abuso de poder. Na segunda parte, abordou-se a ascensão e o protagonismo do Legislativo, talvez o poder mais vocacionado a prevenir o autoritarismo, sua perda de proeminência e como o ideal democrático foi gradualmente moldado nos tribunais, que se tornaram protagonistas. Na terceira etapa, foram identificadas as inconsistências filosóficas e as dificuldades dogmáticas na racionalização do uso do poder, levando à conclusão de que a tradicional divisão de poderes, de forma ponderada e calibrada, continua sendo o mais valioso instrumento constitucional. Por fim, conclui-se com a reflexão sobre como o direito e a democracia são, essencialmente, duas faces de uma mesma moeda.

1. Estado Democrático e de Direito – marcos do pensamento humano na busca da limitação do monarca

A Constituição brasileira, já em seu primeiro artigo, consagra a República Federativa do Brasil como um *Estado Democrático de Direito*. Observando o cenário global, é evidente que a esmagadora maioria dos países ocidentais adotaram o *Estado Democrático de Direito* como modelo. Mas o que exatamente significam essas expressões? O que as torna um ideal político tão desejado?

O Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, já destaca a importância do Estado de Direito: “Para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, considera-se essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito.”

Essa passagem sugere, numa elaboração inicial, que o *Estado de Direito* pode ser visto como o instrumento institucionalizado dos direitos humanos contra a tirania e a opressão. Sem ele, o último recurso seria a rebelião.

A Constituição Federal de 1988 se alinha a esse ideal, indo além, ao associar o conceito de *Estado de Direito* ao de *Democracia*. Mas o que, afinal, caracteriza um Estado de Direito? As respostas que naturalmente surgem são: a limitação do poder dos agentes públicos; e a necessidade de previsibilidade em relação às consequências jurídicas. Será só isso? E o *Estado Democrático*?

Essas questões nos levam a refletir sobre a real profundidade e a complexidade desses conceitos, hoje tão enraizados em nossa prática, que, talvez não percebamos, surgiram da observação e se desenvolveram na tentativa de responder à pergunta: *quem controla os controladores?*

A análise exige breve incursão ao passado. Aliás, nada mais moderno do que revisitar o passado. Desvelar o futuro a partir da análise do passado nunca deixa de refletir fenômeno interessante, de modo que alguns marcos da história são particularmente intrigantes, merecendo revisão, ainda que por aqueles mais versados com as teorias relacionadas à formação do Estado.

Grande parte das teorias elaboradas no curso dos séculos e que levaram à formação do Estado liberal e democrático são inspiradas em uma ideia fundamental: a de estabelecer limites ao poder do Estado (Bobbio, 2000, p. 11). Nada mais significativo, portanto, do que iniciar o estudo pela monarquia absolutista e os abusos de um soberano.

Aqui uma compreensão inicial sobre o assunto. O Estado absoluto nasce da dissolução da sociedade medieval, que detinha caráter pluralista. Pluralista no sentido de que o direito se originava de diferentes *fontes* de produção,² ao passo que o Estado absoluto passou a ser o único capaz de produzir o direito e, portanto, não conhecia outros direitos que não o seu próprio, desconhecendo limites jurídicos ao seu próprio poder.

A mais coerente expressão do Estado absoluto se encontra no pensamento de Thomas Hobbes. Para ele: (i) a única fonte do direito é a vontade do soberano; e (ii) o ordenamento jurídico se identifica com o estatal, de modo que, no direito internacional, por não existir poder superior, vale a regra do estado de natureza (não há Direito, vale a lei do mais forte) (Bobbio, 1995, p. 13).

Na teoria de Hobbes, o absolutismo irá romper as amarras do poder político com o poder divino. Para ele, o homem em estado natural reina a guerra potencial de todos contra todos, pois até o mais fraco pode matar o mais forte. Neste estado de temor e medo recíproco do *estado natural*, somente a *segurança* pode proporcionar a vida em sociedade, alcançável por meio de um *ajuste*, um *contrato*, que autorizaria a organização pelo soberano (*estado civil*). Renuncia-se à liberdade em favor de um soberano, mas ganha-se segurança e previsibilidade.

No movimento absolutista, isto é, do Estado sem limites, é importante mencionar o pensamento denominado, no sentido pejorativo, de *maquiavelismo*.

Até antes de Maquiavel, falava-se em Estado sem limites no sentido jurídico. Sustentava-se que o príncipe estava acima das leis, mas isto não significava que

2 No que diz respeito às fontes, operavam na sociedade medieval ao mesmo tempo, ainda que com diferente eficácia, os vários atos normativos que, numa teoria geral das fontes, são considerados como possíveis fatos constitutivos de normatividade jurídica, quer dizer, o costume (direito consuetudinário), a vontade da classe política que detém o poder supremo (direito legislativo), a tradição doutrinária (direito científico), a atividade das cortes de justiça (direito jurisprudencial). Com relação aos ordenamentos, pode-se dizer em geral que existiam ordenamentos jurídicos originários e autônomos, seja acima do *regum*, isto é, a Igreja e o Império, seja abaixo, como os feudos, as comunas, as corporações. Em uma sociedade na qual não existe um poder único e unitário, não havendo, portanto, um critério único de avaliação jurídica, os limites do poder estão incluídos na sua própria estrutura, segundo o equilíbrio recíproco que os vários poderes produzem com a sua *concordia discors* e *discordia concors*. (Bobbio, 2000, p. 11-12.)

estaria acima das leis divinas e morais. Maquiavel³ irá radicalizar o entendimento de Hobbes, elaborando uma das teorias mais audaciosas sobre o poder absoluto do soberano, procurando romper qualquer limite. O soberano estaria acima do bem e do mal e seu julgamento seria, de certo modo, utilitarista, em proveito do Estado, isto é, na ação voltada à conquista e à conservação do Estado (*razão do Estado*⁴) (Bobbio, 2000, p. 14).

Com o extremismo veio a reação e, conseqüentemente, a decadência. Há duas fases marcantes que se insurgiram contra as teorias absolutistas: as duas revoluções inglesas do século XVII⁵ e a Revolução Francesa, acompanhadas de

3 O que é maquiavelismo? “O maquiavelismo é uma interpretação de *O príncipe*, de Maquiavel, em particular a interpretação segundo o qual a ação política para a conquista e a conservação do Estado é uma ação que não possui um fim próprio de utilidade e não deve ser julgada por meio de critérios diferentes dos de conveniência e oportunidade” (Bobbio, 1995, p. 14). Ele seria o descobridor da política como critério autônomo da moral e da religião. Vale dizer, política não seria nem moral, nem imoral, mas sim amoral. O julgamento se dá segundo as vantagens que ela oferece ao Estado. A pergunta seria sempre se aquela ação foi útil ou não para o Estado. As virtudes seriam em relação à conservação do Estado. O Estado teria suas próprias razões que o indivíduo desconhece. Virtudes seria tudo que leva à conservação do Estado e vícios o que leva à destruição. É uma outra maneira de afirmar o absolutismo estatal. Ele não deve obedecer nem às leis jurídicas, nem às leis morais.

4 O Estado tem suas próprias razões que os indivíduos desconhecem.

5 O segundo período decisivo para a luta contra o Estado absoluto é o da longa Revolução Inglesa, que vai da reabertura do Parlamento (1640), através da guerra civil, da ditadura de Cromwell e da restauração monárquica, até a gloriosa revolução do ano 1688. O vento da Reforma passou pela Inglaterra e a transformou profundamente. E a Inglaterra hoje se nos apresenta como o país no qual reforma e constitucionalismo estiveram conexos de maneira mais estreita. É necessário, porém, acrescentar que a formação de um Estado constitucional, fundado nos limites do poder soberano e na garantia dos direitos naturais do indivíduo, era favorecida pela própria tradição da monarquia inglesa. A monarquia inglesa nunca fora uma monarquia absoluta; por este motivo, a reação contra a tendência para o absolutismo dos Stuarts foi mais forte do que em outro lugar. Certamente a dissidência política foi alimentada pela dissidência religiosa, uma vez que o absolutismo político tendia a valer-se, para os próprios fins, da igreja de Estado (anglicanismo)... A Inglaterra era, portanto, o terreno mais favorável para o florescer das novas teorias liberais que vinham dos movimentos extremos da Reforma. Uma opinião tradicional entre os juristas ingleses pretendia que a monarquia inglesa jamais tivesse sido absoluta e que, como monarquia limitada, devesse ser contraposta à francesa. Era também tradicional a representação do Estado inglês como um Estado misto, entendendo-se por “Estado misto”, segundo os escritores clássicos, um Estado

um movimento cujo propósito fundamental foi encontrar remédios contra o absolutismo do poder do príncipe.

A tradição do pensamento político inglês, que ofereceu a maior solução ao problema, denomina-se *constitucionalismo*, partindo do pressuposto de que, se o príncipe tem poder absoluto, pode dele abusar. Como impedir o abuso de poder? Não se pode impedir, senão de um modo: limitando-o.

Desde então, os pensadores que seguiram tiveram a preocupação de questionar o Estado absoluto, dando início aos primórdios do *Estado liberal* e democrático. Em verdade, as teorias que se seguiram preocupavam-se com o problema da *justificação* e do *fundamento* do poder. *Justificação* procura responder aspectos relacionados à legitimidade e o *fundamento* preocupa-se quanto à maneira que o poder pode ser exercido.

A teoria de Locke⁶ pode ser considerada como a primeira e mais completa

nem monárquico, nem aristocrático, nem democrático (monarquia, aristocracia e democracia eram as três...) (Bobbio, 2000, p. 29).

- 6 Locke é jusnaturalista, de modo que os indivíduos viviam somente obedecendo às leis naturais. Mas, para ele, assim como para Hobbes, não é suficiente. Cada homem seria um juiz em causa própria que reagiria a agressões de maneira irracional e desproporcional. Onde deveria reinar a paz transforma-se em estado de guerra e, para sair desse estado, é necessária a força, constituindo o estado civil. Quando há uma autoridade, é possível obter auxílio, podendo este poder resolver as controvérsias. Conserva-se a vida, que é um dos primeiros direitos naturais. Também há a proteção da propriedade (ele também é um representante do estado burguês), considerando o direito à propriedade um direito natural. Isto é, este direito precede ao Estado. Ela surge em decorrência de uma atividade pessoal do indivíduo, que é o trabalho. No Direito natural os homens têm os direitos, mas eles não estão garantidos. No estado civil ele não perde os direitos naturais e os tem garantido pelo poder supremo. Há duas correntes dos jusnaturalistas: 1) que a passagem do *estado natural* para o *civil* extingue os *direitos naturais*, ou pelo menos os transforma; 2) que a passagem conserva estes direitos (Locke e Kant pertencem a este grupo). Também Locke afirma que o homem, ao sair do estado de beligerância, busca um estado civil baseado no consenso. Logo, o poder em Locke é limitado, seja pelo direito natural, seja pelo consenso, pois os governantes devem exercê-lo dentro dos limites estabelecidos. Locke vai reconhecer somente dois poderes: Legislativo e Executivo. Este último estaria subordinado ao primeiro, pois deve cumprir o que emanado daquele. Este, por sua vez, estaria subordinado ao povo, de cujo consenso deriva (Bobbio, 2000, p. 40). Locke é amplamente favorável ao direito de resistência. O pensamento de Locke conclui o período das guerras civis na Inglaterra e abre as diretrizes do Estado liberal, que, através de Montesquieu, chegará aos estados americanos e à Revolução Francesa.

formulação de um *Estado liberal*. Locke é *jusnaturalista*,⁷ partindo da concepção de que os indivíduos vivem e obedecem às leis naturais. Locke não nega, assim como Hobbes, que para reinar a paz é necessário um *estado civil* e, portanto, renuncia-se a parcela da *liberdade* para alcançar *segurança*. No *estado natural* os homens têm os direitos, mas não estão garantidos, pois existe uma guerra (potencial, acrescentaríamos) de todos contra todos. Com um soberano, cria-se o *estado civil*, possibilitando que seus direitos sejam assegurados. No entanto, Locke inova o pensamento hobbesiano ao introduzir que mesmo no *estado civil* o homem não perde seus *direitos naturais* mais elementares, garantidos pelo poder supremo (vida, liberdade e propriedade...⁸).

Em síntese, Locke, com base em princípios de Direito natural, consenso, subordinação do Executivo ao Legislativo, poder limitado e direito de resistência, estabeleceu as bases do Estado liberal, influenciando o período das guerras civis na Inglaterra, e preparou o caminho para o novo período, que, com Montesquieu, influenciaria as constituições dos Estados Unidos e a Revolução Francesa.

Na vasta obra *L'esprit des lois* (1748), de Montesquieu,⁹ é de especial interesse

7 Existe um direito que não é proposto por vontade alguma, mas pertence ao indivíduo, a todos os indivíduos, pela sua própria natureza de homens, independentemente da participação dessa ou daquela comunidade política. Esses direitos são os *direitos naturais*, que, preexistindo ao Estado, dele não dependem, e, não dependendo do Estado, este tem o dever de reconhecê-los e garanti-los integralmente. Os direitos naturais constituem, assim, um limite ao poder do Estado, pois este deve reconhecê-lo e não pode violá-los, pelo contrário, deve assegurar aos cidadãos o seu livre exercício (Bobbio, 2000, p. 25).

8 Locke desenvolve a ideia de que o governo é um contrato social, legitimado pelo consentimento dos governados. A partir desse contrato, as pessoas delegam ao governo o poder de proteger seus direitos. No entanto, quando o governo viola esse contrato, agindo de forma tirânica, os cidadãos têm o direito de resistir, porque a legitimidade do governo depende da preservação desses direitos naturais.

9 O capítulo parece um corpo separado dos demais elementos do livro. As três formas de governo que o estudo da história antiga e moderna revelou são: i) a república (inclui-se a democracia e a aristocracia), baseada no princípio da virtude; ii) monarquia, que se baseia no princípio de honra; e iii) despotismo, que se baseia no princípio do medo. Também faz uma distinção de governos moderados e absolutos, de acordo com o espaço ou margem de liberdade aos cidadãos e aos corpos intermediários. Ele terá um apreço pelo governo moderado, que podem ser encontrados tanto nas repúblicas quanto nas monarquias. Seria o governo da razão, em contraposição ao governo das paixões (despótico). A moderação é o prenúncio da separação de poderes. Aqui também a liberdade é mais retratada como autonomia, como

o seu famoso capítulo XI, quase como um corpo estranho aos vastos assuntos tratados no livro. No capítulo, Montesquieu, preocupado com os possíveis abusos ao exercício do poder, formula sua famosa *separação dos poderes*, dividindo o governo em três funções. Os príncipes que desejam se tornar tiranos geralmente começam concentrando em suas mãos todas as magistraturas, e muitos reis da Europa seguiram esse caminho, assumindo para si todos os cargos do Estado.

O pensamento *montesquiano*, que dispensa maiores considerações, exalta o governo moderado (em contraposição ao governo de paixões – despótico). A distribuição de poder e o controle recíprocos são instrumentos típicos de governos moderados e propriamente formulados por Montesquieu (Montesquieu, 2000).

Por fim, Rousseau¹⁰ reformula muitas premissas defendidas por seus antecessores, podendo ser classificado como o último jusnaturalista. A questão colocada pelos jusnaturalistas criava uma falsa dicotomia na escolha entre a *anarquia* do *Estado natural* ou a *servidão* no *Estado civil*. O *Estado natural* era um estado de liberdade, mas levava à guerra de todos contra todos. O *Estado civil* era um Estado de paz e segurança, mas permitia a obediência dos súditos até a opressão. Não haveria meio termo: ou liberdade sem paz, ou paz sem liberdade. Rousseau, diferentemente de Hobbes, nega que o *Estado civil* seja incompatível com a liberdade. Por isso, em seu livro *Do contrato social*, Rousseau vai propor, assim como Locke, que o cidadão não renuncia a seus direitos mais fundamentais ao aceitar o *contrato social*. Também irá contrapor a ideia hobbesiana de que a renúncia de direitos se dá em favor do soberano, “mas (sim) por

negativa. Só deve fazer algo quando as leis intervêm, com ordens ou proibições. Distribuição de poder e controle recíproco são típicos de governos moderados. Montesquieu irá revelar a necessidade de separação de poderes.

- 10 Diante das alternativas de Hobbes (ou liberdade, ou Estado), ele tenta responder com uma síntese: *e liberdade e Estado*. Toda a construção daquele livrinho famoso que é *Do contrato social* visa elaborar a fórmula de compatibilidade da liberdade com o Estado, visa estudar o modo pelo qual possa se dar a passagem de um estado de liberdade e de guerra para um estado de paz e da liberdade, melhor: de liberdade mais plena do que antes. A solução do problema é buscada por Rousseau na fórmula do contrato. Num jusnaturalista como Locke o contrato que dá origem ao Estado não é ato de renúncia total aos direitos naturais, mas um ato pelo qual os indivíduos, para sair do estado de natureza, renunciam ao único direito de fazer justiça por si mesmos e conservam os direitos naturais fundamentais (à vida, à liberdade, à propriedade) (Bobbio, 1995, p. 46).

cada um em favor de todos”. A questão principal em Rousseau é que o indivíduo cede seus direitos em favor da comunidade inteira ou do corpo político, que é a manifestação da vontade geral, dando início ao desenvolvimento de novas teorias democráticas.

Do apanhado histórico, podem ser classificados três importantes movimentos que buscaram o melhor método contra o abuso de poder:

- a) *teoria dos direitos naturais*, ou *jusnaturalismo*: o poder do Estado tem um limite externo. Além do direito proposto pelo príncipe (*direito positivo*), existe um direito preexistente de todos os indivíduos, pela própria natureza do homem. Seriam os *direitos naturais*, que independem do Estado, o qual tem o dever de reconhecê-los e garanti-los integralmente. O *Estado liberal* é próprio desse modelo;
- b) *teoria da separação dos poderes* ou *Estado Constitucional*: sustenta que a melhor maneira de deter o poder é quebrá-lo, dividi-lo: b.i) não concentrar o poder em uma só pessoa; e b.ii) que as diferentes funções não sejam confundidas num só poder. Eles se controlarão reciprocamente, considerando como funções fundamentais do Estado a legislativa, a executiva e a judiciária;
- c) *teoria da soberania popular* ou *democracia*: sustenta que a limitação não decorre por imposição de um suposto *direito natural* ou mesmo da *tri-partição* de poderes, mas da participação de todos os cidadãos. Divide-se o poder estatal, distribuindo a todos, conforme propõe Rousseau. É o poder através do consenso popular. Concede-se poder a quem dele não pode abusar: à vontade geral.

Essa classificação continua relevante até os dias atuais, com inúmeros autores contemporâneos ampliando e aprofundando essas ideias. Embora mantenham a essência original, suas abordagens tornaram-se mais complexas e sofisticadas, refletindo as nuances dos desafios atuais. Assim, o debate continua a evoluir e florescer, oferecendo perspectivas mais refinadas sobre o tema.

2. Governo das leis e ascensão do Poder Legislativo

A concentração do poder na pessoa do monarca sucedeu o modelo de relação baseada nos laços e nos vínculos de suserania e vassalagem, que, por sua vez, cedeu lugar a uma espécie de, na melhor das hipóteses, soberania parlamentar, muito em função das particularidades da experiência constitucional inglesa e a política de supervisão do Parlamento sobre a Casa Real e a política executada.

Em função da conjuntura de transição política, o tempo foi conferindo gradual proeminência ao parlamento, pois sua atuação estaria amparada em leis.¹¹

A construção teórica dos governos das leis não é nova. Na República romana Cícero já havia afirmado: “*Legum omnes servi sumus, ut liberi esse possimus*” (“Somos todos escravos da lei, para que possamos ser livres”).

A ênfase na concepção do governo das leis, ao invés de decisões arbitrárias de indivíduos, provavelmente foi um dos grandes marcos da humanidade na luta contra a tirania.

O objetivo era estabelecer o *rule of law, not man*¹² (“governo das leis, não dos homens”, tradução livre), evitando os privilégios e favorecimentos típicos de um sistema de castas.¹³ A lei enquanto *norma geral* não era destinada a regrear casos

11 De modo bastante sintético, nas primeiras décadas do século XIV começa a tomar forma o bicameralismo no Parlamento inglês, com a adoção de mecanismos de limitação e controle político do poder real. A partir do século XV inicia-se a competência legislativa do Parlamento inglês. Com as revoluções liberais, a função legislativa é definitivamente transferida dos reis aos parlamentos.

12 Para esclarecer, deve-se refletir sobre o fato de que por *governo da lei* entendem-se duas coisas diversas, embora coligadas: além do governo *sub lege*, que é o considerado, até aqui, também o governo *per leges*, isto é, mediante leis, ou melhor, através da emanção (se não exclusiva, ao menos predominante) de normas gerais e abstratas. Uma coisa é o governo exercer o poder segundo leis preestabelecidas, outra coisa é exercê-lo mediante leis, isto é, não mediante ordens individuais e concretas. As duas exigências não se superpõem: num estado de direito o juiz, quando emite uma sentença, que é uma ordem individual e concreta, exerce o poder *sub lege*, mas não *per leges*, ao contrário.

13 Com esta expressão, Aristóteles quer demonstrar que onde o governante respeita a lei não pode fazer valer as próprias preferências pessoais. Em outras palavras, o respeito à lei impede o governante de exercer o próprio poder parcialmente, em defesa de interesses privados, assim como as regras da arte médica, bem aplicadas, impedem os médicos de tratar os seus doentes conforme sejam eles amigos ou inimigos (Bobbio, 1986; Mello, 2008, p. 342).

individuais, mas sua edição seria em favor de uma classe de indivíduo ou da totalidade deles. A generalidade própria da norma evita *privilégios* e *discriminação*, tratando todos de maneira igual (função *igualizadora*). Vale deixar claro que a existência de leis *igualitárias* ou *desigualitárias* é um outro problema, que diz respeito ao conteúdo.

A favor do primado do governo das leis sobre o governo dos homens,¹⁴ extrai-se da idade clássica dois respeitáveis textos, um de Platão e outro de Aristóteles. O primeiro:

chamei aqui de servidores das leis aqueles que ordinariamente são chamados de governantes, não por amor a novas denominações, mas porque sustento que desta qualidade dependa sobretudo a salvação ou a ruína da cidade. De fato, onde a lei está submetida aos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade; onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salvação da cidade e a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam dar às cidades. (Leis, 715d *apud* Bobbio, 1986, p. 152.)

O segundo:

[...] é mais útil ser governado pelo melhor dos homens ou pelas leis melhores? Os que apoiam o poder régio asseveram que as leis apenas podem fornecer prescrições gerais e não provêm aos casos que pouco a pouco se apresentam, assim como em

14 No sentido do governo das leis é a posição de Norberto Bobbio: “Se então, na conclusão da análise, pedem-me para abandonar o hábito do estudioso e assumir o do homem engajado na vida política do seu tempo, não tenho nenhuma hesitação em dizer que a minha preferência vai para o governo das leis, não para o governo dos homens. O governo das leis celebra hoje o próprio triunfo na democracia. E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? e em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente, não tenho dúvidas sobre a resposta a estas questões. E exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir tranquilamente que a democracia é o governo das leis por excelência. No momento mesmo em que um regime democrático perde de vista este seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, numa das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narrações dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos” (Bobbio, 1986, p. 171).

qualquer arte seria ingênuo regular-se conforme normas escritas... Todavia, aos governantes é necessária também a lei que fornece prescrições universais, pois melhor é o elemento que não pode estar submetido a paixões que o elemento em que as paixões são conaturais. Ora, a lei não tem paixões, que ao contrário se encontram necessariamente em cada alma humana. (Aristóteles, 1286a *apud* Bobbio, 1986, p. 152.)

A simples ideia de um governo baseado em leis é suficiente para prevenir a tirania e a opressão? Além dessa premissa inicial, é fundamental considerar quem está autorizado a tomar decisões em nome da coletividade e quais os procedimentos.

Para modelar as diferentes visões de mundo, a questão deveria ser resolvida diretamente pela sociedade ou por seus representantes, por intermédio do processo que a maioria entendeu adequado.

O governo das leis passa a ser compreendido por um viés democrático, uma elaboração que leva em consideração a *teoria da soberania popular* ou *democracia* (Bobbio, 1986, p. 17-8).

Um Estado de Direito não é apenas um sistema em que o poder é limitado por leis; ele deve garantir que essas leis sejam justas e aplicadas de maneira equitativa e que protejam os direitos fundamentais dos indivíduos. O adjetivo *democrático* acrescenta a exigência de que essas leis sejam elaboradas e aplicadas com a participação ativa da sociedade, refletindo a vontade popular e garantindo a igualdade de todos perante a lei. Assim, o Estado Democrático de Direito configura-se como um ideal político que busca conciliar a liberdade individual com a ordem social, promovendo um equilíbrio entre o poder e a justiça.

Essa seria a elaboração inicial de um *governo das leis e democrático*, que serviu de inspiração para o republicanismo e mais tarde foi sentido em todo o mundo.

3. Paradoxos da democracia

A visão mais simples – e, por que não, romântica – da lei é própria da simplicidade de um Estado Liberal. No Estado Liberal houve a ascensão e o protagonismo do Poder Legislativo, fruto das grandes revoluções ocorridas nesse período. Esse período pode ser definido a partir da noção de que só seria

exigível o sacrifício do povo com o consentimento de seus representantes, a exemplo da política inglesa do *No Taxation Without Representation* (“nenhuma tributação sem representação”).

Sem dúvida, o grande eixo do regime democrático é que as decisões sejam definidas e controladas pelo povo e, por isso, em público. Estavam em voga os grandes ideais democráticos, mas que, com o tempo, foram demonstrando seus paradoxos.

Com o protagonismo parlamentar surgiu a inquietação: *quem controla os controladores?*

A pergunta é emblemática. No seio do nazismo, Carl Schmitt (1983, p. 130) sustentava que a Constituição de Weimar era *liberal*. A Constituição de Weimar era considerada *liberal* e desconectada da realidade porque seguia uma tradição que ele via como ultrapassada, rejeitando, por isso mesmo, todo o modelo constitucional e a legitimidade em que se baseava. A Constituição de Weimar foi criada em um período em que o *Reich* estava limitado pelo Tratado de Versalhes, para ele, portanto, uma Constituição *póstuma* – uma tentativa de implementar as já fracassadas ideias liberais e burguesas do século XIX, já consideradas ultrapassadas.

Essas ideias se baseavam na oposição entre o Estado monárquico e a sociedade representada no parlamento, em que a Constituição atuava como um contrato entre o monarca e o povo. Inicialmente, o parlamento era visto como o protetor da Constituição, mas, com o tempo, tornou-se o centro das atividades estatais e, com isso, o órgão mais poderoso (*Estado-total*), sustentando Schmitt que deveria ser combatido. Esse cenário levou à preocupação com o controle das leis e, em especial, gerou o debate sobre um possível *absolutismo parlamentar* presente desde o início da República de Weimar (Fioravante, 1999, 151).

Na Alemanha, acreditava-se que o absolutismo parlamentar deveria ser combatido pela concentração de poder em uma única figura oposta ao parlamento. Carl Schmitt defendia que, em situações de crise constitucional, o presidente, com poderes amplos sob o art. 48 da Constituição de Weimar, deveria ter a autoridade para tomar decisões excepcionais, incluindo a suspensão total das leis, para restaurar a normalidade¹⁵ (Vinx, 2015, p. 5).

15 A época foi marcada por grande instabilidade. Em 1929, havia grande crise econômica

O resultado disso? Todos conhecemos.

A diminuição do protagonismo do Poder Legislativo ainda carecia de uma análise crítica mais profunda e de fundamentação teórica sólida. Talvez o ápice do protagonismo legislativo tenha sido alcançado com a consolidação das liberdades negativas clássicas, que consistem na garantia de que o Estado se abstenha de interferir nos direitos civis e políticos dos indivíduos.

No entanto, à medida que a sociedade foi se tornando mais complexa, surgiram novos desafios que exigiram uma atuação mais ativa e interventiva do Estado, especialmente no campo dos direitos sociais e econômicos. Esse movimento trouxe à tona o debate sobre o equilíbrio entre a preservação das liberdades negativas e a necessidade de ações estatais mais amplas para promover o bem-estar coletivo.

A história demonstra que a adoção por um sistema democrático conduz à busca gradual e incondicional por direitos e, com eles, tornam-se mais complexas as sociedades.¹⁶ As sociedades deixam de ser uma economia familiar e transformam-se em uma economia de mercado, de uma economia de mercado

mundial que afetou sensivelmente a República de Weimar. Havia também uma crise de sustentação política do governo. A partir do final de 1930, o chanceler Brüning começou a governar por regulamentos. O centrista Brüning foi demitido por Hindenburg no final de maio de 1932 por razões não relacionadas à falta de apoio parlamentar direto ao seu governo. Em seu lugar, Hindenburg nomeou o ultraconservador Franz von Papen como chanceler. Von Papen e seus apoiadores queriam libertar o governo presidencial da dependência dos partidos democráticos, especialmente dos social-democratas. O novo governo dissolveu o Reichstag, o que levou a novas eleições federais em 60 dias. Nesse período, von Papen tentou conquistar o apoio do NSDAP, que se esperava que tivesse grandes ganhos nas próximas eleições, para seu governo. O plano, que acabou falhando devido à insistência de Hitler em ser nomeado chanceler, não era retornar ao governo parlamentar, mas obter a tolerância dos nazistas ao governo presidencial de von Papen (Vinx, 2015, p. 3-10).

- 16 A própria democracia leva a isso. No início somente os proprietários tinham direito ao voto, buscavam direitos negativos, propriedade (Estado limitado, Estado mínimo...). Com o crescimento, há reivindicações por mais direitos e, com isto, cresce a procura por direitos. A partir do momento em que o voto foi estendido aos analfabetos, tornaram-se inevitáveis as reivindicações ao Estado para instituição de escolas gratuitas; assim, o Estado teve que arcar com o ônus desconhecido por ele das oligarquias tradicionais e da primeira oligarquia burguesa. Quando o direito de voto foi estendido também aos não proprietários, aos que nada tinham, aos que tinham como propriedade tão somente a força de trabalho, a consequência foi que se começou a exigir do Estado a proteção contra o desemprego e, pouco a pouco,

para uma economia protegida, regulada, planificada, aumentaram os problemas políticos que requerem competências técnicas. Os problemas técnicos exigem, por sua vez, expertos, especialistas, uma multidão cada vez mais ampla de pessoal especializado. Seria a substituição do governo dos legisladores pelo governo dos cientistas. Todos os Estados que se tornaram mais democráticos, com o tempo, tornaram-se mais burocráticos.

Alguns conhecimentos nesta sociedade complexa não são acessíveis às massas e, se assim o fossem, sequer seriam compreendidos por elas. Surge então a necessidade de agentes especializados depositários deste conhecimento, os chamados *tecnocratas*, dando origem à chamada *Tecnocracia*.

No entanto, *Tecnocracia* e *Democracia* são regimes antitéticos. Se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível atribuir esta tarefa ao cidadão comum. A *democracia* sempre se sustentou na ideia de todos decidirem tudo. Quando pensamos em democracia, lembramos o grande exemplo de Atenas de Péricles, da *ágora* ou da *eclesia*, com a reunião de todos em um local público para apresentar e ouvir propostas.

A *tecnocracia*, por outro lado, pretende que sejam ouvidos os pouco que detêm conhecimento específico, aqueles mais aptos a resolver os problemas complexos desta nova sociedade complexa, como a luta contra a inflação, o pleno emprego, justa distribuição de renda, etc. (Bobbio, 1986, p. 33-4).

Neste período também crescem as críticas ao próprio sistema de leis. Embora as leis tenham aptidão para reduzir um sistema de *privilégios* e *discriminações*, elas também são produtos de bons ou maus governantes. Neste aspecto, ganha relevo a crise da representação política, com a dificuldade que o sistema representativo apresenta para expressar de modo efetivo a vontade majoritária da população.

As críticas ao sistema crescem e a função de legislar acaba entrando em declínio com a constatação de que, em um mundo cada vez mais dinâmico, a intervenção legislativa perde protagonismo. A partir de 1920, essa morosidade acabou por retirar do parlamento muito de sua hegemonia e proeminência, ao passo que Estado-Providência incentivou a centralização e a crença de que a

seguros sociais contra as doenças e a velhice, providências em favor da maternidade, casas a preços populares, etc. (Bobbio, 1986).

solução seria uma atuação mais centrada no Poder Executivo e no governo dos técnicos.

Como resultado, o Legislativo passou a compartilhar, e em muitos casos a perder, parte de seu protagonismo para outros poderes, como o Judiciário, que assumiu um papel cada vez mais ativo na garantia dos direitos e na mediação de conflitos sociais.

Mas há um problema nisso. Afinal, sabemos que em um Estado burocrático o poder é ordenado do vértice à base – o que não é o ideal –, diametralmente contrário ao sistema de poder democrático. Em uma sociedade democrática o poder vai da base ao vértice (Bobbio, 1986).

O intenso debate, evidentemente, não passou ao largo do Direito, que foi se transformando junto com a sociedade, especialmente os tribunais.

4. Estado, democracia e ascensão do Judiciário: aspectos históricos e teóricos dessa relação

Da Inglaterra o princípio da *rule of law* espalha-se para as doutrinas jurídicas dos Estados continentais, dando origem à doutrina do *Estado de Direito*, isto é, do Estado que tem como princípio inspirador a subordinação de todo poder ao Direito. Esse é o movimento ganhou o nome de *constitucionalismo*, conforme já visto.

Evidentemente que esse desenvolvimento não foi uniforme. Na *common law* a filosofia natural experimentava a transformação pelo conhecimento científico de Hobbes, que na Alemanha só veio com Kant e Hegel, com a positivação do ordenamento. Na Alemanha houve certo problema da positivação unitária do direito, em face da desconfiança com a atividade política legislativa dos reis e príncipes, pois o contexto era muito diferente daquele da França pós-revolucionária (Vesting, 2015).

Acabou sendo muito positivo o movimento do *positivismo* ao transformar o Direito em um todo ordenado, organizado e coerente. Como a *ciência natural*, o *positivismo* também operava com enunciados, axiomas e princípios primeiros no ápice de seu projeto sistemático.

Enquanto perdura o protagonismo do Legislativo, vigora o positivismo jurídico primitivo, com seu desenvolvimento e suas variações, em certa medida em Jeremy Bentham e John Austin, na Inglaterra, a jurisprudência dos conceitos,

na Alemanha, a Escola da Exegese, na França, e o formalismo norte-americano (Streck, 2014a).

O *positivismo primitivo* era aquele que buscava o objetivismo, da subsunção do fato à norma, em que a atividade jurídica resumir-se-ia ao raciocínio silogístico (juiz boca da lei). Nesta formulação inicial, o Judiciário não estaria autorizado a criar a lei, apenas a aplicar aquilo que já havia sido previamente estabelecido.

O problema do positivismo clássico é que o mundo prático não pode ser descrito em pequenos enunciados, como se fosse possível o *paraíso dos conceitos*, uma *universalidade conceitual* (Streck, 2014b).

A virada linguística sedimentou as críticas. Palavras são *símbolos convencionais*. Se são símbolos, logo estão sujeitas à mudança e à incerteza decorrentes desta forma de comunicação e, por isso, sujeitas à interpretação (Capelletti, 1999; Streck, 2014b).

Reconhecida a atividade criativa na aplicação do Direito, logo houve uma ampla insurgência contra a lógica pura e mecânica do processo. Surge, então, a revolta contra o *formalismo*, indo a momentos de maior extremidade, como o movimento do *Direito livre*, inicialmente na França, e o *realismo jurídico* norte-americano (Streck, 2014a, p. 142-188).

Entra em crise o projeto sistemático-positivista. Jhering, em seus trabalhos tardios, destacou a jurisprudência dos interesses e a Escola do Direito Livre. Todos buscavam alternativas ao pensamento sistemático.

Kelsen avançou em direção à substituição da hierarquia tradicional entre norma jurídica e sua aplicação, propondo um modelo que não distinguia fundamentalmente *aplicação* da *produção do direito*.

O Direito, segundo Kelsen (1998), tornou-se mais casuístico, tido como *norma individual* dentro das possibilidades estabelecidas por uma *norma geral*. Ele mesmo caracterizou a interpretação jurídica como uma *função da vontade*, ou seja, um procedimento que não se orienta exclusivamente pelo Direito positivo, mas também considera outros fatores e objetivos (Vesting, 2015, p. 123).

Kelsen reconheceu e ampliou o grau de indeterminação do Direito, sem conseguir oferecer soluções concretas para lidar com as incertezas.¹⁷

Começam a surgir formas, critérios e elementos novos à interpretação jurí-

17 Para uma compreensão detalhada de toda a controvérsia, confira-se o capítulo “Sobre o

dica. Se antes a interpretação focava-se mais na lógica e na análise linguística, agora há novos ingredientes nesse novo mundo, como a história, a economia, a política, a ética, a sociologia e a psicologia.

A crença ou a acomodação por um protagonismo mais acentuado do Judiciário conduziu, sem dúvida, a maior liberdade decisória aos juízes e, com isso, gerou a desconfiança com os limites de poder à decisão judicial. Novamente a pergunta: “*quem controla os controladores?*”.

4.1 *Discrecionariedade e limitação. O problema do controle da decisão judicial. Teorias estadunidenses*

Importante trazer ao contexto a distinção feita por Kant (Bobbio, 2000, p. 224) sobre as diversas formas de governo. Para ele, haveria dois critérios essenciais: o primeiro quanto à *diferença das pessoas* que detêm o poder soberano, o segundo quanto à *diferença no modo de governar*.

Com relação ao critério das *pessoas que detêm o poder soberano*, o governo é caracterizado pelo número de pessoas que detêm o poder: um (autocracia), poucos (aristocracia) ou todos (democracia). Esse critério tradicionalmente foi utilizado na filosofia política, já presente nos estudos de Aristóteles.

Com relação à diferença no *modo de governar*, leva-se em consideração se os governantes exercem o poder de forma *legal* ou *arbitrária*. Com base nesse critério, a distinção principal é entre república (governo baseado em leis) e despotismo (governo arbitrário).

Hoje, certamente, pode-se considerar que o elemento central é quem exerce o poder. No entanto, para Kant, o foco principal não está propriamente em quem exerce o poder, mas em evitar um governo arbitrário. Kant não vê qualquer constrangimento em existir uma república democrática, uma república aristocrática ou mesmo uma república monárquica, esta última, aliás, sua forma preferida de governo¹⁸ (Bobbio, 2000, fl. 225).

positivismo e a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD): algumas considerações iniciais”, em Streck (2014b).

18 Isso causa espécie, pois a compreensão de democracia já impõe um limite em si mesmo,

Com as considerações de Kant, a relevância não estaria em o governo ser democrático, mas em se evitar o arbítrio. Mas qual a decisão judicial permitida ou tolerada que não seja arbitrária, isto é, como exercer controle e impor justificação à decisão judicial? Dito de outro modo: *quem controla o controlador?*

Para evitar o arbítrio, ou mesmo o denominado ativismo judicial,¹⁹ a academia vem apostando em uma espécie de autocontenção dos tribunais, confiando especialmente no desenvolvimento de teorias prescritivas, normativas ou críticas à decisão judicial. Essas teorias visam oferecer orientações sobre como os julgamentos deveriam ser conduzidos e como as decisões deveriam funcionar, estabelecendo critérios para avaliar se algo é bom, justo, moralmente correto ou desejável.

Dada a diversidade de teorias existentes, o presente artigo se concentrará nas principais correntes dos Estados Unidos. Esse país, sem dúvida, é o principal cenário das discussões sobre o papel de juízes e tribunais dentro do sistema político, refletindo alguns dos momentos mais importantes e ricos, em termos tanto teóricos quanto empíricos, nessa área.

Em contraposição à posição kantiana, a academia americana preza muito o critério democrático, reconhecendo a dificuldade contramajoritária manifestada no veto do Poder Judiciário aos demais poderes, decorrente de a vontade de poucos juízes prevalecer sobre a decisão dos representantes da comunidade.

Iniciando o estudo a partir do *Originalismo* (*Originalism*) de Hugo Black e

evitando o governo arbitrário. Em uma democracia representativa, os eleitos são considerados, de algum modo, responsáveis pela forma como agem em nome daqueles que os elegeram, estando obrigados a prestar-lhes contas. Representação e *accountability* conformam e informam a dimensão republicana da democracia, revelando cuidadosa distinção entre o espaço público e o espaço privado dos ocupantes dos cargos públicos.

- 19 Leva-se em consideração o termo cunhado pelo historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr. em seu famoso artigo intitulado *The Supreme Court*, publicado na *Revista Fortune*, vol. xxxv, n. 1, no mês de janeiro de 1947. Nesse artigo, Schlesinger apresentou o termo *ativismo judicial* exatamente como oposto à *autorrestrrição judicial*. Para o autor, os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, “mesmo que se, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador”. Ao contrário, os juízes “campeões da autorrestrrição judicial” têm uma visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial. O trabalho apresenta a versão original do termo, não o sentido atribuído por doutrinadores nacionais.

o expressivo trabalho de Scalia (1989), pode-se dizer que, para o *Originalismo*, a interpretação das disposições constitucionais deve se basear no significado público original delas, sendo este o fator decisivo, mas não exclusivo, da interpretação constitucional. Vale dizer, as futuras gerações e os tribunais não têm autoridade para ir além do que já foi previamente estabelecido. O fundamento da interpretação constitucional consiste em questionar qual o significado dos termos empregados à época.

Observe que a questão não é sobre as intenções dos *Founding Fathers*, mas sobre o *significado público* da época. Há uma diferença importante aqui: as *intenções* residem na mente dos autores, enquanto o *significado público* se revela como um *fator social objetivo*, refletindo o entendimento coletivo daquele período.

Para o *Originalismo*, os juízes não são eleitos, e por isso devem ser guiados, em seus julgamentos, pelo princípio do *We the People*.²⁰ Eles não têm o direito de ultrapassar o significado público originalmente estabelecido, usando seus próprios critérios para impor uma nova interpretação sobre as cláusulas constitucionais. Fazer isso seria considerado um abuso da autoridade judicial.

Isso não significa que a passagem do tempo e as inovações não tragam novas questões. Casos novos podem e devem ser interpretados. Um exemplo frequentemente citado no *Originalismo* é a questão da pena de morte no Direito americano. A disposição sobre a pena de morte não é um tema contemporâneo não previsto ou debatido anteriormente, portanto não seria legítimo que, por intermédio da interpretação atual dos tribunais, se declare sua inconstitucionalidade. Se *Nós, o povo*, desejamos uma nova interpretação, cabe à legislatura eleita fazer as mudanças necessárias na lei.

Em contraste, surge a corrente conhecida como *Constituição Viva* (*Living Constitution*). Seus defensores rejeitam o *Originalismo*, argumentando que a geração fundadora não pretendia petrificar a interpretação constitucional de acordo com o que foi pensado décadas atrás. Para eles, os fundadores não eram

20 *Nós, o povo* é expressão muito utilizada no contexto americano por serem as palavras que marcam o início da Constituição americana. Trata-se de um valoroso simbolismo americano do caráter democrático da Constituição americana, que se procura registrar e valorizar. Preferimos utilizar a expressão original, pois de fácil entendimento e grande simbolismo.

originalistas, pois utilizaram termos gerais nas disposições constitucionais, o que indica a intenção de permitir que o significado original evoluísse com o tempo.

Tomemos como exemplo a Declaração de Direitos: quando foi escrita e ratificada, não se sabia a plena extensão da liberdade que se pretendia garantir. Assim, os *Founding Fathers* teriam confiado às gerações futuras a proteção desses direitos, conforme fôssemos aprendendo, ao longo do tempo, o verdadeiro alcance de seu significado. Os *fundadores*, então, teriam deixado uma carta aberta, e cabe a *nós* determinar o seu significado. Quando os direitos constitucionais evoluem, isso reflete a evolução da compreensão da sociedade, e os juízes devem estar atentos a essa mudança, agindo como porta-vozes do sentimento coletivo.

Essa visão, no entanto, é bastante controversa nos EUA, pois sugere que a geração *fundadora* pretendia que as gerações futuras reinterpretassem a Constituição à medida que *aprendessem* novos significados.

Outros rejeitam o *Originalismo*, mas não partem dessa visão. A questão seria como interpretar a Constituição, e a resposta não seria propriamente examinando a história. Essa corrente sustenta que devemos preservar o conteúdo original, mas não estamos obrigados pelo sentido original – sem sermos rigidamente restringidos por ele. Onde as *circunstâncias* e os *valores* mudaram, não haveria restrição ao entendimento original, mas, quando não houve alteração das *circunstâncias*, faríamos melhor em seguir o texto, de maneira respeitosa ao entendimento original, mas sem uma vinculação rígida. Seria uma espécie de *princípios gerais*, em que o conteúdo muda com o tempo (Sunstein, 2017, p. 69-72).

Como variante dessa corrente há a *Liberdade Ativa* (*Active Liberty*), do juiz Stephen Breyer. Como o próprio nome diz, seria uma espécie de liberdade ativa, uma autogovernança ativa de *We the People*. As disposições constitucionais ambíguas devem ser interpretadas à luz deste ideal. Na ambiguidade, pode-se invocar ideais democráticos mais amplos, relacionados à liberdade (Sunstein, 2017, p. 83).

Por fim, é importante repassar as *Leituras Morais* (*Moral Readings*), cujo maior expoente é Dworkin, que talvez tenha elaborado a teoria contemporânea mais influente sobre a atitude interpretativa do juiz, de acordo com o Direito.

O trabalho de Dworkin sempre foi no sentido de desenvolver uma teoria de como os juízes decidem, especialmente nos casos em que a lei é silente, quando não é clara ou quando há ambiguidade, buscando se contrapor ao *positivismo* até então dominante de Hart.

Daí por que Dworkin inicia seu livro *O império do Direito* (*Law's empire*) com a seguinte frase: “É importante o modo como os juízes decidem os casos” (tradução livre),²¹ de maneira que a teoria dworkiniana vai se debruçar sobre a análise substantiva dos argumentos utilizados pelos magistrados na solução dos casos. Nesse caminho, ele vai propor uma leitura diferente das tradições positivistas até então: a) nos casos difíceis os juízes teriam discricionariedade praticamente ilimitada (Hart); ou b) criariam normas arbitrariamente (Kelsen).

Para Dworkin, não haveria apenas respostas *diferentes* aos problemas nos casos incertos, mas poderia haver respostas *certas*.

Dworkin aborda o debate central que frequentemente surge, especialmente na opinião do leigo (*layman*), sobre se o juiz *descobre* a lei no caso concreto ou se *cria* a lei ao julgar. Por exemplo, se o juiz apenas descobre a lei, então, no caso da segregação racial, o julgamento da Corte indicaria que a segregação sempre foi inconstitucional nos EUA, mesmo antes da decisão. Por outro lado, se o juiz cria a lei a partir do caso concreto, podemos dizer que a lei contra a segregação só passa a valer a partir do momento em que o julgamento é proferido.

Este debate não auxilia na descoberta da origem do problema, pois isso somente seria possível se soubéssemos e tivéssemos certeza do que a lei realmente é de acordo com a visão estabelecida pelos *atos simples* (*plain fact view*).

Quem conhece a prática jurídica sabe que juízes e advogados divergem muito sobre a lei ou qual o teste correto a ser utilizado. Se essa divergência não é sobre a história dos fatos narrados e se não é sobre moralidade, que tipo de controvérsia é esta?

Com essa habilidosa argumentação, Dworkin irá sustentar que a divergência que ocorre nos tribunais não é no sentido do que a lei deveria ser, e, portanto, questão de *moralidade* e *fidelidade*, mas sim que há uma controvérsia genuína sobre o que a lei realmente é. Seria um debate propriamente jurídico, e não político.

Mas então: o que fazer? Dworkin sintetiza diversas visões a partir da indagação: o aplicador deve preencher a lacuna com o máximo do espírito da lei que circunda a questão? Ou deve ele procurar alcançar o resultado a que chegariam os atores eleitos, caso eles fossem legislar? Ou, como um aventureiro, ele deveria tentar o resultado mais justo possível, a partir de sua concepção?

A teoria dworkiniana vai afirmar que interpretação criativa não é relativa

21 “*It matters how judges decide cases.*” (Dworkin, 1986, p. 1.)

à conversação, mas sim construtivista, e sua preocupação essencial é com seu propósito, não com a causa. Assim, o objetivo não é fundamentalmente descobrir o propósito do autor, mas sim a sensibilidade do intérprete, de modo que se justifique a interpretação da norma de maneira criativa (Dworkin, 1986).

De modo sintético, podemos dizer que Dworkin, ao longo de sua obra, irá trazer uma coletânea de julgados (*the real world*) para entender a argumentação judicial, de modo a corroborar a forma ou o que os juízes levam em consideração na hora da decisão.

Nessa perspectiva, Dworkin também irá desenvolver seus trabalhos da concepção de Direito como integridade, em que as decisões constitucionais legítimas são baseadas em argumentos de princípios, que seriam trunfos dos cidadãos contra maiorias políticas, individuais, mas universalizáveis, pois fundados no igual respeito e consideração de todos, ainda que implique uma diminuição no bem-estar da comunidade (Dworkin, 1978). Estabelece, assim, a diferença entre o raciocínio jurídico (de cunho deontológico) de uma atitude política (movida por interesses), que não poderia ser adotada pelos tribunais (Dworkin, 2006b).

A teoria dworkiniana parece trazer novos elementos e sofisticação à importante doutrina que floresceu na Inglaterra, ao romper com o absolutismo monárquico:

Um dos mais famosos cultores do pensamento político inglês, McIlwain, numa obra notável, traduzida também para o italiano, *Constituzionalismo antico e moderno* (Veneza; Neri Pozzi, 1956), tentou explicar historicamente o desenvolvimento peculiar da monarquia inglesa como Estado limitado. Ele afirma, com base em estudo profundo de documentos e textos antigos, que a característica fundamental da monarquia inglesa era, desde as origens, a distinção *entre poder de governo (gubernaculum) e poder jurisdicional (jurisdictio)*. De fato, o poder de governo era absoluto ou sem controle no que diz respeito à ação política; mas estava subordinado ao poder jurisdicional no que diz respeito às suas relações com os cidadãos, os quais eram protegidos pelo direito comum (*common law*), aplicado pelos juízes. A separação entre *gubernaculum* e *jurisdictio* era uma atuação histórica da separação dos poderes, e permitia aquela proteção dos direitos individuais para a qual tendiam todas as doutrinas do Estado limitado. Onde existia um direito comum, ou seja, um direito positivo, aplicado pelas cortes, superior, no que diz respeito pelo menos às matérias de direito privado, ao direito do rei, o direito que o cidadão tinha de resistir ao abuso do poder executivo não era puro direito natural, mas um

verdadeiro direito positivo, ou seja, um direito garantido e protegido no próprio interior do ordenamento jurídico. Assim é possível explicar como a Inglaterra tenha sido o primeiro país no qual se realizou a separação dos poderes, e com isto se tenha colocado as bases do Estado constitucional moderno. (Bobbio, 1995, p.30.)

A *concepção constitucional de democracia* de Dworkin exige, portanto, que o governo trate os cidadãos com igual consideração e respeito, mas isso nem sempre é possível apenas seguindo os procedimentos previstos na Constituição (*Constitucionalismo procedimental*) (Dworkin, 2006b, p. 2).

Por isso, na compreensão de Dworkin, é essencial que as instituições políticas, em sua composição e práticas, tratem todos os membros da comunidade como indivíduos com igual consideração e respeito. Nesse sentido, a democracia se revela como um conjunto de mecanismos voltados para a tomada de decisões corretas. A melhor democracia não se preocupa somente com quem toma a decisão, mas também com o conteúdo da decisão, ou seja, com a produção de resultados que reflitam o igual respeito e consideração por todos. Se as instituições democráticas seguem esses princípios, suas decisões devem ser aceitas por todos. Caso contrário, a própria democracia exige a existência de outro procedimento que melhor proteja e respeite essas condições (Dworkin, 2000).

A teoria, em última análise, impõe limites à ação da sociedade em relação à autonomia dos indivíduos, respeitando as condições democráticas de participação, igual consideração e independência. Os tribunais estariam autorizados a realizar *filtros morais* aplicados às políticas públicas majoritárias, que são incorporados ao Direito pelos princípios derivados da concepção de integridade do Direito. Assim, a democracia não se limita à regra da maioria, mas deve ser vista como uma parceria entre os cidadãos, combinando direitos individuais com procedimentos majoritários.

Nessa visão, a Suprema Corte teria melhor condições de avaliar se uma lei ofende os direitos constitucionais dos cidadãos, pois o debate estaria situado na correção moral dos argumentos. Daí por que a Constituição de princípios, para Dworkin, não é antidemocrática, mas sim pré-condição para que a democracia majoritária possa funcionar. Uma Constituição de princípios reforçada por juízes independentes propicia a democracia legítima, pois trata o cidadão com

igual respeito e consideração de suas liberdades fundamentais e sua dignidade (Dworkin, 2006a).²²

Dworkin defende uma *leitura moral* da Constituição, isto é, extrair da Constituição o melhor sentido moral possível, tornando as previsões constitucionais as melhores possíveis. Seria a melhor interpretação dos direitos humanos.

Obviamente que uma leitura moral trará inúmeras discordâncias, pois a resposta certa não pressupõe que ela seja idêntica por todos os juízes (Dworkin, 1978), mas para ele não há problema nisso, pois eles estão discordando sobre a coisa certa (Sunstein, 2017).

4.2 *O problema do controle das decisões judiciais.*

Uma teoria da decisão teria como objetivo estabelecer limites e critérios, adequados e racionais, à aplicação do Direito. As teorias desenvolvidas, embora sedutoras, geram uma pergunta relevante e, de certo modo, incômoda: o que acontece se os juízes não seguirem as recomendações? Poderia haver atuação judicial sem controle? Afinal: *quem controla os controladores?*

O *constrangimento epistemológico*²³ sugerido pela academia talvez não seja nada além disto: um incômodo. Quanto à efetividade da proclamada autocontenção, persuasivas as considerações de Jeremy Waldron (2012), particularmente suas preocupações sobre as limitações do poder judicial, isto é, se os limites existem apenas na mente dos próprios juízes.

Waldron sustenta que, se o único controle sobre o poder de um juiz é sua própria autocontenção ou um julgamento interno, então, na prática, eles não

22 Ackerman (2007, p. 429) irá criticar esta busca absoluta por igualdade. Evidentemente que as sub-representatividades mais grosseiras devem ser corrigidas, mas cabe lembrar que as medidas para corrigir os desequilíbrios organizacionais podem corroer os compromissos dualistas mais fundamentais. Antes de sermos divididos em categorias, somos todos cidadãos, preocupados com o bem geral e os interesses permanentes de toda a comunidade. A busca pelo pluralismo perfeito seria a busca irrestrita pelos interesses parciais, e não pelo bem de todos.

23 “Trata-se de uma forma de, criticamente, colocarmos em xeque decisões que se mostram equivocadas” (Streck, 2012, p. 7).

têm limitação nenhuma, concluindo, é verdade, que os juízes não podem ser os únicos responsáveis por moderar seu próprio poder.

No contexto americano, conservadores e liberais convergem quanto à preocupação de restringir a esfera de discricionariedade dos juízes, “porém, se a decisão do juiz contém um elemento moral, e se o realismo moral é falso, então o senso de limitação desaparece” (Waldron, 1999, p. 186). Se o limite à atuação significa o limite moral do juiz e ele inexistente, as decisões acabam condicionadas pelas preferências subjetivas do magistrado, que irá realizar seu próprio controle.

Sugere, assim, que as limitações reais ao poder judicial devem vir de fontes externas e objetivas, como a legislação ou processos democráticos, evitando um excesso de autoridade judicial sem o devido controle. Voltaremos nisso mais adiante.

Ainda há um outro problema relacionado às atuais teorias prescritivas ou normativas da decisão judicial.

As correntes de pensamento associadas ao positivismo jurídico foram, sem dúvida, algumas das mais influentes na história recente, desempenhando um papel central na sistematização e estruturação do Direito. No entanto, o que inicialmente foi sua maior virtude acabou por se tornar sua ruína. O positivismo jurídico buscava examinar e descrever o Direito de maneira objetiva, sem a interferência de valores morais, éticos ou pessoais, tratando-o como um fenômeno avalorativo.

Teorias contemporâneas criticam o positivismo, até de maneira acentuada,²⁴ justamente pela abordagem descritiva e a obsessão pela neutralidade.

24 A hermenêutica jurídica praticada no plano da cotidianidade do Direito deita raízes na discussão que levou Gadamer a fazer a crítica ao processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como sendo produto de uma operação realizada em partes (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*, isto é, primeiro compreendo, depois interpreto, para só então aplicar). A impossibilidade dessa cisão implica a impossibilidade de o intérprete retirar do texto algo que o texto possui em si mesmo, numa espécie de *Auslegung*, como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, para Gadamer, fundado na hermenêutica filosófica, o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*). O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes, porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmo. Veja-se que, desde sempre, a hermenêutica exsurge a partir da invasão da filosofia pela linguagem coloca em xeque a cisão dual-estrutural que mantém o positivismo, isto é, de que existem descrições e prescri-

Recentemente, as teorias prescritivas têm enfrentado críticas por serem vistas como o oposto do positivismo jurídico, justamente naquilo que o criticavam. Elas são acusadas de adotar uma particular visão de mundo: a do próprio teórico, moldada pelas experiências, reflexões e contingências humanas experimentadas. Em última análise, essas teorias refletem a tendência natural de projetarmos nossas aspirações e inquietações pessoais no objeto de estudo, o que compromete, em certa medida, sua aceitação.

Waldron (2012) lembra que a questão não é chegar a *respostas corretas*. O problema é que as pessoas não conseguem demonstrar que a resposta esteja objetivamente *correta* do ponto de vista moral. O indivíduo pode ter seus critérios epistemológicos para dizer que a resposta seja *a correta*, mas eu posso não aceitar essa epistemologia como *a correta*.

A crítica contundente de Waldron sugere que a fidelidade com a democracia, para alguns filósofos políticos modernos, é limitada e esse limite é definido essencialmente pela teoria de justiça favorita ou a teoria de direitos humanos que ele adota. O ideal democrático do Direito é tolerado enquanto não se afastar muito das concepções do filósofo ou do senso de justiça que ele prega (Waldron, 2008, p. 33-38).

Ackerman, na mesma linha, sustenta que a interpretação dos compromissos constitucionais não pode ser aquilo que um ou outro filósofo entenda que deva ser feito. A construção do Constitucionalismo, na visão ackermaniana, preza pela construção da história americana por *We the People*.²⁵

ções. Na descrição já existe prescrição. O olhar externo do positivismo exclusivo, para falar apenas do “positivismo duro”, já vem impregnado por aquilo que o positivismo quer evitar: a impregnação do Direito pela moral. Assim, ter uma posição que exclua a moral do Direito já é, por si, uma posição moral (Streck, 2022).

- 25 Para Ackerman a legitimidade do regime constitucional deve vir da noção de soberania popular, que é o exercício político decisório pelo próprio povo. Para ele há um regime dualista, de exercício do poder: I – política ordinária, na qual os políticos profissionais tomam as decisões cotidianas em representação ao povo; e a II – política extraordinária, momentos políticos únicos de grande comoção nacional, em que o povo toma as rédeas de seu destino e faz escolhas políticas fundamentais. Esses momentos únicos de política extraordinária são o que Ackerman denomina de *momentos constitucionais*. Ackerman pretende retirar o protagonismo dos juízes dando ao povo o poder de estabelecer os compromissos constitucionais. Aos tribunais caberia apenas monitorar se, durante o período de política ordinária,

De outro modo, é como se cortássemos fora três quartos de século, de evoluções e lutas que os americanos se mobilizaram com sucesso em expressar suas conclusões constitucionais,²⁶ que foram encampadas pelas instituições centrais do Estado: “Neste ponto estou mais próximo ao *Justice* Scalia do que do Professor Ronald Dworkin” (Ackerman, 2007, p. 1754).

Sem dúvida que transformar nossa Constituição em algo melhor do que ela é se revela uma bela visão. O problema é que as visões constitucionais são muitas, que competem entre si, e a Constituição não deve ser sequestrada por uma ou por outra.

Ackerman vai apontar as inconsistências de ambos os lados. Hugo Black privilegia a soberania popular, mas relativiza as conquistas mais modernas, ao interpretar a Constituição conforme o passado. Oliver Wendell Holmes reconhece que a Constituição foi muito além do constituinte, mas relativiza o princípio da soberania popular.

os políticos profissionais estariam respeitando as decisões fundamentais do povo, mas não desencadear uma mudança constitucional em nome dele. É por isso que a crença do povo na Constituição é tão importante para o pensamento ackermaniano. O povo precisa conhecer a Constituição. O povo precisa ser consciencioso (Ackerman, 1991 e 1998).

- 26 Ackerman procura demonstrar que os grandes marcos legais da América não são decorrentes de um simples ponto, um simples evento, um simples julgamento, mas sim de um processo extenso de debates que leva uma década ou duas. Por exemplo, o papel de *Brown vs Board of Education* foi de precipitar este debate. O resultado que nunca veio, porque ele não pode ser ditado ao povo, uma decisão vinda de cima, mas sim de um debate, e uma decisão vinda de baixo: *Do povo*. Na verdade, como diz Ackerman, o caso Brown sempre foi muito vulnerável e ele só foi efetivamente aplicado quando reforçado pelas políticas públicas do presidente Johnson. Explica ele que, após o julgamento do caso pela Suprema Corte, houve um *backlash*, comumente chamado de Jim Crow (consubienciado nas inúmeras leis raciais nos estados mais ao sul), que depois foram combatidas com força pela presidência de Kennedy. Com a morte de Kennedy entra Lyndon B. Johnson, que estava muito alinhado às questões raciais e efetivamente concretiza o caso Brown. A dificuldade na implementação do caso Brown e o crescimento do sentimento americano são confirmados por Dworkin (1986), referindo que, após o julgamento do caso *Plessy vs Fergusson* (segregados, mas iguais), crescia o sentimento na população de a segregação racial ser errada. Este sentimento cresce após a guerra, em que muitos negros haviam morrido lutando. Ainda assim, os estados mais ao sul resistiam à mudança. Quando a Suprema Corte julgou o caso Brown, ela não determinou que fosse revista a decisão imediatamente, mas sim o mais rápido possível. Na época houve inúmeras críticas de que a decisão era antijurídica.

Ambos, no entanto, não praticam o que eles pregam. Juízes de ambos os lados, para não chegar a um resultado que não seja razoável, usam ficções legais para esconder quando julgam conforme o outro lado (Ackerman, 2007).

Autores democráticos evitam adotar uma versão particular do princípio *Lex injusta non est lex* (“lei injusta não é lei”), pois eles são especialmente sensíveis à realidade dos desacordos morais. Para eles, os desacordos sobre justiça são questões políticas comuns que devem ser resolvidas através de um procedimento justo de votação. Isso não significa que aqueles que perderam a votação mudaram sua opinião sobre o que é justo; os pensadores democráticos acreditam que a decisão será aceita, apesar das divergências, porque foi alcançada de maneira correta, através de um procedimento justo. Caso contrário, sempre que alguém fosse derrotado, consideraria a lei injusta, o que resultaria na inalcançável busca por unanimidade (Waldron, 2008, p. 33-38).

Para Waldron (1999a, p. 157), os desacordos sobre justiça antecedem os desacordos sobre o desenho institucional. Ele argumenta que o desacordo sobre uma concepção mínima de justiça é mais amplo e profundo do que a concepção oferecida por John Rawls, que pressupõe que os participantes da arena política eventualmente chegarão a um acordo sobre princípios de justiça. Para ele, não haverá uma base unânime, que será o ponto de partida das discussões, mas a base será estabelecida pelo processo democrático. Nesse sentido, não há base moral para condicionar o procedimento majoritário à revisão judicial ou fundamentar a legitimidade política em critérios de justiça, bem ou verdade, como propõe Dworkin.

Em alternativa, Waldron (1999b) sugere que o respeito ao igual *status moral* de todos os indivíduos implica a igual consideração de todos os argumentos no debate público. Assim, todos os argumentos são válidos na arena democrática, não havendo falar em fundamentos melhores ou piores.

De onde e por quem a decisão foi tomada? Se existe uma controvérsia na sociedade, quem exatamente participou da tomada de decisão? Quem é governado por determinada norma tem o direito de participar em iguais termos “se” a decisão deve ser adotada.²⁷ O indivíduo democrático acredita que as

27 E o procedimento é importante para Waldron (2008, p. 24), pois é o que possibilita a igual participação. É importante que a lei venha da fonte certa e da forma correta.

instituições políticas democráticas encampam este princípio e devem procurar reformar ou subordinar as outras instituições com poder de decisão que possuem outra base de atuação. Esta concepção vai de encontro à ideia dworkiniana, que associa democracia com a jurisprudência de direitos assegurada pelo Judiciário (Waldron, 2008, p. 20-1).²⁸

Conclusão

O tempo demonstrou que o *controle do poder* é um dos pilares fundamentais ao estudo do Direito e constitui elemento central de qualquer regime republicano, de modo a prevenir abusos e proteger a liberdade e os direitos dos cidadãos. A história, especialmente com a queda de regimes como o nazismo, mostrou a importância de mecanismos eficazes de controle para garantir a justiça e a democracia.

Esse novo enfoque teve como produto alterações profundas no Direito e, como subproduto, a ampliação do papel das cortes na sociedade.

A tendência foi acentuada com a crise que naturalmente atingiu a política, especialmente do parlamento, que tem falhado em atender os anseios populares pelo bem comum. Fatores como corrupção, defesa de interesses partidários e patrimonialismo na gestão pública corroem a confiança da população nas instituições, o que acaba por fortalecer a legitimidade de outras instâncias que desfrutam de maior prestígio e confiabilidade.

Nessa nova dinâmica, o controle de constitucionalidade das leis permitiu maior protagonismo às cortes, passando a ser elementos centrais de uma sociedade. Na prática, tem-se observado que os tribunais, especialmente as cortes

28 Waldron aponta inúmeras inconsistências nas teorias que justificam a maior adequação de os tribunais decidirem questões próprias da democracia em detrimento do parlamento. A análise baseia-se em decisões judiciais que o teórico entende adequadas em contrariedade a resultados inadequados de origem parlamentar, mas critica que este cotejo não é feito em todo seu conjunto. Ainda, revela que as teorias elaboradas quanto à decisão judicial normatizam o papel de como o juiz deveria decidir (a exemplo do juiz Hércules, de Dworkin) mas não como eles, de fato, decidem, o que seriam bases inadequadas para comparação entre o Judiciário e o Legislativo. Daí por que sua preocupação será em elaborar uma teoria de como o parlamento deveria decidir.

constitucionais, são cada vez mais convocados para moldar a *agenda política*, atuando como *policy makers*. Com suas decisões, as cortes enfrentam questões diversas e muitas vezes polêmicas, tornando-se protagonistas no cenário político. Novas teorias concederam ao Judiciário maior liberdade de decisão, que agora levam em conta não só as leis, mas também fatores como história, economia, política e ética.

Esse protagonismo, embora frequentemente exercido com prudência, gera desconforto, uma vez que os membros dessas cortes não são eleitos diretamente e, discursivamente, não se sentem compelidos a dar alguma satisfação ao povo para o qual também governam. Embora o controle de constitucionalidade seja essencial para garantir a separação de poderes e prevenir abusos, ele também pode gerar conflitos e tensões, o que aumentou a preocupação com os limites do poder judicial.

Em resposta, a academia desenvolveu sofisticadas teorias da decisão judicial, com o objetivo, na melhor das hipóteses, de criar critérios claros e racionais para guiar a atuação dos tribunais. No entanto, o problema surge quando os juízes não se sentem obrigados a seguir essas recomendações, levantando o conhecido dilema: “*quem controla os controladores?*”.

Não é razoável esperar uma resposta definitiva para uma questão tão dinâmica e complexa. No entanto, é possível oferecer um prognóstico cuidadoso, baseado em observações sobre o estado atual das coisas. Talvez a solução mais imediata para essa questão, embora possa parecer um tanto simplista e, de certo modo, simplória, seria a recalibragem das atribuições estatais.

Frequentemente o dilema que se coloca à contenção de um poder seria dar a outro mais poder, a fim de controlá-lo. Essa solução não passaria de algo estéril, senão perigoso.

Devemos lembrar que a Constituição é, em sua essência, um pacto entre os membros de uma comunidade. Um pacto de respeito mútuo e união, que nos protege e sempre nos protegeu. Mas esse pacto fica ameaçado quando os poderes estão em desequilíbrio, e o pacto que nos protege pode ser apropriado por um deles.

A busca por equilíbrio entre os poderes é uma constante preocupação, e resolver esse dilema pode ser a chave para definir o que constitui uma boa ou uma má Constituição.

Entendamo-nos bem. Apostar na recalibragem da divisão dos poderes não

significa que devemos interromper o desenvolvimento de teorias da decisão judicial. Essas teorias devem continuar evoluindo para se adaptarem às mudanças nas condições sociais, culturais, econômicas e políticas.

Pretende-se apenas concluir que a divisão ponderada e calibrada dos poderes continua sendo um instrumento constitucional dos mais valiosos para limitar um poder que, de outro modo, poderia tornar-se incontrolável.

Por fim, vale recordar as valiosas lições de Bobbio (1986, p. 5), que nos alertam sobre a relação entre poder e o direito:

Retomo a minha velha ideia de que direito e poder são as duas faces de uma mesma moeda: só o poder pode criar direito e só o direito pode limitar o poder. O estado despótico é o tipo ideal de estado de quem se coloca do ponto de vista do poder; no extremo oposto encontra-se o estado democrático, que é o tipo ideal de estado de quem se coloca do ponto de vista do direito. Quando exaltavam o governo das leis em contraposição ao governo dos homens, os antigos tinham em mente leis derivadas da tradição ou forjadas pelos grandes legisladores. Hoje, quando falamos de governo das leis pensamos em primeiro lugar nas leis fundamentais, capazes de estabelecer não tanto aquilo que os governados devem fazer quanto como as leis devem ser elaboradas, sendo normas que vinculam, antes ainda que os cidadãos, os próprios governantes: temos em mente um governo das leis num nível superior, no qual os próprios legisladores estão submetidos a normas vinculatórias. Um ordenamento deste gênero apenas é possível se aqueles que exercem poderes em todos os níveis puderem ser controlados em última instância pelos possuidores originários do poder fundamental, os indivíduos singulares.

Referências

- ACKERMAN, Bruce, 2006. The Holmes lectures: the living constitution. *Harvard Law Review*, [S. l.], v. 120, n. 7, May 2007. Disponível em: https://www.ivr.uzh.ch/institut/mitglieder/diggelmann/lehre/usconstitutionallaw/Ackermann_The_Living_Constitution.pdf. Acesso em 15 out. 2020.
- ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge: Belknap Press, 1991. v. 1.

- ACKERMAN, Bruce. *We the People: transformations*. Cambridge: Belknap Press, 1998. v. 2.
- BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. Trad. José F. Fernández Santillán. México: Fondo de Cultura. Económica, 1986.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. de Alfredo Fait. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarin, 2000.
- CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Trad. Calos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999;
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: The Belknap Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006a.
- DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006b.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Trad. Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- O'DONNELL, Guilherme. Democracia delegativa? *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 31, out. 1991.
- RAWLS, John, *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.
- SCALIA, Antonin. Originalism: the lesser evil. *University of Cincinnati Law Review*, [S. l.], v. 57, n. 849, 1989. Disponível em: https://cdn.ymaws.com/www.phideltaphi.org/resource/group/64B1D1A9-0EB0-47ED-B979-F30E19C3AC06/conlaw-_weiner/originalism_the_lesser_evil.pdf. Acesso em 30 jan. 2021.
- SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983.
- SCHLESINGER Jr., Arthur M. *The Supreme Court: 1947*. Fortune, vol. 35 (1), 1947, p. 73.
- STRECK, Lenio Luiz. *Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio Dilemas da crise do direito*. Brasília a. 49 n. 194 abr.-jun. 2012. Disponível em:

- <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 2 out. 2024.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed., rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014b.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica constitucional*. Última publicação, Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 2, abr. 2022. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/18/edicao-2/hermeneutica-constitucional>. Acesso em 1º out. 2024.
- SUNSTEIN, Cass. *Impeachment: a citizen's guide*. Cambridge: Harvard University Press, 2017.
- VINX, Lars. *The guardian of the Constitution*: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law. Translation, introduction, and notes by Lars Vinx, Cambridge University Press, 2015.
- WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. New York: Cambridge University Press, 1999a.
- WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999b.
- WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, [S. l.], v. 115 n. 6, 2006. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3>. Acesso em 10 abr. 2020.
- WALDRON, Jeremy. Can there be a democratic jurisprudence? *New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Papers Series*, [S. l.], n. 8-35, nov. 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1280923. Acesso em 13 ago. 2020.
- WALDRON, Jeremy. Constitutionalism: a skeptical view. *New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Papers Series*, [S. l.], n. 10-87, May 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1722771. Acesso em 7 jul. 2020.
- WALDRON, Jeremy. Is the rule of law an essentially contested concept (in Florida)? *Law and Philosophy*, [S. l.], v. 21, n. 2, 2002.
- WALDRON, Jeremy. *Political theory*: essays on institution. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

VIOLÊNCIA POLÍTICA CONTRA A MULHER NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: ANÁLISE DA LEI 14.192/2021, SUA APLICAÇÃO EM CASOS CONCRETOS E SEUS DESAFIOS

*Roberta Simões Nascimento*¹

Introdução

A Lei 14.192, de 4 de agosto de 2021, estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher. Para isso, alterou a Lei 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), a Lei 9.096, de 19 de setembro

1 Doutora *cum laude* em Direito pela *Universidad de Alicante* (Espanha). Doutora e mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professora adjunta da Universidade de Brasília (UnB), aprovada em primeiro lugar no concurso em 2020. Advogada do Senado Federal desde 2009. Professora do Curso de Especialização *Bases para una Legislación Racional* na *Universidad de Girona* (Espanha). Professora do Programa de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas desenvolvido pela UnB para servidores do Supremo Tribunal Federal (STF). Professora dos cursos de especialização em Poder Legislativo e Direito Parlamentar e em Orçamento Público do Instituto Legislativo Brasileiro (ILB/Senado Federal).

de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), e a Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), para dispor sobre os crimes de divulgação de fato ou vídeo com conteúdo inverídico no período de campanha eleitoral, para criminalizar a violência política contra a mulher e para assegurar a participação de mulheres em debates eleitorais proporcionalmente ao número de candidatas às eleições proporcionais.

Tal lei trouxe a definição de violência política contra a mulher como *toda ação, conduta ou omissão com a finalidade de impedir, obstaculizar ou restringir os direitos políticos da mulher*, bem como *qualquer distinção, exclusão ou restrição no reconhecimento, gozo ou exercício de seus direitos e de suas liberdades políticas fundamentais, em virtude do sexo* (art. 3º, parágrafo único). Essa definição recebe críticas por parte da literatura, como será detalhado adiante.

Entre as disposições que mais merecem destaque da Lei 14.192/2021 está a que cria o *crime de violência política de gênero*. Trata-se da inclusão do art. 326-B no Código Eleitoral, nos seguintes termos:

Art. 326-B. Assediar, constranger, humilhar, perseguir ou ameaçar, por qualquer meio, candidata a cargo eletivo ou detentora de mandato eletivo, utilizando-se de menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia, com a finalidade de impedir ou de dificultar a sua campanha eleitoral ou o desempenho de seu mandato eletivo.

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço), se o crime é cometido contra mulher:

I – gestante;

II – maior de 60 (sessenta) anos;

III – com deficiência.

O dispositivo vem sendo considerado um grande avanço na matéria, dado que as ações afirmativas que a legislação brasileira tem incorporado ao longo das últimas décadas são relevantes, mas não têm sido suficientes ou satisfatórias para a inclusão de mulheres na política. Ao mesmo tempo, o ambiente da política continua sendo hostil para as mulheres; diz-se que não atrai as mulheres. Isso se reflete nos baixos resultados das ações afirmativas, as quais, sobretudo pelo tempo pelo qual vêm sendo aplicadas, já deveriam ter proporcionado avanços maiores.

Nas eleições de 2022, o número de mulheres na Câmara dos Deputados subiu de 77 para 91, o maior da história, mesmo correspondendo a um quinto dos membros. No Senado Federal, foram eleitas somente quatro mulheres em 2022. Esses resultados no Brasil são comparados com os de outros países, como Argentina e Paraguai, em que as cotas foram acompanhadas da maior presença de mulheres nos parlamentos, proporcionalmente (Htun, 2001).

Nesse sentido, paralelamente às cotas, sem prejuízo delas, o direito penal foi utilizado como mais uma ferramenta à disposição dos legisladores para auxiliar na proteção das garantias fundamentais das mulheres. Com a criação do *crime de violência política de gênero*, o legislador cuidou de tratar, de forma destacada, essas condutas em relação aos crimes contra a honra, dando um perfil mais específico em torno do bem jurídico tutelado, que é a proteção da garantia constitucional da participação política das mulheres.

Tendo em vista que a igualdade na representação política é um dos pilares do Poder Legislativo, o presente trabalho se dedica a analisar o tipo do art. 326-B do Código Eleitoral, considerando as discussões teóricas e práticas a respeito do crime de violência política contra a mulher. A análise passa pela reconstrução da discussão legislativa, pelas controvérsias encontradas a partir da revisão da literatura, pela jurisprudência à luz dos casos julgados até agosto de 2024 e pelas proposições legislativas que continuam em tramitação sobre a matéria. Além de trazer esse panorama geral, buscam-se implicações da discussão para outros temas caros às Casas Legislativas, notadamente a imunidade parlamentar, tentando iluminar a identificação de possíveis casos de violência política contra as mulheres.

O trabalho adota a seguinte estrutura: a seção 1 traz considerações teóricas sobre a violência contra as mulheres e de gênero na política, à luz da literatura de referência sobre o tema; a seção 2 apresenta a tramitação legislativa do Projeto de Lei (PL) 5.613/2020, que resultou na Lei 14.192/2021, que estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher; a seção 3 comenta os aspectos jurídico-dogmáticos do crime de violência política de gênero do art. 326-B do Código Eleitoral; a seção 4 expõe resumidamente as primeiras condenações pela prática do crime, à luz dos casos julgados nos Tribunais Regionais Eleitorais (TRES) dos Estados do Ceará, Paraíba, São Paulo e Rio de Janeiro, e faz uma síntese sobre os aspectos controvertidos; a seção 5 lista os projetos de leis em tramitação sobre a mesma matéria pendentes de

apreciação no Congresso Nacional. O trabalho termina com a conclusão, que retoma e enfatiza os principais pontos da pesquisa.

1. Considerações teóricas sobre a violência contra as mulheres e de gênero na política

A violência contra as mulheres na política vem sendo considerada pela literatura como uma estratégia para impedir a participação política das mulheres (Krook; Restrepo Sanín, 2016b, p. 127). A explicação dessa motivação de *excluir* as mulheres da vida política visa a rebater a visão de que a violência seria *custo de se fazer política*, calcada na máxima de Carl von Clausewitz (1996) no sentido de que *a guerra é a continuação da política por outros meios*. Essa fórmula clausewitziana, mais do que naturalizar a violência da guerra, revela a violência na própria política, como se a violência fosse algo inerente à política. Assim, a utilização da violência se dá não com o objetivo de ganhar uma disputa partidária, mas de minar as mulheres como atores políticos (Lopes, 2024, p. 116).

A violência de modo geral contra as mulheres aparece como um mecanismo para manter as mulheres subordinadas, limitando suas chances de viver, aprender, trabalhar e amar plenamente como seres humanos, e dificultando que se organizem e lutem por seus direitos (O'Connell, 1993, p. iii). Por seu turno, a violência contra as mulheres na política tem o componente adicional, com o propósito voltado para que as mulheres *abandonem* a política, mesmo tendo sido praticada contra uma mulher em particular.

Nas palavras de Krook e Restrepo Sanín (2016b, p. 139), em tradução livre:

Quando as mulheres políticas são atacadas apenas por suas opiniões políticas, não se trata de um caso de violência contra as mulheres na política. No entanto, a ambiguidade fica evidente quando a forma de atacá-las é por meio do uso de estereótipos de gênero, com foco em seus corpos e papéis tradicionais, principalmente como mães e esposas, o que nega ou enfraquece sua competência na esfera política. O uso de imagens ou estereótipos de gênero para atacar as oponentes femininas torna as ações um caso de violência contra as mulheres na política, pois sugere que o lugar das mulheres não é na política. Essas ações têm um impacto profundo, pois não são dirigidas apenas contra uma única mulher, mas também

têm o objetivo de intimidar outras mulheres políticas, desencorajar outras mulheres que possam considerar uma carreira política e, pior, comunicar à sociedade em geral que as mulheres não devem participar.²

De acordo com Krook e Restrepo Sanín (2016b, p. 140), como nos crimes de ódio, a violência contra as mulheres na política é um *crime de mensagem*, cujo objetivo é negar o acesso igualitário a direitos, ao tempo que cria um efeito dominó, aumentando a sensação de vulnerabilidade de outros membros desse grupo. Ao mesmo tempo, os atos de violência contra as mulheres na política constituem uma espécie de contragolpe (*backlash*) ou reação ao crescimento da atuação das mulheres dentro e fora da burocracia estatal, graças às ações afirmativas e outros mecanismos de inclusão (Krook, 2015).

Krook e Restrepo Sanín (2016b) distinguem quatro tipos de violência política de gênero: *física, psicológica, econômica e simbólica*. Nada obstante, essas categorias são porosas e, na prática, a violência tende a ser multidimensional. A violência física equivale a ações que afetam a integridade pessoal da mulher ou de membros de sua família como forma de atingi-la; por exemplo: lesões corporais, cárcere privado, tortura e maus-tratos, etc. Nessa categoria também estariam incluídas violências de cunho sexual, como o estupro, assédio, toques em partes íntimas e contato sexual não consentido; insinuações, cantadas, propostas e comentários de natureza sexual que causem constrangimento; etc. (Brasil, 2022, p. 11).

A violência física se contrapõe à violência psicológica, que afeta o estado mental ou o bem-estar, causa ansiedade, depressão ou estresse. Ameaças de violência física entrariam nessa última categoria. Mais exemplos são: atos que intimidem (ou ameacem) a mulher e seus familiares; imposição de isolamento;

2 No original: “Cuando las mujeres políticas son atacadas solamente por sus ideas políticas no es un caso de violencia contra las mujeres en política. Sin embargo, la ambigüedad se hace evidente cuando la manera de atacarlas es a través del uso de estereotipos de género, enfocándose en sus cuerpos y los roles tradicionales, principalmente como madres y esposas, lo cual niega o socava su competencia en la esfera política. Usar imágenes o estereotipos de género para atacar a las oponentes mujeres, hace que las acciones se conviertan en un caso de violencia contra las mujeres en política, puesto que sugiere que las mujeres no pertenecen a lo político. Estas acciones tienen un profundo impacto puesto que no están dirigidas contra una sola mujer sino que también tienen el propósito de intimidar a otras mujeres políticas, disuadir a otras mujeres que puedan considerar una carrera política y, peor aún, comunicar a la sociedad en general que las mujeres no deberían participar.”

xingamentos, ofensas e questionamentos sobre a vida privada, aspectos físicos ou sexualidade; violação da intimidade por meio da divulgação de fotos íntimas, dados pessoais, mensagens, inclusive montagens; assédio moral; manipulação psicológica, etc. (Brasil, 2022, p. 11).

A violência econômica na política é definida como atos que buscam controlar o acesso ou a atuação da mulher na política, restringindo sistematicamente o acesso a recursos econômicos que estão disponíveis para os homens (Krook e Restrepo Sanín, 2016b, p. 145). No exercício do mandato, isso ocorreria, por exemplo, pela negativa de reembolso de gastos realizados como parte do trabalho, como é frequente nos países da América Latina. Outros exemplos são: utilização de candidaturas laranja; desvio de recursos, falta de financiamento e de estrutura ou de apoio partidário para campanhas políticas de mulheres; atos que prejudiquem a campanha eleitoral de mulheres (Brasil, 2022, p. 12).

A violência simbólica opera no nível da representação e busca anular ou apagar a presença das mulheres. Conforme Krook e Restrepo Sanín (2016b, p. 147), são ações que ultrapassam o nível do comportamento grosseiro ou desrespeitoso *normais*; que não podem ser consideradas simples *críticas construtivas* por parte dos meios de comunicação, colegas ou oponentes, como, por exemplo, a publicação de imagens depreciativas, sexualizadas (ênfatizando partes dos corpos ou determinadas roupas); ou a utilização das redes sociais para promover a violência, entre outros.

Mais sutil, indireta e invisível, a violência simbólica seria mais poderosa e mais efetiva do que a violência física para oprimir mulheres. Ainda de acordo com as autoras (2016b, p. 148), a violência simbólica contra as mulheres na política busca deslegitimá-las mediante estereótipos de gênero que lhes negam habilidades para a política, como *inviáveis*, *incompetentes* e *inaptas*. As autoras citam vários exemplos de casos concretos e de práticas dos países da América Latina a título de violência simbólica, incluindo a negativa de palavra, o corte do microfone enquanto discursam, a falta de assento durante as sessões, a utilização de linguagem não inclusiva, etc.

As manifestações de violência podem ter vários significados ao mesmo tempo. Krook e Restrepo Sanín (2016b, p. 151) dão o exemplo de postagens de imagens de caráter sexual contra uma candidata ou detentora de mandato eletivo: o caso entra tanto como violência psicológica (quando as imagens são vistas por ela mesma) quanto como violência simbólica (pela mensagem enviada publicamente a outras mulheres e ao público em geral).

A legislação boliviana – *Ley 243, de 28 de mayo de 2012 (Ley Contra el Acoso y Violencia Política)*, art. 8 – traz uma lista com uma série de comportamentos que constituem assédio e violência contra as mulheres na política. São eles:

- a) impor, devido a estereótipos de gênero, o desempenho de atividades e tarefas que estão fora das funções e poderes de sua posição;
- b) atribuir responsabilidades que resultam na limitação do exercício da função político-pública;
- c) fornecer às mulheres candidatas ou autoridades eleitas ou nomeadas informações falsas, errôneas ou imprecisas que levem ao exercício impróprio de suas funções político-públicas;
- d) impedir, por qualquer meio, que mulheres eleitas, titulares ou suplentes, ou mulheres designadas participem de sessões ordinárias ou extraordinárias ou de qualquer outra atividade que envolva a tomada de decisões, impedindo ou suprimindo o direito de falar e votar em pé de igualdade com os homens;
- e) fornecer ao Órgão Eleitoral Plurinacional dados falsos ou informações incompletas sobre a identidade ou o sexo do candidato;
- f) impedir ou restringir seu retorno ao cargo quando tirarem uma licença justificada;
- g) restringir o uso da palavra em sessões ou outras reuniões e sua participação em comissões, comitês e outros órgãos inerentes ao seu cargo, de acordo com os regulamentos estabelecidos;
- h) restringir ou impedir o cumprimento dos direitos políticos das mulheres que exerçam uma função político-pública ou que sejam eleitas por meio dos procedimentos das Nações e Povos Indígenas, Camponeses Originários e Afro-Bolivianos;
- i) restringir ou impedir o uso de ações constitucionais e legais para proteger seus direitos em face de atos ou impedir o cumprimento das resoluções correspondentes;
- j) impor sanções injustificadas, impedindo ou restringindo o exercício de seus direitos políticos;
- k) aplicar sanções pecuniárias, deduções arbitrárias e ilegais e/ou retenção de salários;
- l) discriminar com base em sexo, cor, idade, orientação sexual, cultura, origem, idioma, credo religioso, ideologia, afiliação política ou filosófica,

estado civil, situação econômica, social ou de saúde, profissão, ocupação ou comércio, nível de educação, deficiência, origem, aparência física, vestuário, sobrenome ou outros motivos que tenham o propósito ou o resultado de anular ou prejudicar o reconhecimento, o gozo ou o exercício em igualdade de condições dos direitos humanos e das liberdades fundamentais reconhecidos por lei;

- m) discriminar a autoridade eleita designada ou no exercício da função político-pública, por estar em estado de gravidez, parto ou puerpério, impedindo ou negando o exercício de seu mandato ou o gozo de seus direitos sociais reconhecidos por lei ou aqueles que lhes correspondam;
- n) divulgar ou revelar informações pessoais e privadas de mulheres candidatas, eleitas, nomeadas ou no exercício de funções político-públicas, com o objetivo de minar sua dignidade como seres humanos e utilizá-las para obter, contra sua vontade, a renúncia e/ou licença do cargo que ocupam ou ao qual estão concorrendo;
- o) divulgar informações falsas relacionadas a funções político-públicas, com o objetivo de desacreditar sua gestão e obter, contra sua vontade, a renúncia e/ou licença do cargo que ocupa ou ao qual está concorrendo;
- p) pressionar ou induzir autoridades eleitas ou nomeadas a renunciar ao cargo;
- q) forçar ou intimidar as autoridades eleitas ou nomeadas no exercício de suas funções político-públicas a assinar qualquer tipo de documento e/ou endossar decisões contrárias à sua vontade, ao interesse público ou ao interesse geral.³

3 No original: "Artículo 8. (ACTOS DE ACOSO Y/O VIOLENCIA POLÍTICA). Son actos de acoso y/o violencia política hacia las mujeres aquellos que:

a. Impongan por estereotipos de género, la realización de actividades y tareas ajenas a las funciones y atribuciones de su cargo.

b. Asignen responsabilidades que tengan como resultado la limitación del ejercicio de la función político – pública.

c. Proporcionen a las mujeres candidatas o autoridades electas o designadas información falsa, errada o imprecisa que induzca al inadecuado ejercicio de sus funciones político – públicas.

d. Eviten por cualquier medio que las mujeres electas, titulares o suplentes, o designadas asistan a las sesiones ordinarias o extraordinarias o a cualquier otra actividad que implique la toma de decisiones, impidiendo o suprimiendo el derecho a voz y voto en igualdad de condición que los hombres.

O Brasil assumiu o compromisso internacional de proibir discriminação contra a mulher e adotar sanções com a ratificação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, na sigla em inglês), de 1979, promulgada pelo Decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002, cujo art. 1º prevê a definição de discriminação contra a mulher e o art. 2º prevê o mencionado compromisso. Eis os dispositivos em comento:

e. Proporcionen al Órgano Electoral Plurinacional, datos falsos o información incompleta de la identidad o sexo de la persona candidata.

f. Impidan o restrinjan su reincorporación al cargo cuando hagan uso de una licencia justificada.

g. Restrinjan el uso de la palabra, en las sesiones u otras reuniones y su participación en comisiones, comités y otras instancias inherentes a su cargo, conforme a reglamentación establecida.

h. Restrinjan o impidan el cumplimiento de los derechos políticos de las mujeres que ejercen función político – pública o que provengan de una elección con procedimientos propios de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos y Afrobolivianos.

i. Restrinjan o impidan el uso de las acciones constitucionales y legales para proteger sus derechos frente a los actos o eviten el cumplimiento de las Resoluciones correspondientes.

j. Impongan sanciones injustificadas, impidiendo o restringiendo el ejercicio de sus derechos políticos.

k. Apliquen sanciones pecuniarias, descuentos arbitrarios e ilegales y/o retención de salarios.

l. Discriminen por razones de sexo, color, edad, orientación sexual, cultura, origen, idioma, credo religioso, ideología, afiliación política o filosófica, estado civil, condición económica, social o de salud, profesión, ocupación u oficio, grado de instrucción, condición de discapacidad, procedencia, apariencia física, vestimenta, apellido u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce u ejercicio en condiciones de igualdad de derechos humanos y libertades fundamentales reconocidas por Ley.

m. Discriminen a la autoridad electa designada o en el ejercicio de la función político – pública, por encontrarse en estado de embarazo, parto o puerperio, impidiendo o negando el ejercicio de su mandato o el goce de sus derechos sociales reconocidos por Ley o los que le correspondan.

n. Divulguen o revelen información personal y privada, de las mujeres candidatas, electas, designadas o en el ejercicio de funciones político – públicas, con el objetivo de menoscabar su dignidad como seres humanos y utilizar la misma para obtener contra su voluntad la renuncia y/o licencia al cargo que ejercen o postulan.

o. Divulguen información falsa relativa a las funciones político – públicas, con el objetivo de desprestigiar su gestión y obtener contra su voluntad la renuncia y/o licencia al cargo que ejercen o postulan.

p. Presionen o induzcan a las autoridades electas o designadas a presentar renuncia al cargo.

q. Obliguen mediante la fuerza o intimidación a las autoridades electas o designadas en el ejercicio de sus funciones político – públicas, suscribir todo tipo de documentos y/o avalar decisiones contrarias a su voluntad, al interés público o general”.

Artigo 1º

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

Artigo 2º

Os Estados Partes condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a: (...)

b) Adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher;

Na mesma linha, cite-se a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), internalizada pelo Decreto 1.973, de 1º de agosto de 1996, cujo art. 1 entende por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na privada.

Em 2007, 33 nações participantes da x Conferência Regional sobre a Mulher da América Latina e o Caribe aprovaram o *Consenso de Quito*, documento que propõe, entre outros pontos acordados, a paridade de gênero nas instituições do Estado, tanto no âmbito nacional quanto local das democracias latino-americanas e caribenhas.

Embora o fenômeno seja antigo, observa-se que houve uma certa demora em que chamasse a atenção. Krook (2020) traz as razões por que esse problema restou oculto: a) o que chama de *cognitive gap*, relacionado à falsa crença que se acaba de comentar quanto às agressões serem algo inerente às atividades de representação; b) *political gap*, consistente no comportamento das próprias ofendidas em preferir o silêncio para protegerem suas carreiras e/ou partidos; c) *receptivity gap*, motivada pelas práticas de falta de empatia, descredibilização e receio de que denúncias de assédio sejam consideradas uma “cartada de gênero”

(Krook, 2020, p. 7); d) a falta de recursos (*resources gap*), seja pela insuficiência da linguagem adequada para descrever as violências, e que há pouco sequer contavam com um nome para designar o fenômeno, seja pela falta de espaços para canalizar as denúncias.

Do ponto de vista acadêmico, é preciso registrar que a literatura não é de todo consensual quanto ao tratamento que vem sendo dado à violência política contra as mulheres. Piscopo (2016), por exemplo, pontua que a classificação da violência contra as mulheres na política como um crime eleitoral é uma estratégia eficaz por parte das ativistas, mas os acadêmicos não deveriam adotá-la acriticamente. Para essa autora, o fenômeno (da violência contra as mulheres na política) faz parte do contexto mais amplo da violência contra os políticos e contra a sociedade em geral, para cuja conformação a impunidade por parte dos sistemas de justiça cumpre um papel importante (Piscopo, 2016, p. 440).

Piscopo (2016) associa esse tipo de violência a processos de consolidação democrática imperfeitos, e não a uma reação (ou *backlash*) contra a participação de mulheres na política. Dessa forma, se existe uma cultura de impunidade, a estratégia legislativa (que enfatiza a dimensão eleitoral) não será exitosa, porquanto deixa de lado os fatores mais complexos que subjazem à violência política e de gênero (Piscopo, 2016, p. 438). Piscopo (2016, p. 439) critica Krook e Restrepo Sanín (2016) de assimilar sem críticas a definição de violência contra as mulheres na política, oferecida pelas ativistas, como qualquer ato que impeça as mulheres do pleno exercício dos seus direitos políticos ou de suas funções públicas. Para Piscopo (2016), essa conceitualização gera confusões na prática.

2. Da tramitação legislativa do PL 5.613/2020, que resultou na Lei 14.192/2021

A Lei 14.192/2021 é fruto da aprovação do Projeto de Lei (PL) 349/2015, apresentado em 11 de fevereiro de 2015, de autoria da deputada federal Rosângela Gomes (PRB/RJ), que dispunha sobre o combate à violência e à discriminação político-eleitorais contra a mulher. Na justificção da proposição, lê-se:

Apesar dos enormes avanços relativos à participação feminina na vida política do País – cujo exemplo mais significativo é o fato de uma mulher ocupar a presidência

da República –, ainda é notória a necessidade de incentivar o ingresso das mulheres no mundo da política brasileira.

Tal fato pode ser constatado a partir da desproporção entre homens e mulheres que ocupam cargos eletivos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Assim, no sentido de fomentar a participação feminina e contribuir para sua inclusão na vida partidária, a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, prevê que o partido ou coligação deve reservar no mínimo 30% e no máximo 70% para candidaturas de cada sexo. Com isso, o legislador esperava reduzir a hegemonia masculina na oferta de candidaturas e desacomodar posturas culturais que não enxergam a mulher como protagonista no mundo eleitoral. No entanto, como se vê, os resultados ainda estão aquém dos esperados.

Por essa razão, proponho o aperfeiçoamento da legislação em vigor, de modo a não somente garantir a participação das mulheres nos debates e nos espaços de publicidade partidários, como também garantir-lhes um exercício de mandato livre de barreiras preconceituosas.

Este projeto coaduna-se com os termos da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), adotada em 1979 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Essa Convenção foi fruto das reivindicações apresentadas pelas mulheres durante a primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada no México, em 1975, e que só foi ratificada pelo Brasil, sem reservas, em 1994. Essa Convenção prevê que os Estados devem se comprometer a adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para combater quaisquer práticas discriminatórias contra as mulheres.

Compreendo que privar a mulher brasileira de uma vida política plena, como demonstrado pelos baixos índices participativos, também constitui uma forma de violência contra a mulher – violência de caráter político que precisa ser eliminada. Esse tema merece, certamente, ser objeto de preocupação de todas as pessoas comprometidas em concretizar o mandamento constitucional que determina sermos todos iguais perante a lei. (Brasil, 2015, p. 3-4.)

Na Câmara dos Deputados, o PL 349/2015 chegou a ser apensado ao PL 4.497/2012, mas a autoria apresentou requerimento de dispensação, o qual foi deferido. O PL foi despachado à Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher (cmulher) em 30 de junho de 2016, e foi designada como relatora a deputada Raquel Muniz (PSD-MG). O parecer da relatora foi pela aprovação, recomendando-a em caráter urgente. Registrou que:

Quanto mais igualitária for nossa sociedade, mais justas e humanas serão as interações entre nós, de forma que esse fato impactará todas as relações sociais no Brasil, especialmente, aquelas ligadas às definições de políticas públicas no mais alto nível. A proposição legislativa em tela, nesse passo, consegue, em muito boa medida, colaborar para que o Estado Brasileiro possibilite maior acesso das mulheres aos cargos eletivos, por meio da proteção potencializada de sua participação política. (Brasil, 2016, p. 2.)

Foi apresentada uma emenda ao art. 4º do PL para incluir, entre as causas de aumento das penas relativas aos crimes de calúnia, difamação e injúria eleitorais, a utilização de outros meios discriminatórios, não somente relacionados a sexo ou raça. Na reunião deliberativa do dia 8 de novembro de 2016 da CMulher, o parecer foi aprovado por unanimidade. Na sequência, o PL foi encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), tendo sido designada como relatora a deputada Shéridan (PSDB-RR), que apresentou parecer pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do PL 349/2015, da emenda da CMulher, com substitutivo. No documento, consignou que as medidas propostas são relevantes e representam “mais um passo importante rumo à igualdade de direitos entre homens e mulheres no campo da representação política no Brasil” (Brasil, 2017, p. 4). Ainda, aproveitou para propor um aperfeiçoamento quanto à sanção pela burla do percentual mínimo de candidaturas de cada gênero, nos termos do § 3º do art. 10 da Lei 9.504/1997 (Lei de Eleições), com redação dada pela Lei 12.034/2009.

Após, o PL 349/2015 foi apensado ao PL 9.699/2018, tendo sido devolvido à deputada Shéridan (PSDB-RR) para reexame. Entretanto, pouco tempo depois, a deputada deixou de ser membro da CCJC. Após, houve sucessivas intercorrências, sem avanço relevante na tramitação do PL, até que foi submetido ao Plenário no dia 10 de dezembro de 2020. Na ocasião, foi designada como relatora a deputada Angela Amin (PP-SC), para proferir parecer em Plenário pela CCJC. O parecer concluiu pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa do PL 349/2015 e dos seus apensados (PLs 9.699/2018, 4.963/2020, 5.136/2020 e 5.295/2020). No mérito, opinou pela aprovação do PL 349/2015 e dos seus apensados, na forma do substitutivo. No Plenário, foram apresentadas três emendas; a de n. 1 foi retirada e as de n. 2 e 3 tiveram parecer pela rejeição.

Com isso, na sessão de 10 de dezembro de 2020, foi aprovado o substitutivo ao PL 349/2015, adotado pela CCJC. Ato contínuo, a matéria foi enviada

ao Senado Federal, tendo sido numerada como PL 5.613/2020. Nessa Casa Legislativa, no dia 9 de julho de 2021, foi designada como relatora a senadora Daniella Ribeiro (PSD-PB), e o PL 5.613/2020 foi incluído na ordem do dia da sessão deliberativa remota de 13 de julho de 2021. Foram apresentadas 17 emendas no prazo de emendamento ao PL 5.613/2020. A relatora se manifestou nos termos do Parecer 154/2021-Plenário (Brasil, 2021). Desse documento, destaca-se o seguinte:

Com relação ao mérito, a iniciativa é certamente louvável e o projeto deve ser aprovado, visto que objetiva estabelecer políticas de conscientização da sociedade e normas concretas e coercitivas para garantir os direitos de participação política da mulher, por meio da criminalização de condutas que menosprezam ou discriminam a mulher durante a campanha eleitoral ou no exercício do mandato.

Trata-se de regras necessárias a coibir as agressões e violações de direitos enfrentadas por mulheres na seara política, em especial na campanha eleitoral, período em que costumam sofrer maior exposição à violência, seja pelo partido político, pela família, por candidatas e candidatos, por autoridades, pela mídia, e que comprometem a participação igualitária da mulher.

Afinal, a violência política contra a mulher pode ter um impacto que vai além das mulheres que a sofrem diretamente, pois além de buscar alijar aquela que é alvo das agressões da política e diminuir o alcance de sua atuação, pode passar a mensagem de que a esfera pública não é lugar para as mulheres e que sofrerão sanções caso insistam em disputar cargos eletivos.

Levantamento realizado pelo Estadão mostrou que, de 50 mulheres que concorreram aos Executivos municipais das capitais no ano passado, 44 relataram violência. A maior parte (46,7%) disse sofrer ataques com frequência e (72,3%) acredita que os episódios prejudicaram a campanha. 88% afirmam ter sofrido violência política de gênero nas eleições de 2020. A violência psicológica é a mais recorrente (97,7%) e a internet é o espaço onde as mulheres são mais atacadas (78%), seguida da campanha de rua (50%).

Além disso, as normas propostas vão ao encontro das recomendações da Organização das Nações Unidas constantes do relatório sobre a violência contra a mulher, datado de 6 de agosto de 2018, no sentido da necessidade de se proibir e criminalizar a violência contra a mulher na política, associada à adoção temporária de cotas de gênero nesse ambiente, à criação de mecanismos de acesso à justiça, à

imposição do dever de retratação e a políticas de conscientização da sociedade e das instituições políticas acerca da importância da igualdade entre homens e mulheres na política e da reprovabilidade de qualquer forma de discriminação e violência.

Essas medidas são, portanto, essenciais à promoção de uma cidadania inclusiva, plural e democrática e ao alcance dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil elencados nos arts. 1º e 3º da Constituição Federal.

A proposição também consagra o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.617, de relatoria do Ministro Edson Fachin, de que os partidos devem resguardar os direitos fundamentais e os valores democráticos, especialmente o direito à igualdade entre homens e mulheres. (...) (Brasil, 2021, p. 6-7.)

O parecer da relatora concluiu pela aprovação do PL 5.613/2020 e das emendas 4 e 5, de redação, na forma de subemendas, bem como pela aprovação das emendas 18 e 19, de redação, apresentadas pela própria relatora em seu parecer, restando prejudicada a emenda 11; e pela rejeição das demais emendas. Com isso, o PL 5.613/2020 foi aprovado com 73 votos favoráveis e nenhum voto contrário. Encaminhado à sanção presidencial, não houve vetos e a matéria se converteu na Lei 14.192, de 4 de agosto de 2021.

3. Comentários sobre o crime de violência política contra as mulheres

O crime de violência política contra a mulher (art. 326-B do Código Eleitoral, inserido pela Lei 14.192/2021) não se confunde com o crime de violência política previsto do art. 359-P do Código Penal, incluído pela Lei 14.197/2021.⁴ O bem jurídico tutelado pelo crime de violência política em geral é a proteção do exercício de direitos políticos pelos cidadãos. Esse último crime pode ser sofrido por qualquer pessoa, abarcando outros grupos que não as mulheres.

4 Art. 359-P. Restringir, impedir ou dificultar, com emprego de violência física, sexual ou psicológica, o exercício de direitos políticos a qualquer pessoa em razão de seu sexo, raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional: *(Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021)*

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. *(Incluído pela Lei nº 14.197, de 2021)*

Além disso, trata-se de crime contra o Estado Democrático de Direito, com alcance e processamento diversos do crime inserido pela Lei 14.192/2021. Há uma diferença quanto à lesividade das condutas (com potencial para atacar as instituições democráticas).

Inclusive, vale registrar que o crime do art. 359-P do Código Penal – mais grave, com pena de reclusão, de 3 a 6 anos, e multa, além da pena correspondente à violência –, mesmo tendo sido inserido posteriormente (poucos meses depois do primeiro), por ser mais abrangente, não revogou tacitamente o art. 326-B do Código Eleitoral, que é mais específico, criado em um contexto específico de proteção da mulher na vida política. Entretanto, há posição minoritária que defende o contrário, ou seja, que teria havido revogação tática do art. 236-B do Código Eleitoral (por exemplo, Cunha; Silves, 2021, p. 150-151).

Há ainda quem sustente a aplicação preferencial do art. 359-P do Código Penal, enquanto o art. 326-B do Código Eleitoral guardaria com ele uma relação subsidiária, sobretudo quando não comprovada a prática de violência psicológica, sexual ou física (por exemplo, Lunardelli, 2022, p. 219-2020; Lunardelli e Casarotto, 2022). Mas, ao final, apesar das proximidades, prevalece na literatura que os dois crimes coexistem (Bianchini et al, 2024, p. 231-232).

Eis os aspectos distintivos esquematizados:

Quadro 1 – Comparação entre o art. 326-B do Código Eleitoral e o art. 359-P do Código Penal

Art. 326-B do Código Eleitoral, inserido pela Lei 14.192/2021		Art. 359-P do Código Penal, inserido pela Lei 14.197/2021
Condutas típicas	Assediar, constranger, humilhar, perseguir ou ameaçar.	Restringir, impedir ou dificultar.
Bem jurídico	Higidez do processo eleitoral.	Regularidade do funcionamento das instituições democráticas no processo eleitoral.
Modo de realização	Qualquer meio que envolva menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia.	Com emprego de violência física, sexual ou psicológica.
Sujeito ativo	Qualquer pessoa.	Qualquer pessoa.
Sujeito passivo	Vítima direta: a sociedade; Vítima indireta: candidata a cargo eletivo ou detentora de mandato eletivo.	Vítima direta: a sociedade; Vítima indireta: pessoa que esteja no exercício de seus direitos políticos.
Elemento subjetivo	Dolo específico de impedir ou de dificultar a campanha eleitoral ou o desempenho de mandato eletivo por mulher.	Dolo genérico.
Motivação	Não há.	Em razão de seu sexo, raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.
Finalidade especial	Impedir ou dificultar a campanha eleitoral da candidata ou o desempenho do mandato eletivo.	Não há.
Consumação	Crime formal.	Crime material, cuja consumação ocorre com a restrição, impedimento ou dificultação do exercício de direitos políticos.
Sanção penal	Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.	Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
Causas especiais de aumento de pena	Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço), se o crime é cometido contra mulher: I – gestante; II – maior de 60 (sessenta) anos; III – com deficiência.	Não há.
Competência	Justiça Eleitoral.	Justiça Federal. Há quem defenda a competência da Justiça Eleitoral, em razão da natureza do bem jurídico tutelado.

Fonte: Bianchini et al (2024, p. 231-232)

Para Gomes (2024, p. 155), o tipo penal do art. 326-B do Código Eleitoral apresenta semelhança com o crime de *stalking* ou perseguição do art. 147-A do Código Penal, introduzido pela Lei 14.132/2021.⁵ Neste, tipifica-se a ação insistente e incessante de perseguir, caçar, importunar ou assediar a vítima, afetando sua liberdade ou perturbando sua integridade psicológica. Por seu turno, o art. 326-B do Código Eleitoral se concentra na proteção exclusiva do gênero feminino no âmbito da política (a vítima precisa ser candidata a cargo eletivo ou detentora de mandato eletivo) e a punição equivale ao dobro das penas previstas no crime de *stalking* ou perseguição. Além disso, não há a previsão de reiteração para a consumação do crime de violência política contra a mulher, diferentemente do que ocorre com o de *stalking*.

O bem jurídico tutelado é a *participação feminina na política*, o que se estende desde a campanha eleitoral até o final do exercício do mandato conquistado. Nas palavras de Gomes (2024, p. 156): “Pretende-se assegurar que tais pessoas possam exercer plenamente os seus direitos políticos, e participar legítima e ativamente do processo eleitoral e da vida política do país, sem serem por isso importunadas, molestadas, constrangidas e perseguidas”. No caso da candidata, tutela-se a *higidez do processo eleitoral*; no caso da detentora do mandato eletivo, o bem jurídico se identifica com a *honorabilidade, liberdade, independência e exercício pleno e seguro do mandato*.

Trata-se de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, do gênero masculino ou feminino, autoridade pública ou não, por si mesma ou em concurso, e independentemente de ostentar a qualidade de candidato ou detentor de mandato, muito embora essas condições tendam a ser mais frequentes nos prováveis sujeitos ativos do crime.

Sendo o autor parlamentar, afasta-se a imunidade prevista no art. 53, *caput*, da Constituição, conforme a opinião da literatura (por exemplo, Gomes, 2024, p. 156) e da jurisprudência – a partir dos casos concretos até agora já julgados, como será detalhado adiante. O fundamento desse entendimento é o que restou

5 Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. (*Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021*)

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (*Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021*)

assentado na Pet 7.174 do STF no sentido de que: “Ninguém pode se escudar na imunidade material parlamentar para agredir a dignidade alheia ou difundir discursos de ódio, violência e discriminação” (p. 26 do acórdão, trecho do voto do ministro Luís Roberto Barroso).

No que diz respeito à elementar *candidata*, sem esse *status* da vítima, não se caracteriza o crime do art. 326-B do Código Eleitoral, embora a conduta possa ter enquadramento em outro delito. Para os fins da proteção, conforme Gomes (2024, p. 156), “já se pode falar em candidata desde a escolha realizada na convenção partidária, pois é nessa oportunidade que a agremiação define os filiados que disputarão o pleito e, portanto, que serão candidatos”. Então, não seria necessário aguardar a formalização do pedido ou deferimento do registro de candidatura. Por seu turno, para a elementar *detentora de mandato eletivo*, é necessário que a vítima tenha sido eleita e diplomada, não sendo suficiente a condição de suplente, na medida em que este não exerce o mandato nem é considerado investido no cargo.

O tipo é misto alternativo, formado pelos núcleos “assediar”, “constranger”, “humilhar”, “perseguir” ou “ameaçar”. Para Gomes (2024, p. 157):

Assediar significa estorvar, atormentar, sugerir com insistência, cercar ou sitiar uma pessoa. *Constranger* significa forçar ou coagir alguém a fazer ou deixar de fazer algo, restringindo, portanto, sua liberdade. *Humilhar* significa oprimir, degradar, ridicularizar, rebaixar, aviltar. *Perseguir* significa importunar, causar incômodo, acoessar. *Ameaçar* significa prometer a prática de mal injusto e grave.

O autor alerta que não é necessário que a vítima sinta medo, angústia ou temor, bastando que a ela tenha sido dirigido o assédio, o constrangimento, a humilhação, a perseguição ou a ameaça. O crime pode ser praticado *por qualquer meio*, por exemplo, carta, bilhete, e-mail, mensagem das redes sociais, telefonema, mensagem de voz, etc. Em todo caso, é necessário o emprego de *menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia* (Gomes, 2024, p. 157).

No caso da *candidata*, a ação precisa ser realizada *com a especial finalidade de impedir ou de dificultar a sua campanha eleitoral*, não sendo necessário que o resultado se concretize para a consumação do delito. Da mesma forma, sendo a vítima *titular de mandato eletivo*, exige-se a *finalidade de impedir ou dificultar o desempenho de seu mandato eletivo*. Sem tais ânimos, a conduta não será enquadrada no art. 326-B do Código Eleitoral, sem prejuízo de sê-lo em outro crime.

Por exemplo, vale recordar os crimes de intimidação sistemática (*bullying*) e intimidação sistemática virtual (*cyberbullying*) do art. 146-A do Código Penal, incluídos pela Lei 14.811/2024.⁶

Trata-se de crime instantâneo, mas poderá ser crime permanente se a conduta se configura como *perseguição persistente*. O crime é de ação penal pública incondicionada (art. 355 do Código Eleitoral).⁷

A sanção é de pena de reclusão, de 1 a 4 anos, e multa. Dessa forma, cuida-se de infração de maior potencial ofensivo (art. 61 da Lei 9.099/1995); portanto, não se admite transação penal. Entretanto, admite-se a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/1995). A condenação gera a inelegibilidade para os fins da Lei Complementar (LC) 64/1990, art. 1º, I, e, conforme o art. 1º, § 4º, da mesma LC, incluído pela LC 135/2010.

Em princípio, não seria cabível o acordo de não persecução penal (ANPP), na medida em que o Código de Processo Penal (CPP), art. 28-A, § 2º, IV (incluído pela Lei 13.964/2019), prevê expressamente a não aplicação do ANPP nos crimes praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. Além disso, exige-se que a infração tenha sido cometida sem violência ou grave ameaça, o que pareceria incompatível com o crime de violência política contra a mulher ou em razão de gênero. Esse é um dos pontos de divergência jurisprudencial, como será detalhado adiante.

O art. 326-B, parágrafo único, do Código Eleitoral, prevê como causas de aumento de pena em um terço a vítima ser gestante, maior de 60 anos ou com

6 Intimidação sistemática (*bullying*)

Art. 146-A. Intimidar sistematicamente, individualmente ou em grupo, mediante violência física ou psicológica, uma ou mais pessoas, de modo intencional e repetitivo, sem motivação evidente, por meio de atos de intimidação, de humilhação ou de discriminação ou de ações verbais, morais, sexuais, sociais, psicológicas, físicas, materiais ou virtuais: *(Incluído pela Lei nº 14.811, de 2024)*

Pena – multa, se a conduta não constituir crime mais grave. *(Incluído pela Lei nº 14.811, de 2024)*

Intimidação sistemática virtual (*cyberbullying*) *(Incluído pela Lei nº 14.811, de 2024)*

Parágrafo único. Se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social, de aplicativos, de jogos on-line ou por qualquer outro meio ou ambiente digital, ou transmitida em tempo real: *(Incluído pela Lei nº 14.811, de 2024)*

Pena – reclusão, de 2 (dois) anos a 4 (quatro) anos, e multa, se a conduta não constituir crime mais grave. *(Incluído pela Lei nº 14.811, de 2024)*

7 Art. 355. As infrações penais definidas neste Código são de ação pública.

deficiência, com fundamento na maior vulnerabilidade da vítima. Presentes quaisquer dessas causas de aumento de pena, a prisão preventiva passa a ser admissível (art. 313 do CPP).

Embora previsto no Código Eleitoral, o crime somente será efetivamente eleitoral quando praticado em face da *candidata*. Nas situações em que a vítima está no exercício do mandato, trata-se de crime comum, cuja competência para conhecer e julgar é da Justiça comum, na medida em que nessa modalidade o bem jurídico não é eleitoral. De acordo com Gomes (2024, p. 159): “A natureza do crime é dada pelo bem jurídico por ele tutelado, e não pelo diploma legal em que ele encontra-se previsto.” O autor ainda fundamenta tal entendimento no cc 127.101, decidido no Superior Tribunal de Justiça (STJ),⁸ que rejeita a definição formal ou objetiva segundo a qual crimes eleitorais seriam os definidos na legislação eleitoral para se ater ao aspecto material, pelo qual somente são eleitorais os crimes que têm impacto sobre o processo eleitoral.

De fato, Gomes (2024) tem razão: nem tudo que está relacionado à política envolve questões eleitorais. No entanto, essa questão de a modalidade de crime praticada contra a *detentora de mandato eletivo* ser competência da Justiça comum não vem sendo acolhida pela jurisprudência até o momento, já que os julgados

8 CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DESTRUIÇÃO DE TÍTULO ELEITORAL. DOCUMENTO UTILIZADO APENAS PARA IDENTIFICAÇÃO PESSOAL, SEM CONTEÚDO ELEITORAL. DESVINCULAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. A simples existência, no Código Eleitoral, de descrição formal de conduta típica não se traduz, incontinenti, em crime eleitoral, sendo necessário, também, que se configure o conteúdo material de tal crime.

2. Sob o aspecto material, deve a conduta atentar contra a liberdade de exercício dos direitos políticos, vulnerando a regularidade do processo eleitoral e a legitimidade da vontade popular. Ou seja, a par da existência do tipo penal eleitoral específico, faz-se necessária, para sua configuração, a existência de violação do bem jurídico que a norma visa tutelar, intrinsecamente ligado aos valores referentes à liberdade do exercício do voto, a regularidade do processo eleitoral e à preservação do modelo democrático.

3. A destruição de título eleitoral da vítima, despida de qualquer vinculação com pleitos eleitorais e com o intuito, tão somente, de impedir a identificação pessoal, não atrai a competência da Justiça Eleitoral.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da Vara de Execuções Fiscais e Criminal de Caxias do Sul – SJ/RS, ora suscitante.

(cc 127.101/RS, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 11/2/2015, DJe de 20/2/2015.)

analisados adiante, mesmo envolvendo detentoras de mandato eletivo, advêm de TRES. Ou seja, vem prevalecendo na prática que a competência é realmente da Justiça Eleitoral.

O principal argumento apresentado nesse sentido é o de que, mesmo quando praticado contra *detentora de mandato eletivo*, o crime tem potencial de afetar o processo eleitoral, pois afugenta e afasta candidatas, que se assustam com o ambiente hostil e violento da política. O raciocínio não está de todo equivocando: existe um impacto indireto, ainda que difícil de medir. Outro argumento vai no sentido de que retirar a competência da Justiça Eleitoral nesses casos significaria abrir espaço para a impunidade (Silva; Pereira; Branquinho, 2024).

Seja como for, pelo simples fato de existir a controvérsia, vislumbra-se nesse ponto da competência um risco de futuras anulações das condenações já ocorridas, pois os tribunais superiores ainda não se manifestaram sobre a questão.

Entre as críticas ao tipo penal, destacam-se as seguintes, no sentido de que a Lei 14.192/2021 falhou:

- a) na ausência de enumeração das formas de manifestação dos tipos de violência política, de seus agentes e de suas vítimas, diferentemente do que foi feito na *Lei Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência Contra as Mulheres na Vida Política*, pela qual se previu que a violência contra as mulheres na vida política pode incluir, entre outras manifestações, *violência física, sexual, psicológica, moral, econômica ou simbólica* (Vicente, 2022);
- b) na utilização do termo *mulher* e na falta do termo *gênero*; para Vicente (2022): “Ao que tudo indica, tratou-se de uma estratégia legislativa para evitar que questões ideológicas pudessem impedir a aprovação de tão importante norma”. Nada obstante a dicção legal, vem-se entendendo que o dispositivo abarca a *mulher trans*, como será detalhado adiante, e por força da analogia com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em relação à Lei Maria da Penha;⁹

9 RECURSO ESPECIAL. MULHER TRANS. VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. APLICAÇÃO DA LEI N. 11.340/2006, LEI MARIA DA PENHA. CRITÉRIO EXCLUSIVAMENTE BIOLÓGICO. AFASTAMENTO. DISTINÇÃO ENTRE SEXO E GÊNERO. IDENTIDADE. VIOLÊNCIA NO AMBIENTE DOMÉSTICO. RELAÇÃO DE PODER E MODUS OPERANDI. ALCANCE TELEOLÓGICO DA LEI. MEDIDAS PROTETIVAS. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO.

- c) na lacuna em relação a homicídios decorrentes da violência política de gênero. O assassinato de uma *candidata* ou de uma *detentora de mandato eletivo* não foram contemplados na Lei 14.192/2021 como violência política (Vicente, 2022);
- d) em não criminalizar a violação dos direitos políticos das mulheres no âmbito da estrutura interna dos partidos políticos (Lunardelli, 2022, p. 216) ou das que atuam como ativistas de movimentos diversos, o que as deixaria desamparadas na trajetória que antecede a pré-candidatura ou na representação de interesses fora da esfera parlamentar (entretanto, a Lei 14.192/2021 inseriu o inciso x ao art. 243 do Código Eleitoral para fixar que não será tolerada propaganda que deprecie a condição de mulher ou estimule sua discriminação em razão do sexo feminino, ou em relação à sua cor, raça ou etnia);
- e) por não ter definido *direitos políticos*, o que impacta o âmbito de proteção da lei;
- f) por não ter trazido mecanismos de controle interno da Administração

1. A aplicação da Lei Maria da Penha não reclama considerações sobre a motivação da conduta do agressor, mas tão somente que a vítima seja mulher e que a violência seja cometida em ambiente doméstico, familiar ou em relação de intimidade ou afeto entre agressor e agredida.

2. É descabida a preponderância, tal qual se deu no acórdão impugnado, de um fator meramente biológico sobre o que realmente importa para a incidência da Lei Maria da Penha, cujo arcabouço protetivo se volta a julgar autores de crimes perpetrados em situação de violência doméstica, familiar ou afetiva contra mulheres. Efetivamente, conquanto o acórdão recorrido reconheça diversos direitos relativos à própria existência de pessoas trans, limita à condição de mulher biológica o direito à proteção conferida pela Lei Maria da Penha.

3. A vulnerabilidade de uma categoria de seres humanos não pode ser resumida tão somente à objetividade de uma ciência exata. As existências e as relações humanas são complexas e o Direito não se deve alicerçar em argumentos simplistas e reducionistas.

4. Para alicerçar a discussão referente à aplicação do art. 5º da Lei Maria da Penha à espécie, necessária é a diferenciação entre os conceitos de gênero e sexo, assim como breves noções de termos transexuais, transgêneros, cisgêneros e travestis, com a compreensão voltada para a inclusão dessas categorias no abrigo da Lei em comento, tendo em vista a relação dessas minorias com a lógica da violência doméstica contra a mulher.

5. A balizada doutrina sobre o tema leva à conclusão de que as relações de gênero podem ser estudadas com base nas identidades feminina e masculina. Gênero é questão cultural, social, e significa interações entre homens e mulheres. Uma análise de gênero pode se limitar

- Pública e das Casas Legislativas para fins de prevenção, responsabilização e combate das violências e assédios (Lopes, 2024, p. 212-213);
- g) ao não prever a possibilidade de o crime ser praticado por pessoa jurídica; e
 - h) em não diferenciar o assédio político da violência política, nem os níveis de gravidade (leves, graves e gravíssimos), como o fez a legislação boliviana; entretanto, outros países, como o México, por exemplo, também se centraram no conceito único de violência (Lopes, 2024, p. 131).

Como se vê, o crime de violência política contra as mulheres não abarca todas as condutas. Por isso, convém recordar outros tipos em que as práticas podem vir a ser enquadradas:

a descrever essas dinâmicas. O feminismo vai além, ao mostrar que essas relações são de poder e que produzem injustiça no contexto do patriarcado. Por outro lado, sexo refere-se às características biológicas dos aparelhos reprodutores feminino e masculino, bem como ao seu funcionamento, de modo que o conceito de sexo, como visto, não define a identidade de gênero. Em uma perspectiva não meramente biológica, portanto, mulher trans mulher é.

6. Na espécie, não apenas a agressão se deu em ambiente doméstico, mas também familiar e afetivo, entre pai e filha, eliminando qualquer dúvida quanto à incidência do subsistema da Lei n. 11.340/2006, inclusive no que diz respeito ao órgão jurisdicional competente – especializado – para processar e julgar a ação penal.

7. As condutas descritas nos autos são tipicamente influenciadas pela relação patriarcal e misógina que o pai estabeleceu com a filha. O modus operandi das agressões – segurar pelos pulsos, causando lesões visíveis, arremessar diversas vezes contra a parede, tentar agredir com pedaço de pau e perseguir a vítima – são elementos próprios da estrutura de violência contra pessoas do sexo feminino. Isso significa que o modo de agir do agressor revela o caráter especialíssimo do delito e a necessidade de imposição de medidas protetivas.

8. Recurso especial provido, a fim de reconhecer a violação do art. 5º da Lei n. 11.340/2006 e cassar o acórdão de origem para determinar a imposição das medidas protetivas requeridas pela vítima L. E. S. F. contra o ora recorrido.

(RESP 1.977.124/SP, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 22/4/2022.)

Quadro 2 – Outros crimes de possível incursão de práticas de violência política contra as mulheres (além do art. 326-B do Código Eleitoral ou do art. 359-P do Código Penal)

<i>Código Penal</i>	
Feminicídio	Art. 121. [...] § 2º Se o homicídio é cometido: [...] vi – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino;
Difamação	Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.
Intimidação sistêmica (bullying)	Art. 146-A. Intimidar sistematicamente, individualmente ou em grupo, mediante violência física ou psicológica, uma ou mais pessoas, de modo intencional e repetitivo, sem motivação evidente, por meio de atos de intimidação, de humilhação ou de discriminação ou de ações verbais, morais, sexuais, sociais, psicológicas, físicas, materiais ou virtuais: Pena – multa, se a conduta não constituir crime mais grave.
Intimidação sistêmica virtual (cyberbullying)	Art. 146-A. Parágrafo único. Se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social, de aplicativos, de jogos on-line ou por qualquer outro meio ou ambiente digital, ou transmitida em tempo real: Pena – reclusão, de 2 (dois) anos a 4 (quatro) anos, e multa, se a conduta não constituir crime mais grave.
Ameaça	Art. 147. Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.
Estupro	Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Estupro (cont.)	§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. § 2º Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.
Importunação sexual	Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.
Assédio sexual	Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função: Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. [...] § 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.
Registro não autorizado da intimidade sexual	Art. 216-B. Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.
Montagem de conteúdo sexual ou libidinoso	Art. 216-B. Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro como fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.
Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia	Art. 218-c. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática –, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia (cont.)	Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave. Aumento de pena § 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação. Exclusão de ilicitude § 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.
<i>Código Eleitoral</i>	
Calúnia eleitoral	Art. 326-A. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa. § 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto. § 2º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção. § 3º Incorrerá nas mesmas penas deste artigo quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído.
Divulgação de notícias falsas	
Apropriação indebita eleitoral	Art. 354-A. Apropriar-se o candidato, o administrador financeiro da campanha, ou quem de fato exerça essa função, de bens, recursos ou valores destinados ao financiamento eleitoral, em proveito próprio ou alheio: Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa.

Fonte: Elaboração própria.

Tecidos esses comentários de ordem teórica, dogmática e crítica, passa-se à análise das primeiras condenações pela prática do crime de violência política contra as mulheres.

4. Precedentes jurisprudenciais do crime do art. 326-B do Código Eleitoral

Como visto, o crime de violência política contra as mulheres foi criado pela Lei 14.192/2021, ou seja, trata-se de legislação relativamente recente.

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) criou um canal de denúncias para a violência política de gênero a partir da página <https://www.tse.jus.br/servicos-eleitorais/denuncias/canal-de-denuncias-para-violencia-politica-de-genero>. O formulário é enviado diretamente ao Ministério Público Eleitoral, que tem, entre suas atribuições, apurar e dar início aos processos criminais de violência política contra as mulheres. O Ministério Público Federal (MPF) também permite a inclusão de denúncia como representação na página <https://aplicativos.mpf.mp.br/ouvidoria/app/cidadao/manifestacao/cadastro/2>. A Ouvidoria do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) admite o registro de manifestações sobre violência política contra as mulheres em: <https://sistemaouvidoriacidada.cnmp.mp.br/siscidadao/app/cidadao/manifestacao/cadastro/1>. Da mesma forma, a Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) também recebe denúncias desse tipo em: <https://ouvidoria-form.cloud.cnj.jus.br/OuvidoriaFormularioWeb/index.jsf?canalAtendimento=D>.

Nos seus 15 primeiros meses de vigência, o CNJ registrou que foram abertos 112 procedimentos relacionados ao tema, o que resulta na média de 7 casos abertos a cada 30 dias (Brasil, CNJ, 2022). Entretanto, até o mês de agosto de 2024, foram localizadas tão somente 4 condenações pelo crime do art. 326-B do Código Eleitoral. Dessa forma, convém apresentar esses casos, como se passa a fazer na sequência.

4.1 *Caso Maurício Martins, Processo 0600036-86.2023.6.06.0009 (9ª Zona Eleitoral de Russas, TRE-CE)*

Maurício Martins (PT), vereador do município de Russas (Ceará), foi o primeiro a ser condenado pelo crime de violência política de gênero, nos termos do art. 326-B do Código Eleitoral, a 3 anos e 6 meses de reclusão e 360 dias-multa, cada um no equivalente a um quinto do salário mínimo vigente à época do fato delituoso. Entretanto, a pena restritiva de liberdade foi substituída por pena restritiva de direitos consistente na prestação de serviço à comunidade e pagamento de prestação pecuniária.¹⁰ A sentença foi publicada no dia 8 de agosto de 2023.

A cadeia de fatos que conduziram à condenação é complexa. Toda a controvérsia começou quando o vereador Francisco Maurício da Silva Martins, em uma discussão na rede social Facebook, ofendeu uma munícipe chamada Gabriela Alexandre. Na oportunidade, chamou-a de “*quenga de um vereador*”, bem como dissera que Gabriela estaria “*chupando os ovos do prefeito*”.

Em razão desse episódio, as deputadas estaduais da Assembleia Legislativa do Ceará Larissa Maria Fernandes Gaspar da Costa, Josefa Medeiros de Farias e Juliana de Holanda Lucena subscreveram nota de repúdio emitida pelo Partido dos Trabalhadores do Ceará (PT-CE).¹¹ Em resposta, o vereador, na tribuna da Câmara Municipal de Russas, fez referência às parlamentares estaduais nos seguintes termos:

Eu queria dizer para essas três deputadas que as senhoras [...] eu quero dizer para as senhoras que deixem de ficar que nem borboleta que se transforma em lagarta encantada, que aparece só no dia internacional da mulher querendo vender ilusão. Aí depois, vocês se encantam e só vão aparecer no outubro rosa para vender ilusão de novo.¹²

10 Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2023/08/08/vereador-de-russas-e-condenado-por-crime-de-violencia-politica-de-genero-contra-deputadas-estaduais-do-mesmo-partido-entenda-o-que-e-o-delito.ghtml>

11 Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/video/deputadas-petistas-repudiam-fala-machista-de-vereador-do-proprio-partido-11472471.ghtml>

12 Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2023/03/23/vereador-de-russas-e-denunciado-por-fala-machista-em-discurso-contra-colegas-de-partido-video.ghtml>

Além de gravada por vídeo,¹³ a fala do vereador foi divulgada nas redes sociais Facebook, Instagram e Youtube. As ofendidas, deputadas Larissa Gaspar, Jô Farias e Juliana Lucena, formularam a denúncia que resultou na condenação do vereador.

Em sua defesa, o parlamentar argumentou que sua fala estaria protegida pela inviolabilidade material, na medida em que discursava em desfavor das deputadas na qualidade de vereador durante a sessão legislativa. Afirmou, ainda, a inexistência de elemento subjetivo *“consistente no fim específico de impedir ou dificultar o exercício do mandato da ofendida”*.

O juiz eleitoral Wildemberg Ferreira de Sousa reputou incontroversos os fatos ofensivos. Merece destaque o seguinte trecho da sentença:

(...) é de bom alvitre pontuar que **a violência simbólica** contra as mulheres, enquanto agressão não-física, **é a mais naturalizada no corpo social**, ainda marcado pelo machismo e por fortes resquícios do patriarcalismo, que insistem em relegar um lugar invisível ou rebaixado às mulheres, empregando mecanismos de anulação da existência ou da representação feminina nos espaços de poder, a partir de discursos de deslegitimação, descredibilizando seus posicionamentos ou a sua capacidade política. (...) vê-se que o acusado, na condição de detentor de mandato legislativo e num ambiente virtual de grande alcance, ao se utilizar das expressões “quenga de um vereador”, “tá chupando os ovos do prefeito” contra uma mulher, no mínimo, se portou de forma inadequada e reprovável, **levando as deputadas**, ora vítimas, enquanto integrantes do mesmo partido político do ofensor, **a subcreverem a nota de repúdio, sinalizando a disposição de seus mandatos à defesa do empoderamento feminino e ao combate à violência de gênero**, como deixaram explícito em suas oitivas em juízo. Fica evidente, por conseguinte, que **as três deputadas estaduais**, ao endossarem a citada nota, **fizeram-no em pleno exercício de seus mandatos**, buscando reverberar a mensagem de não tolerância a qualquer tipo de violência e/ou desrespeito às mulheres, com forte função pedagógica, ao requererem apuração contra parlamentar integrante da mesma agremiação par-

13 Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2023/08/08/vereador-de-russas-e-condenado-por-crime-de-violencia-politica-de-genero-contra-deputadas-estaduais-do-mesmo-partido-entenda-o-que-e-o-delito.ghml>

tidária. **Ao reagir negativamente** à intervenção das deputadas, usando o plenário da Câmara Municipal de Russas para proferir o seu discurso de indignação (...) **o denunciado, indubitavelmente, tentou menosprezar a atuação das deputadas com nítida referência às suas condições de mulheres**, insinuando que as mesmas utilizariam os seus mandados apenas para pautas relacionadas às causas das mulheres e, astutamente, somente em eventos festivos, sem qualquer efeito prático para o referido grupo. (...) a fala do vereador, **permeada por expressões com referência ao gênero feminino, não se tratou de uma mera crítica à atuação parlamentar das deputadas**, com as quais, até a assinatura da nota de repúdio, não mantinha qualquer relação. O discurso do acusado consistiu numa **explícita tentativa de deslegitimar e apequenar os mandatos das ofendidas enquanto parlamentares mulheres, pelo simples fato destas repudiarem a conduta agressiva que o mesmo tivera contra outra mulher**.

Na sentença, afastou-se que o réu estivesse acobertado pela inviolabilidade, na medida em que as falas não guardavam qualquer pertinência com o exercício de seu mandato.

A conclusão da sentença foi no sentido de que a conduta do vereador se subsumiu ao crime do art. 236-B, *caput*, do Código Eleitoral, praticado por três vezes em concurso formal impróprio. Ainda, foram identificadas as seguintes causas de aumento de pena: (i) culpabilidade exacerbada, uma vez que réu e ofendidas integram o mesmo partido político; (ii) motivo reprovável, eis que a insatisfação do condenado que gerou a represália decorreu da atuação das ofendidas, como deputadas estaduais, em defesa de outra mulher anteriormente ofendida pelo mesmo agressor; (iii) circunstâncias desfavoráveis, uma vez que a conduta ocorreu em sessão no plenário da Câmara Municipal de Russas, na presença de várias pessoas e facilitada a sua divulgação. Não foi possível identificar se houve recurso e/ou trânsito em julgado da sentença.

4.2 *Caso Célio Alves, Processo 0600027-09.2022.6.15.0010 (TRE-PB)*

Lucielio Alves de Araujo (Célio Alves), vereador do município de Guarabira (Paraíba), foi condenado pelo crime do art. 326-B do Código Eleitoral, no âmbito recursal, que modificou a sentença de primeira instância absolutória por

entrevista concedida em programa de rádio. À época (eleições de 2022), o réu era pré-candidato ao cargo de deputado estadual e, referindo-se de forma inequívoca à ofendida, a deputada estadual de longa data Camila Araujo Toscano, afirmou:

Há uma deputada aqui na região que, se você acompanhar as redes sociais dela, ela parece uma *youtuber*, uma *digital influencer*, ela acha que ser deputada é estar mostrando a cor do cabelo, o tom da maquiagem, se a roupa está bonita ou não, distribuir sorriso, dizer que é uma alegria estar aqui e acolá, quando, na verdade, ser deputado é você estar lutando e trazendo resultados práticos.

No primeiro grau, Célio Alves foi absolvido sob o fundamento de que sua fala não se caracterizou como violência política à mulher e que a aplicação do art. 326-B do Código Eleitoral deveria ocorrer somente quando evidente a intenção mencionada em seu *caput*. Entretanto, o Ministério Público recorreu.

Em sua defesa, já em grau recursal, o réu argumentou que sua fala não se caracterizava como violência política contra a mulher, uma vez que a entrevista teria durado mais de duas horas, enquanto o comentário, cerca de dois minutos, e que criticara tanto homens quanto mulheres ao longo da fala. Ainda, afirmara que não houvera menção ao nome da deputada Camila em momento algum, de modo que deveria ser mantida a absolvição do réu.

O TRE-PB reformou a sentença a fim de condenar o réu na forma do art. 326-B do Código Eleitoral. A decisão, entretanto, não foi unânime. De acordo com o voto do revisor, cujo entendimento prevaleceu, desde que seja claro a quem a ofensa se refere, não há necessidade de menção expressa ao nome da vítima. Ainda, fixou que a fala proferida na entrevista de rádio e, depois, publicada em sua rede social – levando-se inclusive em conta que o Facebook do recorrido contava com 10 mil seguidores – se amolda às condutas de constranger e humilhar.

No ponto, cabe destacar o seguinte trecho do acórdão:

(...) não há dúvida de que a fala do recorrido utilizou-se de menosprezo ou discriminação à condição de mulher, uma vez que, como bem frisou o órgão ministerial, “reduziu toda a atuação parlamentar da vítima à exibição de cor de cabelo, maquiagem e roupa (interesses atribuídos de forma costumeira ao gênero feminino), tentando incutir na mente das pessoas a ausência de luta e conquista

de resultados práticos por Camila Toscano (...) Ora, a atuação parlamentar da Deputada Camila Araújo Toscano deve ser avaliada a partir de sua participação nas sessões da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, debates, projetos de lei que apresentou e aprovou, e não da cor do seu cabelo, do tom da maquiagem ou de sua roupa, tampouco de suas postagens em redes sociais, que representam apenas um aspecto de sua vida, não cabendo ao acusado definir o conteúdo de suas publicações. (Brasil, TRE-PB, 2024.)

Foram reconhecidas duas causas de aumento de pena: (i) culpabilidade, uma vez que, após a fala na rádio, *“diante de comentário da Deputada Camila Araújo Toscano e de uma nota de repúdio elaborada pela agremiação partidária da vítima, o acusado, em vez de demonstrar arrependimento e se retratar, seguiu atacando-a em programa da TV Mídia e em suas redes sociais”* (Brasil, TRE-PB, 2024), de modo que a contumácia caracterizaria a conduta como mais reprovável; e (ii) circunstâncias, eis que o delito fora praticado em condições de grande visibilidade, pois o programa de rádio teria alcance considerável na localidade, bem como a rede social do ofensor, na qual fora publicada a fala – já retirada –, possui cerca de 10 mil seguidores.

Quanto à dosimetria, o TRE-PB acordou em fixar a pena de 1 ano e 10 meses de reclusão e 60 dias-multa no valor de um sexto do salário mínimo vigente à época do fato. Interessante observar que, diferentemente do caso ocorrido no Ceará, entendeu-se pela impossibilidade da conversão da pena de reclusão – art. 33, I, do Código Penal – em razão de o delito envolver violência.

O voto vencido, proferido pelo desembargador relator, havia disposto o entendimento de que não fora configurado o art. 326-B, do Código Eleitoral, pois:

(...) tratando-se de detentora de cargo eletivo, somente outro parlamentar teria condições de impedir ou dificultar o exercício do seu mandato. Ocorre que o recorrido, além de não ser também detentor de mandato eletivo, proferiu sua fala fora do ambiente de uma Casa Legislativa, na qualidade de pré-candidato ao mesmo cargo ocupado pela Deputada Camila Toscano.

4.3 *Caso Wellington Felipe, Processo 0600025-73.2022.6.26.0029 (Juízo da 29ª Zona Eleitoral de Caçapava-SP, TRE-SP)*

Conforme o relatório da sentença publicada em 26 de março de 2024, lê-se que a ação foi movida em face de Wellington Felipe dos Santos Rezende (Cidadania) em razão da prática de violência política de gênero contra Dandara Pereira César Leite Gissoni (PSD). Conforme o relatório – que fixou os fatos para fins da fundamentação da sentença –, a denúncia narra que ambos atuavam como vereadores da Câmara Municipal de Caçapava (São Paulo) e, em 22 de abril de 2022:

(...) durante o intervalo da sessão legislativa ordinária, o denunciado saiu de sua cadeira, dirigindo-se à vítima, oportunidade em que segurou seu rosto de forma agressiva e violenta, dizendo-lhe que estaria instigando a população contra os vereadores e que não deveria fazer isso. Por fim, a denúncia descreve que a vítima olha para o lado tentando se desvencilhar, momento em que o acusado foi firme em forçá-la com a mão no rosto novamente a olhar em seus olhos, aproximando seu rosto ao dela e, em seguida, abraça o corpo da vítima e aperta seu braço por aproximadamente 10 segundos sem qualquer permissão desta, que novamente tenta se desvencilhar, fato que foi captado pelo sistema de vídeo da Câmara Municipal.

As imagens do vereador apertando o rosto da vítima circularam amplamente.

A defesa arguiu que “vítima não se sentiu constrangida com os fatos, tanto que permaneceu próxima ao réu após o encerramento da sessão plenária”; que “a vítima costuma dizer em suas postagens de internet que “tem pavio curto”, porém não reagiu quando alegou ter sido constrangida pelo réu”; e que, quanto ao contato físico empregado para com a vereadora Dandara, por serem ambos colegas de trabalho, acreditava o réu, haveria intimidade para este tratamento.

Em suas alegações finais, o Ministério Público Eleitoral arguiu que o réu:

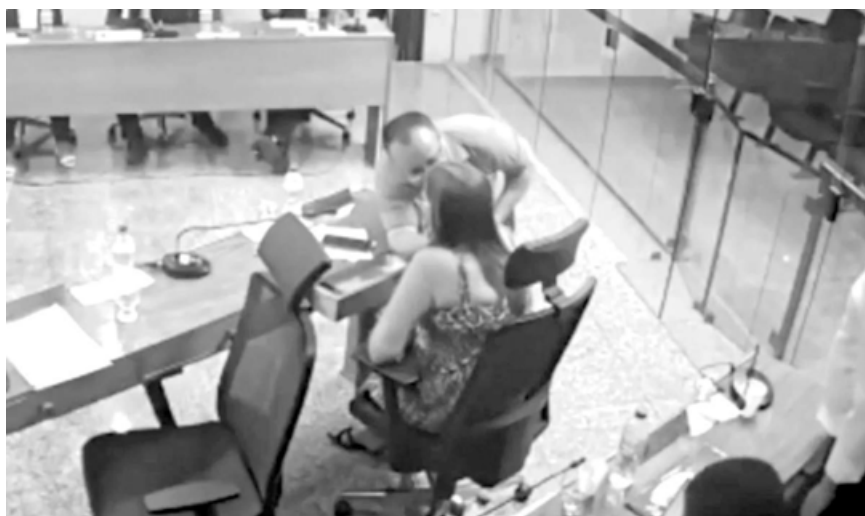
(...) agiu diante desse caldo cultural de uma sociedade machista, de submissão da mulher e que, ao não se submeter às ideias do acusado, ele agiu com indignação apertando o rosto da sua colega de parlamento, tocando-a sem qualquer autorização”, em atitude pela qual o vereador “procurava influenciar, dificultar o exercício do mandato da vítima porque assim agiu por ela ter estimulado a população, os

Imagem 1 – Vereadora agredida durante a sessão na Câmara Municipal de Caçapava/sp



Fonte: G1, 2024.

Imagem 2 – Outro ângulo da agressão na Câmara Municipal de Caçapava/sp



Fonte: G1, 2024.

municípios a participar dos debates no legislativo, afirmando que a vítima estaria “jogando pérolas aos porcos”. (TRE-SP.)

Na sentença, o Juízo da 29ª Zona Eleitoral de Caçapava-SP registrou:

(...) não se pode desvincular que a abordagem foi realizada logo após a vítima ter se posicionado na bancada da Câmara Municipal com crítica aos demais vereadores, instando a população a cobrar seus representantes eleitos. A fala incomodou o réu que, no intervalo da sessão e logo após a manifestação da vereadora, desceu de sua posição na mesa diretora, onde tinha assento, para intimidar a vítima, tocando-a de modo a repreendê-la, apertando por duas vezes o seu rosto. Logo após, abraçou-a sem consentimento trazendo o corpo dela próximo ao seu, envolvendo-a sem consentimento. Pelas imagens captadas é possível notar o desconforto da vítima com a situação, ou seja, não se verifica qualquer reciprocidade ao gesto do acusado. Não se revela determinante, a meu juízo, que a vítima não tenha retornado de imediato, ou logo após o término da sessão legislativa, a atitude agressiva e o constrangimento praticado pelo réu, tendo esclarecido em seu depoimento que ficou sem reação com o ocorrido, o que, diante da abordagem agressiva por ela experimentada, é razoável supor como suficiente para minar sua capacidade de reação, dado o contato físico abrupto e inesperado e a repreensão física e verbal quanto à sua fala externada na tribuna da Câmara Municipal.

A sentença frisou que não ficou demonstrada a pretensa familiaridade entre o réu e a vereadora Dandara que justificaria o toque físico, tampouco se considerou que o fato de a vítima não ter se manifestado em repulsa de modo imediato afastaria a ofensa. Observou-se que o toque físico, bem como as palavras proferidas pelo vereador Wellington, visavam reprimir a atuação de Dandara como vereadora, “*atuando como verdadeiro censor quanto ao que pode ser dito ou não por uma vereadora no legítimo exercício de seu mandato.*” Ademais, a sentença observou que o réu tentou desmoralizar a vítima e suas ações, “*por meio do patrulhamento de sua fala em redes sociais, eventos, entrevistas, monitorando seus passos no recinto da Câmara*”, e que até mesmo buscou “*silenciá-la a ponto de requerer em juízo que fosse impedida de manifestar-se publicamente acerca do ocorrido*”.

Com isso, o vereador Wellington Felipe foi condenado por violência política de gênero, na forma do art. 326-B do Código Eleitoral, à pena de 1 ano e 4

meses de reclusão, convertidos em prestação de serviços e prestação pecuniária, bem como em 1,3 dia-multa. Além disso, condenou-se o réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00, com base no art. 387, IV, do CPP.

O réu apresentou recurso criminal eleitoral, ao qual o TRE-SP deu parcial provimento exclusivamente para rever a dosimetria da pena e, com isso, afastar a causa de aumento de pena do art. 327, III, do Código Eleitoral, e fixar a pena final em 1 ano de reclusão e, em atendimento ao disposto no art. 286 do Código Eleitoral, pagamento de 1 dia-multa, fixado o dia-multa em meio salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, devidamente atualizado, convertida a pena privativa de liberdade em 1 restritiva de direitos (§ 2º, primeira parte, do art. 44 do Código Penal), consistente na prestação de serviços à comunidade pelo mesmo tempo da pena corporal, a ser realizada em entidade a ser definida pelo Juízo da execução.

O acórdão do TRE-SP reputou que a materialidade e a autoria do delito foram comprovadas de forma inequívoca; a materialidade foi demonstrada pelas imagens captadas pelas câmeras de segurança e demais documentos juntados; e a autoria, pelas gravações em vídeo, como também pela robusta prova oral produzida em juízo.

4.4 Caso Rodrigo Amorim, Processo 0600472-46.2022.6.19.0000 (TRE-RJ)

No dia 2 de maio de 2024, o deputado estadual Rodrigo Martins de Amorim (União Brasil) foi condenado à pena de 1 ano, 4 meses e 13 dias-multa, em regime aberto, convertida em duas restritivas de direitos: prestação de serviço para entidade que atenda pessoas em situação de rua e pagamento de 70 salários mínimos, pelo crime de violência política de gênero (art. 326-B do Código Eleitoral) praticado contra a vereadora de Niterói Benny Briolly (PSOL). Curiosamente, esse caso foi o primeiro a ser denunciado à luz da Lei 14.192/2021.

Conforme a denúncia, o episódio que deu ensejo à condenação do deputado foi um discurso proferido durante sessão pública extraordinária em 17 de maio de 2022, na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ), transmitida ao vivo pelo canal da *Alerj TV* no YouTube, em que o deputado se referiu à vereadora Benny Briolly, uma mulher transgênero (a única dessa

condição em sua legislatura), como uma “aberração da natureza”, “boizebu”, “vereador homem”, com expressa menção aos órgãos sexuais masculinos. Eis o trecho do discurso em comento:

Na sequência, entraremos em obstrução para todas essas aberrações de ‘LGBTQY-ZH’, mama não sei das quantas que eles homenagearam antes, essas patifarias que eles defendem aqui (...) Em primeiro lugar faço aqui uma correção ao discurso da deputada do PSOL. **Ela faz referência a um vereador homem, pois nasceu com pênis e testículos.** Portanto, é homem. Eles tentam nos impor o tempo inteiro. Em primeiro lugar afrontam o nosso português, criando palavras que não existem no nosso vernáculo. Depois tentam nos impor e percebem que cada vez mais a sopinha de letrinhas vai crescendo. Começou com LGBT, agora temos uma aberração do alfabeto inteiro designando o que eles chamam de gêneros aleatórios, quando na verdade eu insisto na minha tese que eu sou do tempo que existiam homens, mulheres, bichas e sapatões, nada mais além disso e todos conviviam harmoniosamente, porque nós não temos preconceito contra o ser humano. (...) Esses soldados do mal fedendo a enxofre que são, como exatamente criando uma cortina de fumaça e dividindo a nossa sociedade. Então eu quero deixar claro que quando a deputada que me antecede. Essa sim que utiliza o caixão da vereadora assassinada o tempo inteiro como plataforma, como propaganda eleitoral e não duvidem (...) **digó e repito: o vereador homem de Niterói parece um ‘boizebu’ porque é uma aberração da natureza.** E aqui é não a esse projeto horripilante e destrutivo. **Tem lá em Niterói um ‘boizebu’, que é uma aberração da natureza, aquele ser que está ali, um vereador, homem pois nasceu com pênis e testículos, portanto, é homem.** Agora temos uma aberração do alfabeto inteiro designando o que eles chamam de gênero, gêneros aleatórios. Eu sou do tempo em que existiam homens, mulheres, bichas e sapatões. Esses soldados do mal, fedendo a enxofre que são, **o vereador homem de Niterói parece um belzebu, porque é uma aberração da natureza.**

A denúncia foi recebida, o julgamento ocorreu em 23 de agosto de 2022, tendo-se considerado que havia lastro probatório mínimo que indica a materialidade do delito e indícios razoáveis de autoria. Além disso, reputou-se perceptível o elemento subjetivo especial do tipo, consistente na *intenção de impedir ou de dificultar o exercício do mandato eletivo*, pois os dizeres ofensivos estariam

relacionados às atividades da vítima como parlamentar. E, em se tratando de crime formal, não se exige a produção do resultado material para a consumação.

A decisão que recebeu a denúncia (Brasil, 2022, p. 2) afastou a incidência da imunidade parlamentar, na medida em que esta é garantia inerente à democracia, que não poderia ser manejada para ofender seu principal fundamento: a dignidade humana. Afirmou-se que a imunidade parlamentar existe para proteger todos os parlamentares, não para permitir que parlamentares homens subjuguem e humilhem parlamentares mulheres (Brasil, 2022, p. 9). Adotando a linha jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF), registrou-se que a inviolabilidade parlamentar não é compatível com a propagação de discurso de ódio, o ato discriminatório ou o preconceito.

O julgamento no TRE-RJ se deu por maioria.¹⁴ O réu apresentou recurso contra a condenação, entretanto o julgamento ainda não foi finalizado no momento em que se escreve este texto.

4.5 Considerações sobre os casos concretos já julgados

A partir dos casos expostos, cabe fazer algumas considerações. Em primeiro lugar, sobre o caráter temporal: as condenações são recentes, de 2023 e 2024, tendo recebido ampla cobertura, por terem sido as primeiras condenações pelo crime de violência política de gênero nos respectivos estados. Inclusive, o caso julgado pelo TRE-PB contém referência expressa à condenação originária do TRE-CE. Então, a perspectiva é que essas primeiras aplicações incentivem e influenciem outras futuras.

Em segundo lugar, destaca-se que o TRE-CE e o TRE-PB adotaram posições diversas sobre a possibilidade de substituição da pena de reclusão por penas restritivas de direito: para o TRE-CE (e também para o TRE-RJ), a conversão é viável, ao passo que, para o TRE-PB, a violência política de gênero, por ser violência, não poderia ser amparada por esta benesse; tal conclusão derivaria de invocação

14 A íntegra da sessão do TRE-RJ está disponível em: <https://www.youtube.com/live/D4z-qOHNMSUG?si=9-7IndpJBTH8510X> e em: https://www.youtube.com/live/qv_-vTeRv_A?si=-JlPyV_tYxrTeumoe.

dos entendimentos recentes do STJ quanto à aplicação do art. 44 do Código Penal. Por seu turno, no TRE-SP ainda houve a condenação à indenização por danos morais, o que não foi objeto de pedido ou debate nas demais demandas.

Em terceiro lugar, observa-se que há divergências sobre quais condutas caracterizam ou não a violência política de gênero. Especialmente no caso do TRE-PB, tanto o Juízo de primeiro grau quanto o voto relator divergiram do entendimento adotado no voto revisor e acolhido pela maioria do Tribunal. Nesse sentido, há, por exemplo, discrepância de compreensão sobre quais agentes são capazes de “causar prejuízo” à atuação política feminina com suas ações.

A rigor, o melhor entendimento parece ser no sentido de que não existe qualquer limitação a quem pode ser sujeito ativo no delito do art. 326-B do Código Eleitoral, bem como no sentido de que há diversos modos de se prejudicar o exercício político das mulheres, mesmo que seja por meio do exercício de influência negativa sobre o eleitorado quanto à imagem das mulheres que atuam na política.

Ainda quanto a esse ponto, chama a atenção o posicionamento do TRE-CE quanto à consideração de maior reprovabilidade da conduta do vereador de Russas em razão de ter ela se dado contra deputadas do próprio partido. Embora não haja uma previsão legal expressa nesse sentido, o entendimento é salutar para combater a desigualdade de gênero no interior dos próprios partidos. A referida culpabilidade majorada está em consonância com os anseios legislativos de prevenir tanto a violência quanto a discriminação de gênero.

Em quarto lugar, merece destaque, no caso do TRE-SP, que a tentativa de reprimir a atividade política feminina se deu até mesmo por meio de contato físico mesclado a falas opressoras, eis que o réu, por duas vezes, segurou o rosto da vítima – em postura invasiva –, além de a ter enlaçado de forma evidentemente indesejada. Ademais, no processo, a defesa do réu tentou desmoralizar a vítima (como parte de sua técnica de defesa), bem como procurou normalizar o contato físico descrito como sendo de hábito do réu, o qual – como menciona a sentença – se considera “uma pessoa de contato”.

Nesse caso, as circunstâncias foram analisadas com cuidado e se considerou que o mero fato de duas pessoas serem colegas de trabalho, ou de uma delas se sentir livre para tocar em pessoas das quais não é próxima, não pode ser aceito como disfarce para uma conduta hostil. Tampouco pode a aparente inércia de

defesa da vítima – ante o seu choque – servir de justificativa a se banalizar uma conduta inapropriada de opressão à mulher.

Em quinto lugar, comum a todos os casos analisados, esteve a tentativa, por parte da defesa dos réus, de albergar as falas na imunidade parlamentar ou de desclassificar o crime para, no máximo, crime contra a honra. Esse ponto ficou bem evidenciado no caso do TRE-RJ. Entretanto, parece já se ter formado consenso no âmbito dos TRES no sentido de que a imunidade parlamentar não constitui obstáculo à persecução penal do tipo de violência política contra as mulheres e de gênero. O STF ainda não teve chance de se manifestar sobre a questão, mas seria possível antever que seu entendimento tenderia a equiparar a violência política ao discurso de ódio para fins de afastamento da imunidade parlamentar, portanto a prerrogativa constitucional não poderia servir para legitimar o assédio, o constrangimento, a humilhação, a perseguição ou a ameaça voltados para excluir a mulher da vida política.

4.6 *Outros casos de violência política*

Ganhou notoriedade a denúncia dirigida contra o ex-governador Ciro Gomes em razão de ofensas dirigidas à senadora Janaína Farias. As falas do denunciado incluíram afirmações de que a ofendida “não tinha competência para exercer mandato no Senado” e a chamou de “cortesã”. Em época anterior, o denunciado teria se referido à senadora como “assessora para assuntos de cama”.

Em junho de 2014, houve a prisão do ex-deputado federal Wladimir Afonso Rabelo da Costa (Wlad Costa) decorrente de denúncia de delitos tipificados nos arts. 326-B e 327-V do Código Eleitoral. O político foi acusado de cometer violência política de gênero em desfavor da deputada federal Renilce de Albuquerque (MDB-PA). De acordo com o noticiado pelo TSE:

(...) o réu valeu-se de suas redes sociais para ameaçar e perseguir a deputada, passou a impulsionar vídeo com ofensas e humilhações, chegando ao limite de fazer *card* com telefone da vítima e divulgá-lo nas redes sociais. Além disso, o acusado realizou *lives* nas quais fazia ilações acerca de relacionamentos da vítima, incitando violência contra a mulher. (TSE, 2024.)

Antes, haviam sido fixadas medidas cautelares contra o ex-deputado, mas essas não se mostraram suficientes, razão pela qual foi a sua prisão decretada e, inclusive, denegado *habeas corpus* por ele interposto.

Outra denúncia que pode ser mencionada é a recebida pelo TRE-SP em desfavor do deputado estadual Wellington Moura, também por violência política de gênero, nos Autos 0600214-41.2022.6.26.0000. De acordo com o TSE, o político, durante sessão da Assembleia Legislativa de São Paulo, “*assediou, constrangeu e humilhou por palavras a deputada estadual Mônica Seixas (PSOL) ao dizer que ‘sempre colocaria um cabresto em sua boca’ quando ele estivesse presidindo a sessão e que faria isto ‘em todas as vezes que fosse presidente’*” (TSE, 2022).

5. Projetos de lei em tramitação sobre a violência política contra as mulheres e de gênero

A presente seção apresenta o levantamento dos projetos de leis em tramitação no Congresso Nacional sobre a violência política contra as mulheres e de gênero. A partir das buscas realizadas nos sites da Câmara e do Senado, foram encontrados 20 projetos de leis. O maior número de propostas se concentra no ano de 2020, sinalizando que nesse momento se deu um aumento da preocupação parlamentar com a matéria, que acabou assumindo a forma da Lei 14.192/2021. Como continuaram sendo apresentadas proposições após essa lei, isso significa que são prováveis futuros aperfeiçoamentos legislativos.

A lista completa com todas as proposições é a seguinte:

Quadro 3 – Propostas sobre a violência política contra a mulher e de gênero

Ano	Casa	PL	Autor	Ementa	Situação
2013	CD	6.657/2013	Fátima Pelaez (MDB/AP)	Dispõe sobre o combate à violência e à discriminação político-eleitorais contra a mulher.	Retirado de tramitação a pedido da autora.
2014	CD	8.046/2014	Fátima Pelaez (MDB/AP)	Dispõe sobre o combate à violência e à discriminação político-eleitorais contra a mulher.	Arquivado (art. 105 RICD).
2015	CD	349/ 2015	Rosângela Gomes (PRB/RJ)	Original: Dispõe sobre o combate à violência e à discriminação político-eleitorais contra a mulher. Aprovada: Estabelece normas para prevenir, sancionar e combater a violência política contra a mulher; e altera as Leis 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 9.504, de 30 de setembro de 1997.	Aprovado nos termos do Substitutivo da relatora, deputada Angela Amin. Transformado na Lei 14.192/2021.
2018	CD	9.699/2018	Cristiane Brasil (PTB/RJ)	Altera a Lei 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral, para estabelecer a violência política contra mulheres como crime eleitoral.	Apensado ao PL 349/2015, mas prejudicado com a aprovação do substitutivo daquele PL.

Ano	Casa	PL	Autor	Ementa	Situação
2020	CD	4.963/2020	Margarete Coelho (PP/PI), Rose Modesto (PSDB/MS), Norma Ayub (DEM/ES) e outros	Estabelece normas para prevenir, sancionar e combater a violência política contra mulheres ou em razão de gênero.	Apensado ao PL 349/2015, mas prejudicado com a aprovação do substitutivo daquele PL.
2020	CD	5.114/2020	Rejane Dias (PT/PI)	Cria mecanismos para coibir a violência e a discriminação política de gênero contra a mulher e dá outras providências.	Retirado de tramitação a pedido da autora.
2020	CD	5.136/2020	Rejane Dias (PT/PI)	Cria mecanismos para coibir a violência e a discriminação política contra a mulher e dá outras providências.	Apensado ao PL 349/2015, mas prejudicado com a aprovação do substitutivo daquele PL.
2020	CD	5.295/2020	Talíria Petrone (PSOL/RJ)	Cria mecanismos de enfrentamento ao assédio e à violência política contra mulheres candidatas e no exercício da vida política.	Apensado ao PL 349/2015, mas prejudicado com a aprovação do substitutivo daquele PL.

Ano	Casa	PL	Autor	Ementa	Situação
2020	CD	5.587/2020	Shéridan (PSDB/RR)	Altera a Lei 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral, para incluir causa de aumento de pena nos crimes de calúnia, injúria e difamação eleitorais, quando praticados com abrangência difusa ou coletiva, como rádio, televisão ou internet e ou em virtude de violência política contra a mulher.	Aguardando parecer do(a) relator(a) na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Apensado ao PL 5.003/2019 (que dispõe sobre o aumento de pena para agravar crimes eleitorais de calúnia, difamação e injúria em meio virtual).
2020	CD	5.611/2020	Alexandre Frota (PSDB/SP)	Estabelece punição à violência política e profissional de gênero e dá outras providências	Aguardando designação de relator(a) na Comissão de Trabalho (CTRAB).
2021	CD	2.513/2021	Gleisi Hoffmann (PT/PR), Valmir Assunção (PT/BA), Carlos Veras (PT/PE) e outros	Institui o Dia Nacional de Conscientização e Enfrentamento à Violência Política de Gênero	Aguardando parecer do(a) relator(a) na Comissão de Direitos Humanos, Minorias e Igualdade Racial (CDHMR). Apensado ao PL 78/2021 (que trata de violência política contra candidato LGBT).
2021	CD	3.509/2021	José Nelto (PODE/GO)	Institui-se penalidade à violência política e profissional de gênero e prevê outras providências.	Aguardando designação de relator(a) na Comissão de Trabalho (CTRAB). Apensado ao PL 5.611/2020 (que trata de punição à violação política e profissional de gênero).

Ano	Casa	PL	Autor	Ementa	Situação
2021	CD	PLP 111/2021	Jhonatan de Jesus (Rep/RR)	Institui o Código Eleitoral.	Retirado pelo autor.
2021	CD	PLP 112/2021	Soraya Santos (PL/RJ), Jhonatan de Jesus (Rep/RR), Paulo Teixeira (PT/SP) e outros	Dispõe sobre as normas eleitorais e as normas processuais eleitorais brasileiras.	Aguardando apreciação pelo Senado Federal. Está na ccj do Senado, aguardando análise das emendas apresentadas.
2022	CD	2.268/2022	José Guimarães (PT/CE)	Aumenta a pena de violência política de gênero.	Aguardando designação de relator(a) na Comissão de Trabalho (CTRAB). Apensado ao PL 5.611/2020 (que trata de punição à violação política e profissional de gênero).
2023	CD	128/ 2023	Sâmia Bomfim (PSOL/SP)	Altera a Lei 14.192, de 4 de agosto de 2021, e a Lei 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), para garantir que todas as mulheres tenham direito à proteção contra a violência política de gênero, sem qualquer distinção.	Aguardando parecer do relator na Comissão de Direitos Humanos, Minorias e Igualdade Racial (CDHMR). Apensado ao PL 78/2021 (que trata de violência política contra candidato LGBT).
2023	CD	1.086/2023	Poder Executivo	Institui o Dia Nacional Marielle Franco de Enfrentamento da Violência Política de Gênero e Raça, a ser comemorado, anualmente, em 14 de março	Pronta para Pauta no Plenário (PLEN). Apensado ao PL 6.366/2019 (que institui o Dia Nacional das Defensoras e Defensores de Direitos Humanos).

Ano	Casa	PL	Autor	Ementa	Situação
2023	CD	2.540/2023	Carol Dartora (PT/PR)	Institui a Política Nacional de Proteção a Parlamentares em situação de risco, vulnerabilidade e vítimas de violência política de gênero e raça, cria o Programa Nacional de Proteção a Parlamentares em situação de risco e vulnerabilidade, altera dispositivos da Lei 14.192, de 4 de agosto de 2021, e dá outras providências.	Aguardando parecer do relator na Comissão de Direitos Humanos, Minorias e Igualdade Racial (CDHMR). Apensado ao PL 78/2021 (que trata de violência política contra candidato LGBT).
2023	CD	3.867/2023	Iza Arruda (MDB/PE), Maria do Rosário (PT/RS), Elcione Barbalho (MDB/PA) e outros	Altera a Lei das Eleições e a Lei dos Partidos Políticos para autorizar o pagamento de despesas com a segurança pessoal de candidatos no período de campanha eleitoral com recursos oriundos dos Fundos Eleitoral e Partidário. A principal justificativa desse projeto é de que, "Nos últimos anos, tem sido perceptível o aumento de casos de violência política em nossa sociedade, notadamente quando as vítimas pertencem a grupos minorizados".	Aguardando parecer do(a) relator(a) na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).
2023	CD	4.069/2023	Laura Carneiro (PSD/RJ)	Institui mecanismos, ações e procedimentos para a prevenção, repressão e combate à violência política contra a mulher, e dá outras providências.	Pronta para pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Ano	Casa	PL	Autor	Ementa	Situação
2024	CD	782/2024	Professora Luciene Cavalcante (PSOL/SP)	Altera os arts. 141 e 145 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para aumentar a pena e tornar a ação pública incondicionada nos casos de crimes contra a honra que desrespeitam violações de Direitos Humanos e violência política de gênero sofridas pela vítima.	Aguardando designação de relator(a) na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).
2024	SF	2.341/2024	Senadora Janaina Farias (PT/CE)	Altera a Lei 14.192, de 4 de agosto de 2021, para prever medidas protetivas de urgência para os casos de violência política contra a mulher.	Na CDH, aguardando parecer da relatora senadora Soraya Thronicke.
2024	CD	2.565/2024	Aluisio Mendes (Rep/ MA)	Altera o art. 326-B da Lei 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), para tornar mais grave o crime de violência política contra a mulher	Aguardando designação de relator(a) na Comissão de Trabalho (CTRA). Apensando ao PL 2.268/2002, que, por sua vez, foi apensado ao PL 5.611/2020 (que trata de punição à violação política e profissional de gênero).
2024	CD	2.861/2024	Marreca Filho (PRD/MA)	Dispõe sobre a violência política contra a mulher.	Aguardando designação de relator(a) na Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher (CMULHER).

Fonte: elaboração própria.

Dos dados acima, chama a atenção que a maioria das proposições é de autoria de parlamentares mulheres. De modo geral, os assuntos tratados das propostas já foram contemplados na Lei 14.192/2021. Alguns PLS não mencionaram a categoria *gênero*, como o PL 349/2015, de autoria da deputada Rosângela Gomes (PRB/RJ), que culminou na Lei 14.192/2021, ao passo que outros a contemplaram, como o PL 4.963/2020, de autoria da então deputada Margaret Coelho (PP/PI) e outras.

No PL 5.611/2020, de autoria do ex-deputado Alexandre Frota (PSDB/SP), a justificativa fez menção expressa ao caso da então deputada estadual Isa Penna, que se tornou nacionalmente conhecido, em dezembro de 2020, durante a sessão da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (ALESP), quando teve seus seios apalpados pelo também ex-deputado Fernando Cury. O episódio rendeu a suspensão do mandato parlamentar do então deputado por 180 dias e culminou na sua condenação pelo crime de importunação sexual (art. 215-A do Código Penal).

Algumas proposições pretendem trazer aperfeiçoamentos, como é o caso do PL 2.341/2024, de autoria da senadora Janaína Farias (PT-CE), que pretende incluir medidas protetivas de urgência a serem aplicadas de imediato ao agressor quando constatada a prática de violência política contra a mulher, por exemplo: suspensão da posse ou restrição do porte de armas; proibição de aproximação, de contato com a ofendida, de frequentar determinados lugares; comparecimento a programas de recuperação e reeducação; etc.

Os principais argumentos apresentados como justificativa para as proposições são os de que a violência política contra a mulher afasta as mulheres da política. As propostas visam a conferir maior efetividade às ações de prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher.

Conclusão

O presente trabalho abordou a violência política contra as mulheres, considerando-a como uma categoria importante para lidar com o problema que vem sendo reconhecido pela literatura internacional, especialmente na América Latina, com fartas evidências empíricas e relatos de experiências individuais, de agressões de vários tipos para atrapalhar a presença de mulheres na vida pública.

De acordo com o tratamento conceitual predominante, a violência contra as mulheres na política abrange quaisquer ações que obstaculizam a candidatura de mulheres ou o exercício de seus cargos, tratando-se de uma estratégia para impedir a participação das mulheres na política, seja como candidatas, seja como detentoras de mandato eletivo. O objetivo seria fazer com que as mulheres abandonem a política.

Nesse sentido, a legislação brasileira também definiu violência política contra a mulher como *toda ação, conduta ou omissão com a finalidade de impedir, obstaculizar ou restringir os direitos políticos da mulher, bem como qualquer distinção, exclusão ou restrição no reconhecimento, gozo ou exercício de seus direitos e de suas liberdades políticas fundamentais, em virtude do sexo* (art. 3º da Lei 14.192/2021). Como se vê, tal definição é bastante mais ampla que a tipificação da conduta para fins criminais, nos termos do art. 326-B do Código Eleitoral, incluído pela mesma Lei 14.192/2021. Assim, nem todas as *condutas de violência* contra as mulheres na política constituirão o *crime de violência política contra as mulheres*. Sem prejuízo, eventualmente, as condutas poderão receber enquadramento em outros crimes.

Foram apresentados os aspectos da tramitação legislativa que resultou na Lei 14.192/2021, destacando da justificação apresentada: 1) a necessidade de incentivar o ingresso de mulheres na política; 2) a desproporção entre homens e mulheres ocupantes de cargos eletivos nas Casas do Congresso Nacional; e 3) o alinhamento do PL 349/2015 com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW). Também foram lançados comentários dogmáticos e de ordem crítica sobre o art. 326-B do Código Eleitoral, enfatizando que esse tipo específico não foi revogado tacitamente pelo art. 359-P do Código Penal, incluído pela Lei 14.197/2021.

As primeiras condenações envolvendo o crime de violência política contra as mulheres foram apresentadas e analisadas, chamando-se a atenção para os aspectos polêmicos, notadamente as controvérsias sobre o que caracteriza o crime, se é possível converter a pena de reclusão por penas restritivas de direito, o afastamento da imunidade parlamentar, etc.

Por fim, o trabalho ainda apresentou a lista de todas as proposições legislativas sobre o assunto, indicando que continuam sendo apresentados projetos de leis para aperfeiçoar a Lei 14.192/2021, com destaque para o PL 2.341/2024,

de autoria da senadora Janaína Farias (PT/CE), para prever medidas protetivas de urgência para os casos de violência política contra a mulher.

Referências

- BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. *Crimes contra mulheres*: Lei Maria da Penha, Crimes Sexuais; Feminicídio, Violência Política de Gênero. 6. ed. São Paulo: Juspodivm, 2024.
- BIANCHINI, Alice et al. *Manual de direito eleitoral e gênero*: aspectos cíveis e criminais. São Paulo: Juspodivm, 2024.
- BIROLI, Flávia. Political violence against women in Brazil: expressions and definitions. *Revista Direito & Práxis*, v. 7, n. 3, p. 557-589, 2016.
- BIROLI, Flávia; MARQUES, Danusa. Mulheres e política: violência contra as mulheres e de gênero na política. In: PERISSINOTTO, Renato et al. (orgs.). *Política comparada*: teoria e método. Rio de Janeiro: EduERJ, 2022, p. 645-677.
- BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 349/2015. Inteiro teor, justificação. 11/2/2015.
- BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 349/2015. Parecer da relatora, dep. Raquel Muniz, pela aprovação do Projeto de Lei 349/2015, com emenda. 26/10/2016.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Violência política de gênero: Brasil registra sete casos a cada 30 dias. *Notícias CNJ*, 7/12/2022.
- BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Violência política de gênero é crime*: saiba como reconhecer e denunciar essa prática. Brasília: MPF, 2022
- BRASIL. SENADO FEDERAL. Projeto de Lei 5.613/2020. Parecer 154/2021 – Plenário, 13/7/2021.
- BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA PARAÍBA – RecCrimEleit: 06000270920226150010 GUARABIRA – PB 060002709, relator: Fabio Leandro de Alencar Cunha, data de julgamento: 17/6/2024, data de publicação: 10/7/2024.
- BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO DE JANEIRO. Petição Criminal 0600472-46.2022.6.19.0000. Relatora Kátia Valverde Junqueira. Acórdão, j. 23/8/2022.
- CLAUSEWITZ, Carl von. *Da guerra*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

- CUNHA, Rogério Sanches; SILVARES, Ricardo. *Crimes contra o Estado democrático de Direito*. São Paulo: Juspodivm, 2021.
- GOMES, José Jairo. *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*. 7. ed. Barueri: Atlas, 2024.
- G1. Vereador que apertou rosto de parlamentar em sessão é condenado por violência política de gênero. *G1*, 27/3/2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2024/03/27/vereador-que-apertou-rosto-de-parlamentar-em-sessao-e-condenado-por-violencia-politica-de-genero.ghhtml>. Acesso em 22 ago. 2024.
- HTUN, Mala. A política de cotas na América Latina. *Revista de Estudos Feministas*, v. 1, n. 9, p. 225-230, 2001.
- KROOK, Mona Lena. *Violence against women in politics*. Oxford: OUP, 2020.
- KROOK, Mona Lena. Empowerment versus backlash: gender quotas and critical mass theory. *Politics, Groups, and Identities*, v. 3, i. 1, p. 184-188, 2015.
- KROOK, Mona Lena; RESTREPO SANÍN, Juliana. Violencia contra las mujeres en política: en defensa del concepto. *Política y gobierno*, v. 23, n. 2, p. 459-490, 2016a.
- KROOK, Mona Lena; RESTREPO SANÍN, Juliana. Género y violencia política en América Latina Conceptos, debates y soluciones. *Política y gobierno*, v. 23, n. 1, p. 127-162, 2016b.
- LOPES, Twig Santos. *Violência política contra as mulheres*. Rio de Janeiro: Mórula, 2024.
- LUNARDELLI, Ana Laura Bandeira Lins. O crime de violência política contra a mulher e o crime de violência política. *Revista Eletrônica de Direito Eleitoral e Sistema Político – REDESP*, v. 6, n. 1, p. 210-223, 2022.
- LUNARDELLI, Ana Laura Bandeira Lins; CASAROTTO, Moisés. Conflito de normas de crimes de violência política de gênero e de violência política. *Conjur*, 23/6/2022.
- O'CONNELL, Helen (ed.). *Women and conflict*. Oxford: Oxfam, 1993.
- PISCOPO, Jennifer M. Capacidad estatal, justicia criminal y derechos políticos: nueva mirada al debate sobre la violencia contra las mujeres en política. *Política y gobierno*, v. 23, n. 2, p. 437-458, 2016.
- SILVA, Bianca Maria Gonçalves e; PEREIRA, Nathália Mariel F. de S.; BRANQUINHO, Raquel. A competência da Justiça Eleitoral nos crimes de violência política de gênero. *Jota*, 29/4/2024.

TSE. TRE-SP recebe denúncia contra deputado estadual por violência política de gênero, 25/11/2022. Disponível em: <https://www.tre-sp.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Novembro/tre-sp-recebe-denuncia-contradeputado-estadual-por-violencia-politica-de-genero>. Acesso em 22 ago. 2024.

TSE. TSE mantém prisão preventiva de ex-deputado acusado de praticar violência política de gênero, 25/6/2024. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Junho/tse-mantem-prisao-preventiva-de-ex-deputado-acusado-de-praticar-violencia-politica-de-genero>. Acesso em 22 ago. 2024.

VICENTE, Débora do Carmo. Inovação legal no combate à violência política contra a mulher. *Conjur*, 28/3/2022.

A DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE DE DENÚNCIAS DE IMPEACHMENT CONTRA MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: REFLEXÕES SOBRE COMPETÊNCIA E (IR)RECORRIBILIDADE

*Mateus Fernandes Vilela Lima*¹

*Pedro Formaggini Gualtieri*²

*Vitor Galvão Fraga*³

Introdução

Todos aqueles que servem ao poder público, na qualidade de sujeitos expressivos de sua ação, podem ser chamados de agentes públicos. Trata-se de conceito amplo, que alberga o presidente da República, governadores, ministros

-
- 1 Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP (2024), mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) (2018), graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2007). Advogado do Senado Federal desde 2009.
 - 2 Especialista em Direito Processual Civil e Direito Público, graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Ex-advogado do Senado Federal. Procurador do Estado de Minas Gerais.
 - 3 Doutorando em Direito Constitucional e Democracia (UnB). Mestre em Direito do Estado e Regulação (UFPE). Especialista em Direito Administrativo e Direito Constitucional. Advogado do Senado Federal.

dos Tribunais Superiores, empregados públicos, servidores estatutários e todo aquele que desempenhe função estatal (Mello, 1990, p. 5-6).

Todo agente público é sujeito a um regime de responsabilização. Mesmo os agentes políticos, titulares dos “cargos estruturais que compõem o arcabouço constitucional do Estado” (Mello, 1990, p. 6), em virtude do princípio republicano, podem ser responsabilizados por atos ilícitos praticados, pois, no exercício dessas elevadas funções, isto é, no desempenho de seu múnus público, esses agentes são titulares de direitos e responsabilidades. A publicização do conceito de função enseja o surgimento de meios de prevenir o arbítrio e remediar excessos e desvios, seja por reparação às vítimas, seja por sanções aplicadas aos agentes (Ataliba, 1984, p. 103).

Porém, essa responsabilização pode se dar em distintas esferas, a depender do ato ilícito praticado e do agente que o pratica. Há agentes que se sujeitam a maiores esferas de responsabilização do que outros, mas nenhum agente é imune de ser responsabilizado.

É possível identificar ao menos nove sistemas de responsabilidade autônomos no Direito brasileiro: (1) a responsabilidade civil; (2) a responsabilidade penal comum; (3) a responsabilidade eleitoral; (4) a responsabilidade por irregularidade formal e material de contas; (5) a responsabilidade por ato de improbidade administrativa; (6) a responsabilidade político-constitucional; (7) a responsabilidade político-legislativa; e (8) a responsabilidade administrativa. Os últimos três são restritos aos agentes públicos (Oliveira; Grotti, 2024, p. 7-8).

No presente artigo, dedicaremos-nos especialmente à responsabilidade político-constitucional dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), que é exatamente a responsabilidade pelo cometimento dos chamados “crimes de responsabilidade”, ensejadores da sanção de impedimento.

De acordo com o art. 52, II, da Constituição da República de 1988, é competência do Senado Federal processar e julgar os ministros do Supremo Tribunal Federal por crimes de responsabilidade. Contudo, diferentemente do que faz em relação ao presidente da República, a Constituição silencia quanto a que tipos de condutas podem configurar esses “crimes”.

A Lei 1.079/1950 (Lei de Impeachment) é que traz os detalhes desse regime de responsabilização, deixando claro, no seu art. 2º, que os ministros do STF respondem pelos crimes ali definidos, podendo sofrer as penalidades de perda

do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo de eventual responsabilização por crime comum.

A propósito, desde já é importante consignar que, apesar de se falar em “crime”, a responsabilização por crimes de responsabilidade não é uma responsabilização de natureza penal, mas sim de natureza político-constitucional, como já mencionado. O crime de responsabilidade *stricto sensu*, a despeito do equívoco terminológico, é uma infração que ofende a Constituição e deriva do exercício do múnus público, sujeitando o agente apenas às sanções de perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública. Infrações que ensejam penas privativas de liberdade, ainda que chamadas de crimes de responsabilidade, são apenas delitos comuns.

Enquanto o delito comum é processado mediante uma ação penal e sob o rito do processo penal, a responsabilização por crime de responsabilidade depende de um processo que é o impeachment.⁴ Embora historicamente esse instituto tenha se reservado à perda do mandato do chefe de Estado, hoje o impedimento se espalha a “autoridades que figuram como agentes políticos, de todos os poderes e níveis federativos, razão pela qual o afastamento do cargo seria medida adequada para evitar prejuízos ao interesse público” (Castro; Melo, 2018, p. 131).

O rol de condutas passíveis de configurar crime de responsabilidade para ministros do STF está delineado no art. 39 da já mencionada Lei 1.079/1950, mas a legislação também prevê que poderão ser aplicadas as infrações previstas no art. 10 (lesão à Lei Orçamentária) ao presidente do tribunal ou seu substituto quando praticarem ou ordenarem as condutas ali tipificadas. Nos termos do art. 39 da Lei 1.079/1950, são crimes de responsabilidade dos ministros do STF: 1) alterar – exceto por via de recurso – decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal; 2) proferir julgamento quando suspeito na causa; 3) exercer atividade político-partidária; 4) ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo; e 5) proceder de modo incompatível com a honra, a dignidade e o decoro das funções.

4 Não se confunde, portanto, a pena de impedimento com o impeachment, que é “o processo mediante o qual se promove a apuração e o julgamento dos crimes de responsabilidade” (Silva; Fernandes, 2023, p. 689).

Como já mencionado, a apuração e o julgamento dessas condutas dependem de um rito procedimental próprio, igualmente previsto na Lei 1.079/1950, o que será melhor analisado a seguir.

2. Procedimento do impeachment e a decisão de admissibilidade

O art. 52, inciso II, da Constituição atribui ao Senado a missão de julgar os ministros do STF por crime de responsabilidade, a reclamar a perda do cargo. O rito processual para o exercício dessa competência senatorial é dado pela Lei 1.079/1950.

Nos termos do art. 41 da Lei 1.079/1950, o cidadão possui legitimidade para denunciar, perante o Senado Federal, os ministros do STF por crime de responsabilidade. O termo “cidadão” é usado em sentido técnico, ou seja, aquele indivíduo com titularidade e exercício de direitos políticos. Nesse contexto, por exemplo, a suspensão dos referidos direitos, prevista no art. 15 da Constituição, enseja a ilegitimidade para o oferecimento da denúncia.

A denúncia deverá ser assinada pelo autor, com firma reconhecida, e acompanhada dos documentos que a comprovem, nos termos do art. 43 da Lei de Impeachment.

O art. 44 da Lei 1.079/1950 prevê que, recebida a denúncia pela Mesa do Senado, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada a uma comissão especial, eleita para opinar sobre ela.

Da mesma forma, o art. 380, inciso I, do Regimento Interno do Senado Federal (RISF)⁵ confere à Mesa atribuições para exercer juízo de prelibação sobre a presença dos requisitos legais e das condições da ação necessários para admitir a acusação.

5 “Art. 380. Para julgamento dos crimes de responsabilidade das autoridades indicadas no art. 377, obedecer-se-ão as seguintes normas:

(...)

I – recebida pela Mesa do Senado a autorização da Câmara para instauração do processo, nos casos previstos no art. 377, I, ou a denúncia do crime, nos demais casos, será o documento lido no Período do Expediente da sessão seguinte;”

Conforme consolidada interpretação do RISF,⁶ é conferida ao presidente da Casa, na qualidade de dirigente da Mesa, a possibilidade de exercer atribuições e tomar decisões apresentando a Mesa, em consonância com o art. 48, inciso XXXIV, do RISF.⁷ Uma das atribuições é verificar a existência dos elementos mínimos para que qualquer proposição possa tramitar.

No caso das denúncias por crimes de responsabilidade, o juízo de prelibação feito pelo presidente da Casa restringe-se a verificar se a denúncia é patentemente inepta ou destituída de justa causa, não reunindo condições mínimas para seu processamento pela Mesa do Senado. Nesse caso, o presidente pode determinar o arquivamento da proposição, evitando que se encaminhe à Mesa e à comissão especial denúncia que não apresente os pressupostos mínimos de conhecimento. É uma medida para dar economicidade e eficiência aos trabalhos da Casa Legislativa, evitando deliberações fadadas à inutilidade.

O próprio STF já reconheceu a legitimidade e constitucionalidade dessa possibilidade. No âmbito de Mandado de Segurança 34.592, Celso Antônio Bandeira de Mello e outros impetrantes argumentaram a ilegalidade da negativa de seguimento e imediato arquivamento, pela Presidência do Senado Federal, do pedido de impeachment autuado como PET (SF) 11/2016, apresentada pelos impetrantes em face do ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes, pela suposta prática de condutas tipificadas no art. 39-5 da Lei 1.079/1950, c/c o art. 36, III, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar 35/1979).

Os impetrantes argumentaram, em síntese, que a negativa monocrática de seguimento à denúncia, pelo presidente do Senado, era ilegal, porque a análise do pedido de impedimento seria atribuição da Mesa, e não da Presidência. Sustentaram que a autoridade impetrada teria usurpado a competência da Mesa.

Inicialmente, em decisão singular, o ministro Edson Fachin assentou que, “ao contrário do entendimento dos impetrantes, o juízo de delibação pode ser exercido monocraticamente, essa é a regra geral, tanto no Poder Judiciário, como no Poder Legislativo (quando exerce funções jurisdicionais, seja na Câmara,

6 Como exemplo, cite-se o Parecer 659/2021 - NASSET/ADVOSF.

7 “Art. 48. [...] XXXIV – presidir as reuniões da Mesa e da Comissão Diretora, podendo discutir e votar;
[...]”

seja no Senado). No Judiciário, a tarefa é do Relator (ou do Presidente, nos casos mais graves, como as suspensões de segurança e de liminares) e, nas Casas Legislativas, é de seu Presidente, por apresentação”.

O ministro assentou, em raciocínio analógico, que a atribuição de poderes ao relator enseja vantagens práticas que densificam o princípio da razoável duração do processo, garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição, além de fundamentar-se em regras processuais, a exemplo do art. 932, incisos III, IV e VIII, do CPC. Ademais, em processos com características sancionatórias, a competência monocrática para decidir relaciona-se a juízos não gravosos ao acusado, a exemplo do arquivamento por ausência de justa causa.

O ministro Fachin ainda asseverou que pretender aplicar a regra de competência prevista para o recebimento da denúncia – que implica juízo gravíssimo a ser exercido pela Casa – significa subverter a sistemática prevista nos arts. 52, I e II, da Constituição da República, 44 da Lei 1.079/1950 e 377 e seguintes do Regimento Interno do Senado Federal.

Por fim, o ministro aduziu que os impetrantes não indicaram dispositivos da Constituição, da Lei 1.079/1950 ou do RISF com previsão segundo a qual os arquivamentos de pedidos de impeachment, por ausência de justa causa, podem (ou devem) ser exercidos pela Mesa do Senado.

Em julgamento de agravo regimental, o Plenário do STF referendou a decisão monocrática, em consonância com a *ratio decidendi* da decisão monocrática do ministro Edson Fachin.

Portanto, o precedente do STF estabelece que o juízo de delibação pode ser exercido monocraticamente no Poder Legislativo quando este desempenha funções jurisdicionais, como nos processos de impedimento. No Judiciário, essa função cabe ao relator ou ao presidente, enquanto nas Casas Legislativas é atribuída ao presidente. A competência monocrática para decidir sobre o arquivamento liminar de denúncias por ausência de justa causa é considerada legítima e constitucional, alinhando-se com o dever de assegurar a razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição). A decisão também destaca que as regras de competência para o recebimento de denúncias contra o chefe do Executivo, que implicam juízo gravíssimo, não são aplicáveis aos procedimentos de crime de responsabilidade contra ministros do STF. Portanto, a competência para arquivar tais denúncias, por ausência de justa causa, reside legitimamente no presidente do Senado, sem necessidade de deliberação pela Mesa do Senado.

Nesse sentido, e sem vulnerar a previsão do art. 44 da Lei 1.079/1950 e do art. 380, inciso I, do RISF, no sentido de que o juízo de recebimento da representação de impeachment deve ser feito pela Mesa do Senado Federal, tem o presidente da Casa, apresentando o órgão colegiado, competência para arquivar as denúncias que claramente não observem os requisitos formais ou não apresentem justa causa (normalmente por atipicidade formal ou material). E essa competência decorre do disposto no art. 48, inciso XXXIV, do RISF,⁸ conforme exposto.

3. A irrecorribilidade da decisão de arquivamento da denúncia por crime de responsabilidade: impossibilidade de analogia e aplicação subsidiária

O regime jurídico procedimental dos crimes de responsabilidade, previsto na Lei 1.079/1950 e no RISF, permite concluir que a decisão de arquivamento da denúncia por crime de responsabilidade não é passível de recurso.

O recurso não é uma categoria jurídica fundamental (Didier Jr.; Cunha, 2023, p. 124). É, na verdade, um conceito que depende do exame de um determinado ordenamento jurídico, da previsão normativa de seu cabimento, condições e elementos. Em outras palavras, não é categoria que se impõe a todos os casos enquanto consequência conceitual da teoria geral do processo.

Assim, a recorribilidade de uma decisão depende sempre de requisitos intrínsecos – concernentes à própria existência do direito de recorrer – e dos requisitos extrínsecos, relativos ao modo do exercício do direito recursal.

De acordo com o princípio da taxatividade dos recursos, a insurgência contra uma decisão judicial ou administrativa, nos âmbitos cível ou penal, depende de previsão legal que assegure o referido direito. Nesse contexto, os recursos encontram previsão em elenco taxativo.

Nesse sentido, “na tentativa de equilibrar as garantias do valor justiça e do valor certeza, não se pode admitir que a via recursal permaneça infinitamente

8 “Art. 48. [...] XXXIV – presidir as reuniões da Mesa e da Comissão Diretora, podendo discutir e votar;
[...]”

aberta, o que sacrificaria o princípio da segurança jurídica” (Grinover; Gomes Filho; Fernandes, 2009, p. 32).

Portanto, a possibilidade de criação de recursos para exercitarem o inconformismo diante de decisão judicial não foi deixada ao alvedrio das partes, tampouco a escolha, dentre os recursos previstos na lei, daquele que melhor consultar-lhes os interesses (Nery Jr., 2000, p. 47). Em verdade, a taxatividade constitui expressão da legalidade, a qual se fundamenta na necessidade de segurança jurídica. Afrontá-la, valendo-se de expediente anômalo para impugnação de decisão, importa afronta à legalidade e à segurança jurídica (Marinoni, 2011, p. 105-122).

É certo que o princípio da taxatividade recursal não é absoluto. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do *RESP* 1.704.520/MT,⁹ fixou tese para o Tema Repetitivo 988, estabelecendo que o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, admitindo-se a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. Contudo, o que se observa da fundamentação desse precedente é que a mitigação ao princípio da taxatividade na interpretação do art. 1.015 do CPC ocorreu exatamente para se evitar alargamento das hipóteses de cabimento do agravo pela via da interpretação extensiva ou analógica.

No caso, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso não havia conhecido de agravo de instrumento contra decisão de primeiro grau que havia acolhido exceção de incompetência por entender haver nulidade de cláusula de eleição de foro. A razão para o não conhecimento do agravo foi o não cabimento do recurso fora das hipóteses do art. 1.015. O STJ, ao se debruçar sobre a controvérsia, nos termos do voto da relatora, ministra Nancy Andrighi, entendeu que interpretar o referido dispositivo taxativamente o tornaria insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil; em contrapartida, as interpretações extensivas e analógicas também não seriam permitidas, pois tenderiam a desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos. Assim, o Tribunal chegou à tese da taxatividade mitigada pelo requisito da urgência a

9 STJ. Corte Especial. *RESP* 1704520-MT, rel. min. Nancy Andrighi, j. 5/12/2018, DJe 19/12/2018, Recurso Repetitivo – Tema 988.

fim de evitar prejuízos às partes ou ao processo, mas afastando a possibilidade de interpretações extensivas e analógicas, as quais se conduzem sem parâmetro minimamente seguro e isonômico quanto aos seus limites.

Portanto, mesmo no caso da paradigmática decisão do Tema Repetitivo 988, não se abandona a regra fundamental da taxatividade recursal, que impede a criação de recursos pelo intérprete, sendo princípio a ser observado como uma premissa na análise da recorribilidade ou não de uma decisão.

O atual regime jurídico de julgamento dos ministros do STF por crimes de responsabilidade não prevê recurso contra o juízo preliminar de inadmissibilidade, por ausência de requisitos formais ou justa causa, exercido pelo presidente do Senado Federal. Conforme disposições dos arts. 41 a 57 da Lei 1.079/1950 e arts. 377 a 382 do RISF, que regulamentam o procedimento do julgamento dos crimes de responsabilidade imputados aos ministros do STF e ao procurador-geral da República, não há qualquer previsão de recurso de decisão de inadmissibilidade da denúncia, não sendo possível a criação de recurso por analogia, sob pena de vulneração ao princípio da taxatividade recursal.

Mas, para além desse princípio, há uma outra razão que vedaria a aplicação de qualquer tipo de analogia, que é a própria inexistência de lacuna. A analogia, enquanto instituto da teoria geral do direito, é um método de autointegração do ordenamento, ou seja, um procedimento por meio do qual o direito lida com seus vícios de completude a partir dos seus próprios elementos, expandindo-se (Bobbio, 1995, p. 150-151). Nesse sentido, só é possível falar em uso de analogia diante de uma lacuna do ordenamento jurídico.

Porém, uma lacuna não é qualquer ausência de direito idealizado no conteúdo do direito vigente, ela pressupõe o completo esgotamento das possibilidades hermenêuticas (Maynez, 2004, p. 36), sob pena de se condenar o ordenamento jurídico à insegurança de uma eterna ausência de elementos colmatáveis pela criatividade irrestrita do intérprete. Não se pode ignorar a crítica de Hans Kelsen à teoria das lacunas de que, quando não é possível a aplicação de um determinado instituto por ausência de previsão normativa, é possível a aplicação da ordem jurídica, que simplesmente não dá aquela alternativa; precisamente há aplicação do direito ao não se reconhecerem determinadas pretensões por ausência de norma geral autorizativa (Kelsen, 1992, p. 251).

Em outras palavras, há certos silêncios normativos que não caracterizam lacunas, já que são silêncios que não autorizam a integração (v.g. por analogia), são

silêncios diante dos quais o ordenamento como um todo (em sua completude) é aplicado ao exatamente não se reconhecerem pretensões por ausência de norma.

O problema central é exatamente saber identificar quando um silêncio normativo é “eloquente” e quando ele é uma lacuna. Uma resposta a essa pauta pode ser encontrada na lição de Eugenio Bulygin, clássico defensor da teoria das lacunas, que fala na necessidade de um “algo a mais” que obrigue o juiz a adotar uma solução integrativa diante do silêncio normativo. Esse “algo a mais”, elucida o autor, é simplesmente uma norma jurídica (Bulygin, 2005, p. 85). Podemos pensar, por exemplo, nos casos de mandado de injunção em que uma ausência de norma que está inviabilizando uma pretensão é cotejada com preceitos constitucionais impositivos (Canotilho, 2003, p. 1034-1035), abrindo possibilidades de colmatação para que seja concretizada essa outra norma superior.

Quando falamos da (im)possibilidade de recurso da decisão de arquivamento da denúncia por crime de responsabilidade, não se verifica qualquer norma que imponha a previsão de recurso desta decisão ou da qual se subsuma sua recorribilidade para que se caracterize esse silêncio normativo como uma lacuna. Pelo contrário, como já aventado, há na verdade um princípio da taxatividade dos recursos que apenas corrobora a impossibilidade de analogia.

Não há que se falar, portanto, em qualquer omissão do legislador regimental do Senado Federal, pois não há imposição normativa alguma de recorribilidade, e nem mesmo se pode cogitar de falta de previsão, pois essa espécie de suposição baseia-se quase sempre em uma presunção não comprovável (Kelsen, 1992, p. 253). Há, isso sim, uma escolha legítima do legislador de silenciar sobre a matéria, tornando a decisão final e irrecorrível.

O silêncio eloquente do legislador do Regimento do Senado Federal é observado a partir da comparação com o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD), que, em procedimento próprio, estabelece expressamente a possibilidade de recurso do despacho do presidente que indeferir o recebimento da denúncia¹⁰.

10 “Art. 218. É permitido a qualquer cidadão denunciar à Câmara dos Deputados o Presidente da República, o Vice-Presidente da República ou Ministro de Estado por crime de responsabilidade.

§ 1º A denúncia, assinada pelo denunciante e com firma reconhecida, deverá ser acompanhada de documentos que a comprovem ou da declaração de impossibilidade de apresentá-

Observa-se que a Câmara dos Deputados assentou interpretação segundo a qual a legitimidade recursal para o a interposição do recurso ao Plenário da Casa não é do cidadão que ofereceu a denúncia, mas sim de parlamentar. Entende-se que o recurso da negativa de seguimento à denúncia constitui uma proposição e, portanto, somente os parlamentares, no exercício dos respectivos mandatos, têm legitimidade para a apresentação, nos termos do art. 100, §1º, do RICD.¹¹

No julgamento do MS 26.062-Agr,¹² o Plenário do STF examinou essa matéria adotando a interpretação restritiva da legitimidade recursal por envolver norma de organização e funcionamento administrativo do órgão, assentando expressamente que a sistemática interna de procedimentos da Presidência da Casa Legislativa para processar seus recursos, desde que não seja contrária aos comandos regimentais e constitucionais expressos, não pode ser questionada perante o Poder Judiciário. Ademais, no julgamento do MS 26.074/DF,¹³ a Corte analisou a Lei 1.079/1950 confirmando não haver previsão de recurso, por parte do cidadão, da decisão que rejeita sua denúncia contra o presidente da República perante a Câmara dos Deputados, exatamente por não existir previsão normativa, não havendo que se cogitar aqui de lacuna integrável.

Repise-se que não é possível cogitar de aplicação analógica do dispositivo do RICD em virtude do já mencionado princípio da taxatividade dos recursos, o qual estabelece que os recursos só podem ser admitidos nas hipóteses expressamente previstas em lei ou regimento, vedando a criação de novas formas recursais por analogia ou interpretação extensiva. A observância estrita desse

-los, com indicação do local onde possam ser encontrados, bem como, se for o caso, do rol das testemunhas, em número de cinco, no mínimo.

§ 2º Recebida a denúncia pelo Presidente, verificada a existência dos requisitos de que trata o parágrafo anterior, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada à Comissão Especial eleita, da qual participem, observada a respectiva proporção, representantes de todos os Partidos.

§ 3º Do despacho do Presidente que indeferir o recebimento da denúncia, caberá recurso ao Plenário.”

11 “Art. 100. Proposição é toda matéria sujeita à deliberação da Câmara.

§ 1º As proposições poderão consistir em proposta de emenda à Constituição, projeto, emenda, indicação, requerimento, recurso, parecer e proposta de fiscalização e controle.”

12 STF. Plenário, MS 26.062-Agr/DF, rel. min. Gilmar Mendes, j. 10/3/2008, DJe 4/4/2008.

13 STF. MS 26.074/DF, rel. min. Joaquim Barbosa, DJe 13/9/2006.

princípio é garantia de segurança jurídica e da estabilidade das decisões, evitando a introdução de incertezas.

Da mesma forma, a ausência de lacuna implica não ser possível a aplicação subsidiária de dispositivos de outros diplomas normativos, ainda que incluídos em um mesmo microssistema sancionatório (no sentido de configurar uma estrutura normativa aglutinadora com diretrizes e metódica comuns), como, por exemplo, dispositivos do CPC.

Conforme aponta a doutrina, etimologicamente, existe uma diferença entre aplicação supletiva e aplicação subsidiária. A primeira se destina a suprir algo que não existe em uma determinada legislação, enquanto a subsidiária serve de ajuda ou de subsídio para a interpretação de alguma norma ou mesmo um instituto (Wambier, 2016). Portanto, a aplicação subsidiária de dispositivos do Código de Processo Penal ao processo e julgamento de ministro do STF por crimes de responsabilidade depende da identificação de lacuna no texto legal.

Nesse sentido, o destaque feito pelo ministro Ricardo Lewandowski em decisão no âmbito do procedimento de impedimento da presidente Dilma Rousseff, por ele presidido, que colacionamos abaixo:

a Lei n. 1.079/50 em nenhum momento determinou a aplicação subsidiária de outros diplomas normativos de forma automática, diante da menor aporia de-
frontada pelo intérprete. Ao contrário, consta de seu art. 38 que os dispositivos dos Regimentos Internos das Casas Legislativas e do Código de Processo Penal somente incidirão nos procedimentos para a apuração e julgamento de crimes de responsabilidade “naquilo em que lhes forem aplicáveis”.

Ademais, para ser possível falar em recorribilidade, é preciso que haja devolutividade, o que também inexistente em relação a essa decisão. Conforme já exposto em tópico anterior, a competência para o arquivamento de denúncia por crime de responsabilidade contra ministro do STF, por ausência de requisitos formais ou justa causa, é do presidente do Senado Federal.

Nesse sentido, e sem vulnerar a previsão do art. 44 da Lei 1.079/1950 e do art. 380, inciso I, do RISF, no sentido de que o juízo de recebimento da representação de impeachment deve ser feito pela Mesa do Senado Federal, tem o presidente da Casa, apresentando o órgão colegiado, competência para arquivar as denúncias em que claramente não tenham sido observados os requisitos formais ou não

esteja presente justa causa (normalmente por atipicidade formal ou material). E essa competência decorre do disposto no art. 48, inciso xxxiv, do RISF.¹⁴

Nesse contexto, devido à ausência de norma que preveja um órgão superior competente para a revisão desse arquivamento, não se identifica o efeito devolutivo, que é a premissa fundamental de qualquer recurso. Em análise histórica, importante destacar que “o efeito devolutivo provém da época em que a possibilidade de julgar derivada do poder do Imperador, que o delegava a juízes e, portanto, ao recorrer ao Imperador, se procedia a uma ‘devolução’ deste poder. É por isso que se diz que o efeito devolutivo existe quando o órgão competente para apreciar a decisão impugnada for superior ao que a prolatou” (Vesco, 1998). Portanto, a existência do efeito devolutivo depende de um órgão superior competente para a apreciar a decisão impugnada, o que não se verifica no caso em análise.

Nesse contexto, o regime jurídico vigente que regula o julgamento dos ministros do STF por crimes de responsabilidade, conforme os arts. 41 a 57 da Lei 1.079/1950 e os arts. 377 a 382 do RISF, não prevê recurso contra o juízo preliminar de inadmissibilidade da denúncia pelo presidente do Senado Federal.

4. Projeto de Lei 1.388/2023: novo regime jurídico procedimental dos crimes de responsabilidade.

Em março de 2023, foi apresentado ao Senado Federal o Projeto de Lei (PL) 1.388/2023, que dispõe sobre crimes de responsabilidade e disciplina o respectivo processo e julgamento. O referido projeto resulta do trabalho desenvolvido pela Comissão de Juristas instituída pelo Ato 3, de 11 de fevereiro de 2022, subscrito pelo senador Rodrigo Pacheco, presidente do Senado Federal, com a finalidade de apresentar anteprojeto para atualização da Lei 1.079/1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.

A exposição de motivos do anteprojeto destaca, em breve histórico legislativo, a necessidade de atualização da temática, considerando-se que a legislação

14 “Art. 48. [...] xxxiv – presidir as reuniões da Mesa e da Comissão Diretora, podendo discutir e votar;
[...]”

atualmente em vigor foi destinada originalmente a regulamentar o disposto na Constituição de 1946 quanto aos crimes de responsabilidade e seu processo de julgamento, tendo sido promulgada durante o governo de Eurico Gaspar Dutra.

No tocante ao procedimento, conforme a justificativa, o anteprojeto optou por adotar um rito processual padronizado, comum a todos os casos que tramitam perante as distintas Casas do Poder Legislativo, ressalvadas as normas específicas aplicáveis, por determinação constitucional, ao presidente e ao vice-presidente da República.

O art. 29 do mencionado PL 1.388/2023 estabelece que o presidente da Casa Legislativa tem a prerrogativa de fazer a análise preliminar da denúncia – e até mesmo a de arquivá-la. Ao contrário do atual regime jurídico, passa a existir uma previsão expressa de recurso, nos seguintes termos:

Art. 29. A denúncia será apreciada preliminarmente pelo Presidente da Casa Legislativa competente no prazo de até 30 (trinta) dias úteis, podendo a decisão, necessariamente motivada, determinar:

I – o arquivamento liminar da denúncia, por não preencher os requisitos jurídico-formais; ou

II – a submissão da denúncia à deliberação da Mesa.

§ 1º O silêncio do Presidente após o prazo de que trata o caput será considerado indeferimento tácito, com o consequente arquivamento da denúncia.

§ 2º No prazo de 10 (dez) dias úteis, contado a partir da publicação da decisão de arquivamento ou do decurso de prazo do arquivamento tácito previsto no § 1º, caberá recurso para a Mesa, interposto por 1/3 (um terço) da composição da respectiva Casa, ou por líderes que representem este número.

§ 3º Submetida a denúncia à Mesa ou interposto o recurso contra o seu arquivamento, a matéria será incluída em pauta de reunião convocada em até 30 (trinta) dias úteis, para deliberação, podendo o denunciado oferecer manifestação por escrito no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 4º Havendo decisão pelo prosseguimento do processo, a denúncia será publicada na íntegra e, em seguida, remetida à comissão especial formada a partir da indicação dos líderes, obedecida, tanto quanto possível, a proporcionalidade partidária.

§ 5º Se a Mesa não deliberar no prazo previsto no § 3º, ou arquivar a denúncia, caberá recurso ao Plenário, mediante requerimento da maioria dos membros da

Casa ou de líderes que representem esse número, para que delibere por maioria simples quanto ao seu prosseguimento; provido o recurso, proceder-se-á na forma do § 4º.

§ 6º Identificado abuso no oferecimento da denúncia, será encaminhada cópia de seu inteiro teor ao Ministério Público, acompanhada das razões do arquivamento e demais documentos que constem do processo, para apuração de eventual responsabilidade criminal.

Verifica-se, destarte, a previsão de dois recursos.

O primeiro é cabível contra a decisão da Presidência, perante a respectiva Mesa, interposto por um terço da composição da respectiva Casa, ou por líderes que representem este número, conforme art. 29, § 2º.

O segundo é cabível contra a decisão da própria Mesa, interposto perante o Plenário, mediante requerimento da maioria dos membros da Casa ou de líderes que representem esse número, para que delibere por maioria simples quanto ao seu prosseguimento. Ressalte-se que, mesmo no novo projeto, o denunciante não tem legitimidade recursal, que é privativa dos parlamentares.

A análise da exposição de motivos permite a identificação da intenção legislativa de criação de um recurso até então inexistente:

Outro dado interessante é que o art. 29, acima citado, estabelece que o Presidente da Casa Legislativa tem a prerrogativa de fazer a análise preliminar da denúncia – e até mesmo a de arquivá-la. Mas passa a existir um prazo para tal, sendo a decisão recorrível a instâncias superiores, quais sejam, à Mesa e ao Plenário, sucessivamente.

Note-se, porém, que os recursos interpostos na fase da admissibilidade da denúncia estão condicionados ao apoio parlamentar, exigindo-se um terço de assinaturas dos membros da Casa Legislativa para recorrer à Mesa de decisão, expressa ou tácita, do Presidente, bem assim a anuência da maioria destes para recorrer ao Plenário de decisão da Mesa.

Isso permite que, se houver uma maioria de apoiantes no Plenário favorável à abertura do processo por crime de responsabilidade contra determinada autoridade, eventual oposição do Presidente ou da Mesa poderá ser superada por um recurso que leve a questão à deliberação do Plenário. Ou seja, o sistema proposto permite que, tanto aqueles que desejam ver o processo de impeachment iniciado,

quanto os que querem arquivá-lo, têm instrumentos para buscar a prevalência de seus pontos de vista, tendo por fiel da balança a maioria dos membros da Casa Legislativa competente (Senado Federal, 2023).

Em consonância com o disposto nos arts. 22, inciso I,¹⁵ e 85, parágrafo único,¹⁶ da Constituição, compete privativamente à União legislar sobre crime de responsabilidade. Nesse contexto, de acordo com Súmula Vinculante 46, são da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento. Portanto, cabe ao legislador prever as hipóteses recursais, não sendo autorizada a criação de recurso pelo intérprete.

Mello (2024, p. 210-211) destaca que o atual regime jurídico confere aos presidentes das Casas Legislativas a condição de senhores da decisão quanto ao seguimento do processo de impedimento, diante da ausência de prazo para a decisão e recurso contra eventual omissão.

Mello também aponta que o anteprojeto sugeriu, portanto, um microsistema de admissibilidade no qual o presidente da Casa responsável por admitir a denúncia teria um marco temporal para decidir, considerada sua omissão como indeferimento tácito. O autor aponta que o indeferimento expresso ou tácito estará sujeito a recurso ao colegiado de direção da Casa, que resolverá definitivamente.

Em 6 de junho de 2024, o referido projeto foi encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Nesse contexto, o Poder Legislativo está debatendo a temática no presente momento, razão pela qual também não se mostra adequada a criação de hipótese recursal por interpretação extensiva ou analógica.

15 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

1 – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.”

16 “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

(...)

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.”

Portanto, cabe ao legislador estabelecer o microsistema de admissibilidade de denúncia por crime de responsabilidade, não sendo possível a criação de recurso mediante interpretação. A deferência ao legislador e a necessária postura de autocontenção do intérprete impedem a antecipação da mudança legislativa pela via hermenêutica. Dessa forma, o respeito ao espaço de conformação legislativa e a estrutura normativa vigente são fundamentais para garantir a segurança jurídica e a integridade do processo legal de impeachment.

Conclusão

Os ministros do STF se sujeitam a um regime de responsabilidade político-constitucional próprio dos agentes políticos, que se consubstancia no processo de impeachment. Esse processo contém características próprias e é disciplinado hoje pela Lei 1.079/1950 (Lei de Impeachment).

Entre os pontos de destaque desse procedimento, chama a atenção o momento da decisão de admissibilidade, pois a competência de sua prolação depende de uma combinação de disposições legais e regimentais. Embora a Lei de Impeachment estabeleça competência da Mesa do Senado Federal, o Regimento Interno possibilita que seja exercida pelo presidente da Casa na qualidade de membro da Mesa e apresentando-a nesse mister.

Essa competência monocrática para decidir sobre o arquivamento liminar de denúncias por ausência de justa causa já foi examinada e chancelada pelo STF como legítima e constitucional, alinhando-se com o dever de assegurar a razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição).

Dessa decisão de admissibilidade não cabe qualquer recurso, pois tanto a lei quanto o RISF não previam mecanismos recursais. Como examinado, não se pode, portanto, suscitar o cabimento de qualquer espécie de recurso em virtude do princípio da taxatividade recursal, que impede o uso de analogia para criar hipóteses recursais não previstas normativamente.

Ademais, a analogia não seria possível pela própria ausência de lacuna apta a ensejar integração normativa, razão pela qual também não se cogita de aplicação subsidiária da legislação de outros campos do direito em face do verdadeiro silêncio eloquente da legislação e do RISF.

Esse é o panorama atual da decisão de admissibilidade das denúncias de

impeachment de ministros do STF. Contudo, há de se destacar, por fim, que a matéria vem sendo discutida no Congresso Nacional e tramita o PL 1.388/2023, que, caso aprovado, pode consolidar mudanças importantes na disciplina do instituto, como a previsão expressa de recursos dessa decisão.

Parece-nos, portanto, que o projeto caminha bem na construção de mecanismos de revisão da decisão de admissibilidade que, ao tempo que abrem a possibilidade de revisão, também têm a preocupação de estabelecer condições mínimas de legitimidade (apenas os membros da Casa podem recorrer) através de quóruns específicos (um terço da composição da Casa para o recurso à Mesa e maioria dos membros para recurso ao Plenário), impedindo que a rediscussão de medida tão gravosa e sensível à estabilidade das instituições gere um estado de incertezas e celeuma política por qualquer razão.

No mais, a tramitação do projeto acaba por corroborar nossa conclusão de que, nos moldes atuais, o silêncio normativo quanto ao cabimento de recursos da decisão implica a sua irrecorribilidade, sendo exemplo de silêncio eloquente, e não de lacuna.

Referências

- ATALIBA, Geraldo. Clima republicano e Estado de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, v. 21, n. 87, p. 95-112, 1984.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BULYGIN, Eugenio. Em defesa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria. In ATRIA, Fernando (et al.). *Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASTRO, Guilherme Lemos de; MELO, Álisson José Maia. O impeachment no direito brasileiro: natureza jurídica, evolução histórica e o entendimento do Supremo Tribunal Federal no caso do ex-presidente Fernando Collor de Mello. *Revista da Faculdade de Direito da UFC*, v. 39, n. 2, p. 129-151, 2018.

- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. v. 3. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. ed. Viena: Österreichische Staatsdruckern, 1992.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Indevida reabertura de julgamento de recurso especial*. Soluções Práticas – Marinoni. vol. 2. p. 105 – 122. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- MÁYNEZ, Eduardo García. *Lógica del raciocino jurídico*. México: Fontamara, 2004.
- MELLO, Luiz Fernando Bandeira de. *Impeachment à brasileira*: contornos da responsabilidade política do presidente da República. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2024.
- NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais*: teoria geral dos recursos. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- OLIVEIRA, Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa. Críticas ao Projeto de Lei do Senado nº 2505/2021. *Coletânea ANPR*: Mudanças na Lei de Improbidade, 2021. Disponível em https://www.anpr.org.br/imagens/2021/08/Sistema_de_Improbidade_e_Criticas_ao_Projeto_de_Reforma.pdf. Acesso em: 28 out. 2024.
- SENADO FEDERAL. *Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 1.388/2023*, p. 15. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9297683&cts=1730187530844&disposition=inline>. Acesso em: 30 out. 2024.
- SILVA, Nicole Coely Oliveira; FERNANDES, Adriano Ferreira. Crime de responsabilidade: impeachment – caso da Dilma Rousseff. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação – REASE*, v. 9, n. 4, p. 687-702, 2023.
- VESCOI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

O CONSENSUALISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: AVANÇOS, DESAFIOS E O PAPEL DO CONTROLE EXTERNO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

*Ana Cristina Diógenes Rêgo Cordeiro*¹

Introdução

A administração pública está sujeita a um regime jurídico administrativo especial, que lhe confere uma posição de privilégio em suas relações jurídicas, em virtude de sua atuação voltada para o bem comum. A adoção do Estado de bem-estar social expandiu significativamente o papel do Estado, forçando-o a enfrentar novas demandas sociais, conferindo à administração pública prer-

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Advogada do Senado. Contato: ana.rego@senado.leg.br.

rogativas e privilégios nas suas relações com os administrados, estabelecendo uma relação marcada pela verticalidade.

Essas prerrogativas encontram fundamento no princípio da supremacia do interesse público, mas são limitadas pelo sistema de sujeições decorrente do princípio da indisponibilidade desses mesmos interesses. Assim, embora detentora de prerrogativas, a administração não possui liberdade irrestrita para dispor sobre os interesses públicos, devendo sempre atuar conforme o ordenamento jurídico.

Sob essa ótica, o controle externo desempenha um papel fundamental como guardião dos interesses públicos, ao fiscalizar e avaliar os atos administrativos. Como os interesses e bens geridos pela administração pertencem à sociedade, os gestores públicos devem prestar contas de suas ações, sendo obrigados a demonstrar que suas decisões estão em conformidade com os princípios legais e atendem ao interesse público.

Não obstante, esse cenário foi marcado, historicamente, por um viés fortemente sancionatório, com a administração pública brasileira sendo notoriamente associada a altos custos processuais e longos prazos para a resolução de litígios. Esse modelo de atuação repressiva e burocrática tem se mostrado insuficiente para lidar com as complexas demandas contemporâneas, provocando a busca por novas estratégias de resolução de conflitos, mais ágeis e eficientes.

Nesse contexto, surge a necessidade de incorporar instrumentos de consensualismo na administração pública, em linha com as transformações pelas quais o Estado tem passado no século XXI. O consensualismo administrativo permite maior flexibilidade na gestão pública, sem comprometer a responsabilidade e o controle sobre os atos administrativos. Ele busca soluções mais eficientes, juridicamente seguras e que, ao mesmo tempo, mantenham o foco no interesse público.

No entanto, o sucesso dessa abordagem depende de sua implementação cuidadosa e da criação de mecanismos robustos de controle e fiscalização, a fim de evitar que a flexibilização comprometa a integridade e a legalidade das ações da administração.

Nessa perspectiva, o consensualismo exige uma participação mais ativa do controle externo, que deve orientar e fiscalizar a administração pública no sentido de alcançar soluções justas e equilibradas, que respeitem tanto os direitos individuais quanto os interesses coletivos. Esse modelo visa a restaurar a ordem

violada de forma eficiente e proporcional, contribuindo para a construção de uma administração pública mais eficiente, legítima e democrática.

1. Administração pública e participação popular: releitura democrática do regime jurídico

Com a adoção do Estado Democrático de Direito, surge a necessidade de ir-se além do mero respeito ao ordenamento jurídico, reconhecendo que a legitimidade democrática da administração pública deve ser reforçada pela participação popular efetiva na elaboração de normas e na tomada de decisões. O modelo tradicional, no qual a administração atuava predominantemente de forma unilateral, encontra-se em transformação, buscando-se maior alinhamento com os princípios da transparência e da inclusão democrática.

Com esse enfoque, Di Pietro (2023. p. 29), ao tratar das mudanças no direito administrativo brasileiro, ressalta:

É inerente ao conceito de Estado Democrático de Direito a ideia de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública, no processo político, econômico, social e cultural; essa ideia está incorporada na Constituição não só pela introdução da fórmula do Estado Democrático de Direito – permitindo falar em democracia participativa –, como também pela previsão de vários instrumentos de participação, podendo-se mencionar, exemplificativamente, o direito à informação (art. 5º, XXXIII), o direito de denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas (art. 74, §2º), a gestão democrática da seguridade social (art. 194, VII), da saúde (art. 198, III), do ensino público (art. 206, VI), sem falar em inúmeras normas contidas na legislação ordinária prevendo também essa participação, como ocorre na Lei Geral de Telecomunicações, na Lei de Licitações e Contratos, na Lei de Processo Administrativo.

Essa concepção reforça a noção de que, no Estado Democrático de Direito, a administração não deve apenas operar com base em sua supremacia formal, mas, sobretudo, buscar a legitimidade por meio de mecanismos de participação direta dos administrados, como forma de garantir uma gestão pública mais inclusiva, eficiente e responsável.

Esse movimento também reforça a necessidade de compatibilizar o regime jurídico administrativo – tradicionalmente caracterizado pela verticalidade da relação entre administração pública e administrados – com os novos paradigmas que valorizam a consensualidade e o diálogo como fundamentos da legitimidade da ação administrativa.

Com efeito, o direito administrativo brasileiro baseia-se em um conjunto de princípios que colocam a administração pública em uma posição de supremacia perante os particulares. Entre esses princípios, destacam-se a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, que conferem à administração prerrogativas para garantir a defesa do bem comum, ao mesmo tempo que impõem limitações rigorosas em suas decisões, especialmente no que diz respeito à alienação ou disposição de bens e direitos coletivos.

No entanto, a evolução doutrinária e legislativa promoveu transformações nesses conceitos, ajustando-os à necessidade de democratização das relações entre a administração e os administrados. O princípio da consensualidade, em especial, tem desempenhado papel central nesse processo de modernização. Ele permite que a administração abra espaço para soluções mais negociadas e participativas, reconhecendo que a imposição unilateral de decisões, embora necessária em determinados contextos, não é sempre a forma mais legítima ou eficaz de alcançar o interesse público.

A busca por um direito administrativo mais dialógico e consensual, sem, contudo, abrir mão dos princípios fundamentais, como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, é a chave para compatibilizar a atuação estatal com as exigências de legitimidade democrática e eficiência na gestão pública.

1.1. Considerações sobre o princípio da supremacia do interesse público

O princípio da supremacia do interesse público surgiu como uma resposta à superação do individualismo jurídico que marcou a fase inicial do Estado liberal. Em uma conjuntura em que o direito civil e os direitos individuais predominavam, o ordenamento jurídico era essencialmente um instrumento de proteção dos interesses privados, conferindo ao indivíduo uma posição central e incontestável.

No entanto, com a transição para um Estado voltado para o bem-estar social

e a justiça coletiva, houve uma transformação profunda na percepção do papel do direito. Ele deixou de ser visto apenas como uma ferramenta de garantia dos direitos do indivíduo, passando a ser compreendido também como meio para a promoção do interesse público e da justiça social. Nesse cenário, o princípio da supremacia do interesse público emergiu como um elemento essencial, atribuindo à administração pública a responsabilidade de assegurar o bem comum, ainda que isso exigisse a limitação de direitos privados.

Como decorrência desse princípio, a administração pública adquiriu uma série de prerrogativas que lhe conferem poder sobre os administrados, gerando uma relação jurídica de verticalidade. Essa verticalidade se manifesta em atos como desapropriações, requisições administrativas, e no exercício do poder de polícia, em que a administração age de maneira impositiva para assegurar que os interesses coletivos prevaleçam sobre os individuais. Nesses casos, o particular frequentemente se encontra em posição de submissão, sendo obrigado a ceder sua propriedade ou restringir sua liberdade em prol de um objetivo maior, legitimado pelo interesse público. Trata-se de uma relação de supremacia em que o poder público exerce suas funções sem a necessidade de consentimento do particular, o que reflete a lógica clássica de uma administração monológica.

Contudo, a evolução do conceito de interesse público e o reconhecimento de sua natureza complexa trouxeram questionamentos à rigidez dessa supremacia. O interesse público, outrora entendido como uma entidade homogênea e indiscutível, começou a ser reinterpretado como um conceito plural e dinâmico, que admite a coexistência e a ponderação com interesses privados que também podem ter relevância social. Isso é especialmente perceptível em matérias de direitos fundamentais, em que o interesse do indivíduo, em determinadas circunstâncias, deve ser resguardado mesmo em face da atuação estatal.

Além disso, o simples exercício do poder público de maneira impositiva pode assegurar o cumprimento formal das obrigações, mas não é suficiente para garantir o comprometimento ativo e engajado dos administrados na consecução de objetivos coletivos.

Nesse contexto, a consensualidade surge como um mecanismo capaz de promover uma administração dialógica, em que os interesses públicos e privados são harmonizados por meio de negociação e colaboração. Ao abrir espaço para a participação ativa dos particulares, a administração pública não apenas legitima suas ações mas também aprimora a eficácia da gestão pública, uma

vez que soluções negociadas tendem a ser mais aceitas e implementadas com maior eficiência.

Essa mudança de paradigma reflete a transição de uma administração essencialmente autoritária para uma administração democrática, em que o poder público e os administrados não estão em polos opostos, mas colaboram mutuamente na construção do bem comum.

No entanto, essa transformação não implica a abdicação do princípio da supremacia do interesse público, mas sim sua adaptação a uma realidade mais complexa e plural. A administração dialógica reconhece que, em certas circunstâncias, o interesse público pode ser mais bem atendido por meio de soluções cooperativas e negociadas, sem que isso implique a renúncia às prerrogativas do poder estatal. Assim, a consensualidade administrativa não substitui o poder coercitivo do Estado, mas o complementa, permitindo uma gestão mais participativa, transparente e legitimada pela sociedade.

1.2. Indisponibilidade do interesse público: da intransigibilidade à cooperação.

O princípio da indisponibilidade do interesse público, em sua concepção clássica, reflete a ideia de que a administração pública, ao agir em nome da coletividade, não possui a liberdade de dispor ou negociar os interesses que representa. Essa indisponibilidade deriva do fato de que o interesse público está voltado para o bem-estar coletivo, transcende o indivíduo e deve ser protegido de maneira impessoal. Sob esse aspecto, a administração pública age como mera gestora desse interesse, incapaz de transacioná-lo ou subordiná-lo a acordos que possam comprometer o bem comum.

Com efeito, como decorrência do princípio republicano, os interesses e os bens da administração não pertencem a ela ou aos seus gestores, mas ao povo. Assim, toda a sua atuação é permeada pela indisponibilidade do interesse público, pois apenas administra bens e interesses alheios.

No entanto, essa rigidez tem se mostrado, em muitos casos, inadequada para lidar com as complexidades e demandas contemporâneas. As sociedades atuais exigem respostas mais ágeis e soluções que considerem a cooperação entre diferentes atores – públicos e privados – como um caminho eficaz para alcançar o bem comum. Nesse sentido, a indisponibilidade do interesse público

não desaparece, mas passa por uma releitura que admite certo grau de flexibilização quando a negociação e a colaboração podem gerar melhores resultados para a coletividade.

Nessa releitura, a indisponibilidade deixa de ser associada à intransigibilidade, entendida como a impossibilidade de realização de acordos ou concessões que envolvam o interesse público, para admitir que o interesse público pode ser promovido não apenas por meio da imposição unilateral de decisões, mas também por meio da cooperação e do diálogo.

Isso não significa que o Estado tenha perdido sua função de guardião dos interesses da sociedade. Pelo contrário, significa que a administração pública deve estar atenta às novas demandas sociais e às formas mais adequadas de atendê-las. A consensualidade não é uma exceção ao regime jurídico administrativo, mas uma prática que vem sendo incorporada progressivamente, possibilitando que o Estado, sem abrir mão de seu papel essencial, possa atuar de forma mais flexível e participativa, em consonância com os desafios contemporâneos.

A visão moderna do princípio da indisponibilidade, portanto, não implica seu enfraquecimento, mas sim seu enriquecimento ao integrá-lo em um sistema administrativo que valoriza tanto a eficiência quanto a legitimidade democrática. Trata-se de uma administração pública que reconhece que o interesse público pode ser promovido não apenas pela imposição, mas também pela cooperação, desde que preservados os valores fundamentais que orientam sua atuação. Essa evolução aponta para um modelo mais dinâmico e inclusivo de gestão pública, em que o diálogo se torna uma ferramenta poderosa para a concretização dos objetivos estatais e a promoção do bem comum.

2. O papel do controle externo na concretização do interesse público

O controle da administração pública se fundamenta no princípio republicano e na indisponibilidade do interesse público, tendo em vista que, como os interesses e os bens da administração pertencem ao povo, os seus gestores estão sujeitos à prestação de contas perante os administrados. Conforme conclui Bruno Dantas (2023, p. 23), “o controle público origina-se, portanto, a partir do risco de que a atuação dos governantes possa estar em desacordo com a vontade primordial dos governados”.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 836):

O controle da administração pública é o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de poder.

A fiscalização consiste no poder de verificação que se faz sobre a atividade dos órgãos e dos agentes administrativos, bem como em relação à finalidade pública que deve servir de objeto para a Administração.

A revisão é o poder de corrigir as condutas administrativas, seja porque tenham vulnerado normas legais, seja porque haja necessidade de alterar alguma linha das políticas administrativas para que melhor seja atendido o interesse coletivo.

Di Pietro (2023, p. 911), por sua vez, argumenta que “a finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa”.

Ademais, a autora classifica o controle (i) quanto ao órgão que o exerce, em administrativo, legislativo ou judicial; (ii) quanto ao momento em que se efetua, em prévio, concomitante ou posterior; e, ainda, em (iii) interno ou externo, consonante seja exercido por órgão integrante ou não da estrutura em que se insere o órgão controlado.

O sistema de controle externo brasileiro foi traçado pelos arts. 70 e 71 da Constituição de 1988, *in verbis*:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

Tal como se depreende dos dispositivos transcritos, o controle externo é exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, e compreende não apenas o controle de legalidade da administração pública, mas também o controle político (inclusive acerca do mérito do ato administrativo) e o controle financeiro.

A legitimidade do Congresso Nacional para exercer sua missão institucional advém da representação popular, uma vez que o Parlamento é composto por membros eleitos diretamente pelo povo, possuindo uma legitimidade que emana da participação cidadã nas eleições.

Por outro lado, o Tribunal de Contas da União (TCU) é um órgão independente e autônomo, com competências próprias e privativas, previstas diretamente na Constituição Federal. Embora auxilie o Congresso Nacional no exercício do controle externo, o TCU não integra a estrutura das Casas Legislativas nem está subordinado a elas.

Segundo observado por José de Ribamar Barreiros Soares (1996, p. 262):

Como entidade administrativa independente, [o TCU] exerce o seu mister constitucional de órgão fiscalizador da legalidade e do mérito dos atos de todos aqueles que lidam com recursos públicos. Cabendo também ao Congresso Nacional a tarefa de exercer o controle externo, esses entes acabam por atuar de forma integrada, embora resguardada a independência de cada um, daí a assertiva constitucional no sentido de que “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas”, vale dizer: o controle externo, pelo Congresso Nacional, será exercido de forma integrada com a fiscalização contábil, financeira e orçamentária atribuída ao Tribunal de Contas da União.

Essa independência permite que o TCU atue de forma imparcial e técnica, fiscalizando a legalidade e o mérito dos atos administrativos que envolvem o uso de recursos públicos.

Embora o TCU auxilie o Congresso Nacional em sua missão institucional, seus membros não são eleitos diretamente pela população, mas nomeados ou aprovados com base em critérios técnicos e jurídicos. Os ministros do TCU devem demonstrar notório saber jurídico, contábil, econômico ou de administração pública, além de possuírem idoneidade moral. Em razão dessa falta de

representação direta, a legitimidade das decisões do TCU deve ser ancorada em clareza, transparência e fundamentação.

Assim, o controle externo brasileiro é um sistema integrado e complementar, no qual o Congresso Nacional, com sua legitimidade popular, e o TCU, com sua expertise técnica, atuam de maneira coordenada para garantir que os recursos públicos sejam geridos com responsabilidade, legalidade e eficiência. Essa cooperação fortalece o sistema de fiscalização do Estado, assegurando que o controle sobre a administração pública seja realizado de maneira eficaz e legítima.

2.1. Desafios do controle externo: equilíbrio entre responsabilização e proteção da discricionariedade.

Como ressaltado, o controle externo exerce um papel fundamental na fiscalização das atividades da administração pública.

Contudo, quando realizado de forma excessivamente burocrática e punitiva, pode gerar efeitos colaterais prejudiciais, como o fenômeno conhecido como *apagão das canetas*, jargão que descreve a paralisia decisória por medo de punições. Nessa conjuntura, os gestores públicos, temendo a responsabilização futura e a possível aplicação de sanções pelos órgãos de controle, tornam-se avessos à tomada de decisões, mesmo em questões que demandam ações imediatas.

A insegurança jurídica e a morosidade das auditorias provocam um ambiente de paralisia, no qual os gestores preferem se omitir a correr o risco de terem seus atos questionados posteriormente.

Esse cenário exige uma adaptação do direito administrativo sancionador, a fim de conciliar a punição de atos ilícitos com a proteção da discricionariedade e o incentivo à ação dos agentes públicos. Essa adaptação passa, entre outros fatores: (i) pela mudança de uma análise binária para uma contextualizada; (ii) pelo fortalecimento do controle concomitante à negociação; e (iii) pela utilização de instrumentos consensuais.

Em uma análise binária, a conduta do agente público é reduzida a uma classificação entre lícita ou ilícita, a depender do impacto de suas decisões sobre o erário. Contudo, tal abordagem desconsidera fatores complexos, relacionados à assimetria de informação, à pressão por decisões imediatas e a circunstâncias imprevistas que afetam a administração.

O processo de decisão gerencial, na prática, ocorre em um ambiente de assimetria de informações, em que nem todos os fatores relevantes estão disponíveis ou são claros no momento em que as escolhas precisam ser feitas. O gestor pode não dispor de informações suficientes sobre o impacto de uma política pública a longo prazo, por exemplo, ou pode ser obrigado a decidir com base em dados incompletos. Outrossim, as decisões são influenciadas por variáveis políticas, sociais e econômicas que podem mudar rapidamente, dificultando a elaboração de prognósticos precisos.

A fim de permitir um exame mais contextualizado dessa atuação, a Lei 13.655/2018, que modificou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), determina que sejam considerados os obstáculos, as dificuldades e as circunstâncias enfrentados pelo gestor, conforme previsão do art. 22, *caput* e § 1º, da LINDB:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

O art. 13, § 2º, do Decreto 9.830/2019, que regulamenta os artigos inseridos na LINDB pela Lei 13.655/2018, estabelece que “a eventual estimativa de prejuízo causado ao erário não poderá ser considerada isolada e exclusivamente como motivação para se concluir pela irregularidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos”. Trata-se de dispositivo que também visa a proteger a atuação de boa-fé do gestor.

Outro desafio relevante para a atuação dos gestores públicos é a incerteza sobre como os órgãos de controle irão interpretar suas ações no futuro. Diante disso, a adoção de um controle concomitante, que acompanhe o processo de negociação dos acordos, fortalece a segurança jurídica, a transparência e a correção da conduta do gestor público.

Consoante observado por Dantas (2023, p. 63-64), ao tratar da necessidade do consensualismo e dos fundamentos para sua implementação no âmbito do tribunal:

Sabe-se que há críticas quanto ao ritmo das agências reguladoras e do TCU na análise e no julgamento dos processos de concessão. Não nos deteremos sobre as razões dessa insatisfação. O que salta aos olhos, contudo, é que as vicissitudes do procedimento legal têm há algum tempo gerado dificuldades para o gestor público na assinatura de aditivos de reequilíbrios econômico-financeiros nos contratos entre a Administração e suas concessionárias.

Isso se deve ao fato de que, atualmente, acaba sendo muito longo o lapso temporal entre o momento em que se exige do gestor uma tomada de decisão quanto ao contrato de concessão e aquele em que a agência ou a Corte de Contas chega a efetivamente auditar as cláusulas contratuais pactuadas. Não raro, quando da fiscalização, anos depois, são constatadas irregularidades e aplicadas as respectivas sanções cabíveis. Desse cenário, inevitavelmente, decorre a insegurança que provoca o temor do gestor em agir.

Como temos sustentado, a hipertrofia do controle gera a infantilização da gestão pública, despertando nos gestores temor semelhante ao de crianças inseguras educadas por pais opressores. Em geral, agências reguladoras e gestores públicos têm evitado tomar decisões inovadoras por receio de seus atos serem questionados, tornando o processo moroso. Ou pior: deixam de decidir questões simples à espera de aval prévio do TCU.

Nessa linha, o Decreto 9.830/2019 também detalha mudanças de paradigmas na atuação dos órgãos de controle, como se observa da leitura dos dispositivos a seguir:

Art. 11. Poderá ser celebrado termo de ajustamento de gestão entre os agentes públicos e os órgãos de controle interno da administração pública com a finalidade de corrigir falhas apontadas em ações de controle, aprimorar procedimentos, assegurar a continuidade da execução do objeto, sempre que possível, e garantir o atendimento do interesse geral.

Art. 13. (...)

§ 1º A atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores.

O consensualismo é, aliás, como já introduzido, um dos principais movi-

mentos impulsionares dessa evolução do direito administrativo sancionador. A adoção de instrumentos consensuais, como o Acordo de Não Persecução Cível (ANPC) e o acordo de leniência, para garantir a recuperação de ativos e o esclarecimento dos fatos de forma mais eficiente, prioriza o interesse público em detrimento da punição em si. Além disso, reduz a postura adversarial que pode levar à paralisia decisória, inibir a inovação e prejudicar a eficiência da administração pública.

A implementação desses fatores está condicionada à evolução legislativa sobre o tema e à postura adotada pelos órgãos de controle na fiscalização, como será detalhado nos tópicos seguintes.

3. Perspectivas do consensualismo na administração pública brasileira

3.1. *Evolução normativa*

A evolução do consensualismo na administração pública brasileira é um fenômeno multifacetado que se manifesta no campo legislativo, jurisprudencial e na prática administrativa. Essa transformação reflete a busca por maior eficiência, celeridade e legitimidade nas relações entre o Estado e a sociedade, rompendo com a tradição predominantemente autoritária e impositiva do direito administrativo.

O Congresso Nacional desempenha um papel fundamental nesse processo, tanto na criação de um arcabouço normativo que viabilize a consensualidade quanto no controle externo da implementação dessas práticas, assegurando que a administração pública adote mecanismos mais flexíveis e transparentes de interação com os administrados.

Nesse sentido, nos últimos anos, diversas legislações trouxeram novos instrumentos para a resolução alternativa de disputas e possibilitaram a adoção de práticas consensuais no âmbito da administração pública.

Um dos primeiros marcos dessa evolução foi a criação dos Termos de Ajustamento de Conduta (TACS), regulamentados pela Lei 7.347/1985, que estabeleceu a possibilidade de órgãos públicos e entidades privadas ajustarem compromissos para cessar práticas ilícitas e reparar danos causados ao meio ambiente e ao patrimônio público, sem necessidade de recorrer ao Judiciário. Essa ferramenta

representou um avanço ao permitir que conflitos fossem resolvidos de forma célere e eficiente, assegurando o cumprimento de interesses públicos de maneira colaborativa.

Outro marco relevante foi a Lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, que introduziu a figura dos acordos de leniência. Esses acordos permitem que empresas envolvidas em atos de corrupção cooperem com as investigações em troca de benefícios como redução de multas ou isenção de outras penalidades, promovendo uma colaboração mais ativa entre o setor privado e a administração pública no combate à corrupção.

As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e concessões, reguladas pela Lei 11.079/2004, também reforçaram o consensualismo ao criarem novas formas de cooperação entre o setor público e o privado na prestação de serviços e na realização de obras públicas. Ao permitir que empresas privadas participem diretamente da execução de políticas públicas, essas legislações fomentaram a adoção de soluções mais inovadoras e eficientes para a gestão de recursos e a prestação de serviços à sociedade.

O Código de Processo Civil (CPC) de 2015 deu um passo importante ao consagrar a mediação e a conciliação como meios preferenciais de resolução de conflitos, incentivando a criação de câmaras de conciliação e arbitragem no âmbito da administração pública. Conforme o art. 174 do CPC, a administração passou a adotar com mais frequência esses mecanismos, permitindo que conflitos fossem solucionados de forma mais rápida e menos onerosa, tanto para o Estado quanto para os particulares.

A Lei 13.140/2015, que regulamenta a mediação e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, foi outro avanço notável. Ela permitiu que o poder público participasse de negociações diretas com os administrados, promovendo a solução consensual de conflitos, com ênfase na transparência e na eficiência dos processos administrativos.

Finalmente, há que destacar o papel da Lei 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Essa lei introduziu a possibilidade de uma atuação mais pragmática e voltada para o contexto da realidade administrativa, permitindo que os gestores públicos tomassem decisões baseadas em critérios de proporcionalidade, razoabilidade e consequências práticas. Ao mesmo tempo, essa mudança legislativa buscou assegurar maior

segurança jurídica aos agentes públicos, incentivando a adoção de medidas consensuais que priorizem a resolução de conflitos e a eficiência da gestão pública.

Em vista disso, um dos pontos centrais da Lei 13.655/2018 é a ênfase na avaliação dos impactos das decisões administrativas e na promoção de soluções negociadas, sobretudo em situações de alta complexidade ou incerteza jurídica. Nesse sentido, destacam-se a previsão dos arts. 21 e 26 da LINDB, incluídos pela Lei 13.655/2018, *in verbis*:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

Esses dispositivos reforçam a tendência de construção de uma administração pública mais dialógica e colaborativa, em que a consensualidade não é vista como uma exceção, mas como uma ferramenta essencial para a efetividade das políticas públicas.

Consoante destacado por DORTAS, LOPES, CARPES e MARTINS JUNIOR (2021, p. 23), contudo, “há, também, considerável espaço para o avanço do modelo consensual no controle externo, tanto em relação ao incremento e aprimoramento das estratégias para sua implementação, quanto ao alcance e extensão dos objetos sobre os quais pode, e até deve, ser aplicado”.

3.2. Impactos do consensualismo no controle externo

O consensualismo, consoante destacado, surge como uma ferramenta importante para mitigar os efeitos do controle excessivo, proporcionando um

ambiente de maior cooperação entre o Estado e os administrados. A adoção de soluções consensuais nos processos administrativos oferece uma série de benefícios para o controle externo, como a redução do número de litígios e a consequente sobrecarga do Judiciário e dos tribunais de contas.

Além disso, o uso de métodos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação, favorece a celeridade e a eficiência da gestão pública, ao mesmo tempo que promove maior transparência e participação social nos processos decisórios.

Por outro lado, a crescente complexidade dos instrumentos consensuais de resolução de disputas exige um controle externo mais eficaz e adaptado a essas novas práticas, de modo a garantir que a busca por soluções consensuais não comprometa a legalidade e a integridade dos processos administrativos.

Com efeito, no processo de negociação, para alcançar o consenso, as partes podem fazer concessões excessivas, que, no limite, resultem em uma solução menos vantajosa para o interesse público. A pressão para se chegar a um acordo pode levar a um afrouxamento de critérios e à aceitação de termos menos rigorosos do que os desejáveis.

Para enfrentar esses desafios e garantir a efetividade do controle externo sobre os instrumentos consensuais, algumas soluções devem ser adotadas.

A transparência nos processos negociais é um dos pilares fundamentais para assegurar que as decisões consensuais sejam legítimas e controláveis. Além de garantir que as decisões sejam tomadas com base em critérios objetivos e em benefício do interesse público, a transparência contribui para a imparcialidade e a isonomia processual, garantindo que todos os interessados tenham acesso às mesmas informações e possam participar ativamente da negociação.

A falta de transparência, em contrapartida, agrava a assimetria de informações entre o órgão controlador e o controlado, dificultando a avaliação da real situação e do contexto que envolve a negociação.

A obrigatoriedade de motivação detalhada dos acordos e ajustes pactuados, justificando as concessões e as soluções adotadas, também se mostra essencial para que os órgãos de controle possam avaliar se os princípios da legalidade, moralidade e interesse público foram devidamente observados.

No caso dos tribunais de contas, como observado anteriormente, a legitimidade para o exercício do controle externo decorre da motivação de suas decisões, dada a natureza eminentemente técnica de sua atuação, que, além do

exame da juridicidade, envolve análises complexas de auditorias, contabilidade e finanças públicas.

Outrossim, ampliar a participação social nos procedimentos de consensualismo é fundamental para aumentar a legitimidade e a efetividade das decisões. A sociedade deve ter acesso à informação e oportunidade de se manifestar sobre os conflitos e as soluções propostas.

A esse respeito, a utilização de ferramentas tecnológicas pode aprimorar o controle externo e ampliar a participação social nos processos de negociação com a administração pública. Plataformas digitais que promovam consultas públicas, audiências online e sistemas de mediação eletrônica são instrumentos valiosos para aumentar a interação entre o Estado e a sociedade, facilitando o acompanhamento em tempo real e a fiscalização dos acordos firmados. Essas soluções tecnológicas também têm o potencial de reduzir custos e tornar o processo mais ágil e acessível, garantindo que o controle externo seja eficaz sem comprometer a flexibilidade e a eficiência do consensualismo.

Diante das vantagens e dificuldades inerentes à implementação do consensualismo, um dos principais desafios para os órgãos de controle externo é encontrar o equilíbrio entre a flexibilidade necessária para que os gestores adotem medidas inovadoras e a preservação da legalidade, da integridade e do interesse público.

3.2.1. *A experiência do TCU: IN 91/2022*

Inspirado nas normas recentes que têm, cada vez mais, incentivado a adoção de métodos alternativos de solução de conflitos no âmbito da administração pública, o TCU editou a Instrução Normativa (IN) 91/2022, disciplinando a solução consensual de controvérsias e a prevenção de conflitos dentro da administração pública federal, bem como a criação de uma secretaria específica (SecexConsenso) para lidar com esses casos.

A possibilidade de o TCU disciplinar, por meio de instrução normativa própria, matérias relativas ao exercício de suas atribuições constitucionais tem fundamento no art. 3º da Lei 8.443/1992:

Art. 3º Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e ju-

risdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

A norma foi concebida como uma ferramenta importante para garantir o princípio da eficiência na administração pública, ao permitir a correção de falhas e a melhoria da gestão pública durante a execução das políticas, sem a necessidade de esperar a conclusão de processos administrativos completos.

Embora os tribunais de contas estaduais, e o próprio TCU, já utilizem instrumentos de consensualidade há algum tempo, a ênfase, tradicionalmente, recai sobre a aplicação de soluções negociadas após a constatação de irregularidades, como é o caso do Termo de Ajustamento de Gestão (TAG).

A SecexConsenso, contudo, busca atuar de forma preventiva, participando da construção de soluções antes da tomada de decisão pelo Poder Executivo.

De acordo com o procedimento instituído pela IN 91/2022, a Solicitação de Solução Consensual (ssc) visa solucionar controvérsias e prevenir conflitos na administração pública federal, em matérias sob a competência do TCU. A solicitação, contendo a descrição da controvérsia, pareceres técnico e jurídico e a manifestação de interesse na solução consensual, pode ser submetida por autoridades como ministros do TCU, dirigentes de agências reguladoras ou relatores de processos em trâmite. A SecexConsenso analisa a admissibilidade da ssc, e o presidente do TCU decide sobre sua continuidade, considerando a relevância, urgência e capacidade operacional do Tribunal.

Se admitida, a ssc segue para a formação da Comissão de Solução Consensual (csc), composta por um servidor da SecexConsenso, um representante da unidade de auditoria especializada e um representante de cada órgão ou entidade envolvido. A participação de particulares e a colaboração de especialistas também podem ser admitidas.

A csc elabora uma proposta de solução em 90 dias, prorrogáveis por mais 30. Se aprovada pela csc, a proposta é encaminhada ao Ministério Público junto ao TCU e, posteriormente, a um relator sorteado no Plenário. O Plenário pode acatar, sugerir alterações ou recusar a proposta.

A solução aprovada é formalizada em um termo assinado pelo presidente do TCU e pelos dirigentes dos órgãos envolvidos, e seu cumprimento é verifi-

cado por meio de monitoramento realizado pelo TCU, na forma do art. 243 do Regimento Interno do Tribunal.

A norma foi bem recebida por parte da comunidade jurídica, por reforçar a cultura da solução consensual e do diálogo na administração pública. Nesse sentido é a manifestação de Marçal Justen Filho (2024):

A alternativa mais satisfatória foi proporcionada pelo Tribunal de Contas da União, por meio da Instrução Normativa TCU nº 91/2022. O TCU aprovou um modelo de solução consensual de conflitos, em que a renegociação promovida entre as partes seria por ele próprio acompanhada. A renegociação passou a ser realizada no âmbito do TCU. Isso impedia práticas antiéticas e a imputação de desvios relativamente às partes envolvidas. Atingido o consenso e superados os conflitos, a solução é submetida ao plenário do TCU.

A adequação do modelo introduzido pelo TCU conduziu à multiplicação de pedidos de mediação. Questões extremamente complexas, muitas delas em trâmite há muitos anos, foram encaminhadas ao TCU. A atuação do TCU evidenciou-se como extremamente ágil, especialmente em vista da dedicação e do comprometimento dos servidores do TCU alocados na SecexConsenso.

Conforme observado pelo jurista, a criação da SecexConsenso foi seguida do recebimento de um número expressivo de solicitações de solução consensual. Até o momento, conforme dados do TCU,² foram feitas 29 solicitações. Levantamento realizado por Castro Barros Advogados (2024) conclui que 20,68% das solicitações foram homologadas pelo Plenário do Tribunal, compreendendo os casos da Ferrovia da Malha Paulista, Usinas Linhares, Usinas Karkey, Aeroporto de Cuiabá, Ferrovia Malha Sul e Telefonia Oi.

Segundo Duque (2024), no entanto, “há a percepção de que número expressivo de pedidos de negociação recebidos pelo TCU em 2023 e comemorado por seu presidente na imprensa, foi impulsionado pelo fato de o carimbo do tribunal no acordo afastar a responsabilização pessoal dos gestores por condições negociadas em processo de ssc, salvo se verificada fraude ou dolo”.

2 Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/acompanhe-os-pedidos-de-solucoes-consensuais-que-chegaram-ao-tcu-desde-2023.htm>. Acesso em: 16 out. 2024.

Com efeito, a norma – e a atuação da SecexConsenso – também é alvo de diversas críticas. Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 1.183, que objetiva a declaração de inconstitucionalidade da IN 91/2022, o Partido Novo, autor da ação, argumenta que o controle prévio de políticas públicas é incompatível com o controle externo e confere ao TCU protagonismo indevido na formulação de políticas públicas, imiscuindo-se em funções típicas do Poder Executivo.

Admitido na ação como *amicus curiae*, o Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) argumentou, por outro lado, que o procedimento previsto pela IN 91/2022 não impõe a submissão prévia de atos administrativos ao TCU para que estes produzam efeitos e que o Tribunal não participa da formulação do acordo, limitando-se a analisar a legalidade, legitimidade e economicidade da solução proposta. Assim, a solução consensual consistiria em controle concomitante, realizado durante a construção do acordo entre as partes envolvidas na controvérsia, e não representaria um entrave à autonomia do Poder Executivo na condução de políticas públicas, mas sim um mecanismo para auxiliar na resolução de controvérsias e na promoção da segurança jurídica.

Entre aplausos e controvérsias, a IN 91/2022 preenche uma lacuna normativa identificada por Tonetti (2021), referente à ausência de uma matriz de negociação bem definida. Essa matriz, também referida como processualismo negocial, serviria como um conjunto de diretrizes para a conduta das partes (tanto agentes públicos quanto privados) durante a negociação de um acordo administrativo.

A instrução expedida pelo TCU é, sob essa ótica, bem-sucedida ao estabelecer os parâmetros da negociação de uma forma estruturada, definindo o papel de cada agente e fixando prazos para a obtenção de soluções. Essa estrutura proporciona maior segurança jurídica às partes, estabelecendo regras claras e previsíveis para a conduta durante a negociação.

Os dados acerca da sua efetividade, entretanto, ainda são recentes e escassos, e será necessário mais tempo para avaliar se as soluções consensuais realmente contribuem para a prevenção e resolução de conflitos, a redução de custos processuais e o alcance dos objetivos da administração pública.

A análise contínua de dados permitirá identificar os principais obstáculos e dificuldades na implementação da consensualidade, possibilitando a adoção de medidas para superá-los e o aprimoramento da legislação sobre o tema.

Conclusão

O consensualismo na administração pública brasileira reflete uma mudança significativa no modo como o Estado se relaciona com os cidadãos e com o setor privado. Sua evolução legislativa e doutrinária visa a promover a resolução de conflitos administrativos por meio de acordos e pactos, em vez da imposição unilateral de decisões pelo poder público. Esse movimento está vinculado ao fortalecimento da democracia, da eficiência e da segurança jurídica.

O sucesso do consensualismo, no entanto, depende de um controle externo robusto e adaptado às novas práticas, a fim de garantir que a busca por soluções negociadas não comprometa a legalidade, a integridade e o interesse público. O controle externo excessivamente burocrático e punitivo pode gerar efeitos colaterais prejudiciais, como a paralisia decisória de gestores públicos receosos de sanções. Para evitar esse cenário, é fundamental considerar o contexto da atuação do gestor público, reconhecendo as dificuldades e a assimetria de informação inerentes ao processo decisório.

A Instrução Normativa (IN) 91/2022 do TCU representa um passo importante na direção da institucionalização do consensualismo, ao conferir estrutura e regras claras para o desenvolvimento da solução consensual. A norma, contudo, também suscita críticas, como a possibilidade de conferir ao TCU um protagonismo indevido na formulação de políticas públicas.

Apesar das controvérsias, a experiência do TCU com a IN 91/2022 representa um avanço significativo na busca por um modelo de controle externo mais dialógico e colaborativo. Ao estabelecer uma matriz de negociação bem definida, a norma preenche uma lacuna normativa e oferece maior segurança jurídica às partes envolvidas no processo de consensualização.

Não obstante, a análise contínua dos dados sobre sua implementação será essencial para avaliar sua efetividade e identificar os desafios a serem superados, promovendo o aprimoramento dos instrumentos de consensualidade.

O consensualismo na administração pública brasileira ainda está em fase de desenvolvimento, mas seu potencial para transformar as relações entre o Estado e a sociedade é inegável. A busca por soluções consensuais, em conjunto com um controle externo eficaz e adaptado às novas práticas, pode contribuir para a construção de uma gestão pública mais eficiente, legítima e democrática.

Referências

- DANTAS, Bruno. Consensualismo, eficiência e pluralismo administrativo: um estudo sobre a adoção da mediação pelo TCU. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 127, n. 22, p. 261-280, jun.-set. 2020.
- DANTAS, Bruno. *Consensualismo na administração pública e regulação*: reflexões para um direito administrativo do século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2023.
- SOARES, José de Ribamar Barreiros. A natureza jurídica do Tribunal de Contas da União. *Revista de Informação Legislativa*, v. 132, n. 33, p. 259-262, out.-dez. 1996.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.
- DORTAS, Gustavo Ribeiro; LOPES, Marcelo; CARPES, Nayara do Amaral; MARTINS JUNIOR, Wilmar da Costa. O consensualismo como estratégia de resolução de conflitos pelo controle externo. *Revista Digital do Tribunal de Contas do Estado do Paraná*, v. 1, n. 31, p. 64-87, jan.-mar. 2021.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 36. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023.
- DUQUE, Gabriela. Soluções consensuais no TCU: entre comemorações e críticas. *JOTA*, 2024. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/solucoes-consensuais-no-tcu-entre-comemoracoes-e-criticas-07022024>.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O consensualismo é consenso*: em defesa da SECEXConsenso. 2024. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/411026/o-consensualismo-e-consenso-em-defesa-da-secexconsenso>. Acesso em: 24 out. 2024.
- CASTRO BARROS ADVOGADOS. *Res Pública*: Secex-Consenso. Disponível em <https://castrobarros.pixelfordinner.cloud/uploads/2024/09/secexconsenso-res-publica.pdf>. Acesso em: 23 out. 2024.
- TONETTI, Mariana Carnaes Ferreira. *Acordos administrativos*: análise dos parâmetros normativos da consensualidade e da segurança jurídica. 2021. 277 p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS E A CONTROVÉRSIA DO MARCO TEMPORAL: A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DESSE DEBATE EM PROL DA SEGURANÇA JURÍDICA

*Rodrigo Pena Costa e Costa*¹

Introdução

Um dos temas centrais nas discussões acerca da demarcação de terras indígenas no Brasil tem sido concentrado na *tese do marco temporal*, especialmente após o julgamento da Petição 3.388/RR pelo Supremo Tribunal Federal (STF). O entendimento inicial consolidado pela Corte nesse julgamento, em 2009, estabeleceu o marco temporal de 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, como referência fundamental

1 Bacharel e mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Advogado do Senado Federal. Advogado e parecerista.

para a posse e ocupação de terras por povos indígenas. Essa interpretação deriva da própria leitura da Constituição.

No entanto, a aplicação do marco temporal tem gerado intensos debates políticos e jurídicos. Por um lado, essa tese busca trazer segurança jurídica tanto para indígenas quanto para não indígenas. Por outro lado, os movimentos indígenas e alguns setores da sociedade civil questionam a limitação temporal imposta, argumentando que ela não leva em consideração a expulsão violenta ou esbulho possessório sofrido por essas comunidades antes de 1988.

A partir dessas tensões, o artigo aborda quatro aspectos principais: (1) a reafirmação do marco temporal na jurisprudência até 2023, que estabelecia critérios objetivos para a demarcação de terras; (2) o processo legislativo que culminou na aprovação da Lei 14.701/2023, que regulamenta o art. 231 da Constituição, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas, e que ratificou o marco temporal no âmbito da legislação ordinária; (3) a modificação da jurisprudência pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365/sc (julgado em 27 de setembro de 2023), que afastou o marco temporal; e (4) os impactos dessa mudança na segurança jurídica e no equilíbrio entre os direitos indígenas e de não indígenas.

A metodologia empregada é de cunho exploratória e descritiva, voltada para a compreensão do tema, a partir da apresentação de seus contornos e características, dentro do marco teórico dos diálogos institucionais na interpretação da Constituição. O tratamento desses temas é fundamental para compreender o atual panorama jurídico e os desafios enfrentados na demarcação de terras indígenas no Brasil, em um contexto marcado pela tentativa de harmonizar os direitos dos povos originários com outros valores igualmente protegidos pela Constituição, como a segurança jurídica.

2. Fixação de critérios objetivos para delimitação das terras indígenas no julgamento da Petição 3388-4/RR. Reafirmação da data de 5 de outubro de 1988 como marco temporal para a ocupação de terras indígenas a partir da leitura da própria Constituição da República Federativa do Brasil.

A redação dos arts. 231 e 232 da Constituição Federal de 1988 – aprovada durante a Assembleia Nacional Constituinte por 470 votos favoráveis e apenas

4 contrários² – indicou que deputados e senadores constituintes vislumbraram a premente necessidade de se garantir um arcabouço normativo que protegesse os direitos e atendesse aos interesses dos povos indígenas. Pela primeira vez, previu-se, em sede constitucional, um capítulo próprio com princípios e regras voltados à proteção dos povos originários.

O *caput* do art. 231 reconheceu aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Este último ponto – o direito sobre as terras indígenas – ganhou especial relevância, tendo em vista que, para os povos originários, a posse permanente e a riqueza de suas terras são indispensáveis para sua sobrevivência física e cultural (Silva, 2013, p. 871).

Em face disso, o texto constitucional trouxe o conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como aquelas “por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (art. 231, §1º, da CRFB/1988).

Ainda, o art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) foi peremptório ao impor que “[a] União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição”. Como se vê, há mais de três décadas, o dispositivo já deveria ter tido efeitos jurídicos e sociológicos exauridos exatamente por sua redação³ e própria po-

2 A partir de material de arquivo do Diário da Constituinte, a tv Senado produziu vídeo que mostra a evolução dos debates sobre os direitos e interesses dos povos indígenas. O acervo mostra a mobilização popular na tentativa de garantir esses direitos e os acordos políticos para viabilizar as votações. Ao final, houve um amplo apoio ao texto do capítulo que tratava do tema, com uma votação expressiva a seu favor. (TV SENADO. Direitos indígenas na Constituinte. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=L42V7oA2dou>. Acesso em: 15 out. 2024.)

3 Cavalcante Filho (2023, pp. 15-16) destaca que o próprio constituinte pretendeu que o processo de demarcação fosse sujeito a conclusão, a término, a termo, e não como algo constantemente renovado no tempo. Vejamos: “Durante a Constituinte, essa tese chegou a ser prevista no art. 108 do Anteprojeto da Comissão de Ordem Social (Fase ‘H’): ‘A União demarcará as terras ocupadas pelos índios, ainda não demarcadas, devendo o processo estar concluído no prazo de 5 (cinco) anos, contados da promulgação desta Constituição’. Chegava-se mesmo a estipular a porcentagem de terras demarcadas a cada ano (25% do total), o que obviamente pressupõe que exista um total de terras indígenas ocupadas naquele momento

sição topográfica no texto constitucional,⁴ o que a colocaria entre as normas constitucionais de eficácia exaurida, segundo classificação proposta por Bulos (2023, p. 373).

Não obstante, até os dias atuais, o processo demarcatório não foi concluído, especialmente em razão das disputas de terra intermináveis, entre indígenas e não indígenas, muitas das quais marcadas por violência e brutalidade. Em 2009, na tentativa de pôr fim aos conflitos e com o objetivo de facilitar o processo de demarcação, o STF fixou critérios objetivos para delimitação das terras indígenas no julgamento a Petição 3.388-4/RR. A partir de diretrizes claras, buscou-se evitar abusos e tentativas infundadas de obtenção de terras, protegendo tanto o direito dos povos indígenas quanto dos não indígenas.

O ponto de partida para tanto passou pela reafirmação da data de 5 de outubro de 1988 como marco temporal para a ocupação de terras indígenas, que, conforme o ministro Ayres Britto, advém do próprio texto da Constituição, *in verbis*:

(promulgação da CF). O primeiro dispositivo citado foi mantido no Anteprojeto da Comissão de Sistematização (Fase 'I') (art. 498) e praticamente em todas as fases seguintes, resultando no atual art. 67 do ADCT, o qual dispõe: 'A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição'. Ora, o termo 'concluirá' traduz uma ideia de finitude, de término. Sabe-se que a interpretação gramatical é apenas um ponto de partida do processo hermenêutico, e que a análise do contexto histórico da constituinte não determina por completo a interpretação do dispositivo aqui e agora. Porém, é inegável que, a partir da análise de todo o processo de debates na constituinte, e com base no texto positivado, parece claro que não se previu a demarcação de terras indígenas como um processo constantemente renovado no tempo, mas como algo sujeito a conclusão, a término, a termo. A grande questão é que a União jamais concluiu essa demarcação, de modo que se agigantou a dívida histórica da sociedade brasileira com a proteção das comunidades indígenas em relação às terras que tradicionalmente ocupavam em 5.10.1988, bem como em relação às terras que não estavam ocupadas nessa data por causa de renitente esbulho; mas não é óbvio inferir do texto constitucional uma obrigação de demarcar terras que venham a ser ocupadas após a entrada em vigor da CF."

- 4 Segundo a classificação proposta por Bulos (2023, p. 373), as normas constitucionais de eficácia exaurida ou esvaída "são aquelas, como o próprio nome diz, que já extinguiram a produção de seus efeitos. Por isso, estão esgotadas, dissipadas, ou desvanecidas, condicionando, assim, sua aplicabilidade". Exemplo dessas normas são exatamente inúmeras daquelas previstas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro. (Brasil, 2009, pp.41-42.)

A indispensabilidade do marco temporal foi justificada exatamente para pôr fim aos conflitos, vejamos:

Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a chapa radiográfica da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine. (Brasil, 2009, p. 42.)

Do exposto, conclui-se que os fundamentos constitucionais do processo demarcatório inclui quatro elementos distintos necessários para a caracterização das terras indígenas: (1) fator temporal – marco temporal da ocupação, sendo necessário que os povos originários estivessem na posse da área em 5 de outubro de 1988; (2) a tradicionalidade e o caráter de perdurabilidade da ocupação; (3) a preservação dos recursos ambientais essenciais ao bem-estar dos indígenas; (4) a necessidade de as terras permitirem a reprodução física e cultural da comunidade indígena, conforme seus usos, costumes e tradições.

No julgamento dos embargos de declaração interpostos contra o acórdão proferido na Petição 3.388-4/RR, o ministro Roberto Barroso afirmou que o

julgado, apesar de não possuir efeitos vinculantes em sentido formal, ostentava força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do país. Isso implicava elevado ônus argumentativo para qualquer tentativa de superação das razões ali delimitadas, *in verbis*:

As condições em tela são elementos que a maioria dos Ministros considerou pressupostos para o reconhecimento da demarcação válida, notadamente por decorrerem essencialmente da própria Constituição. Na prática, a sua inserção no acórdão pode ser lida da seguinte forma: se o fundamento para se reconhecer a validade da demarcação é o sistema constitucional, a Corte achou por bem explicitar não apenas esse resultado isoladamente, mas também as diretrizes desse mesmo sistema que conferem substância ao usufruto indígena e o compatibilizam com outros elementos igualmente protegidos pela Constituição. (...) Isto é: embora não tenha efeitos vinculantes em sentido formal, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite de superação das suas razões. (Brasil, 2013b, pp. 19-22.)

O precedente foi reafirmado em diversos outros julgamentos do STF,⁵ evidenciando a consolidação jurisprudencial das salvaguardas institucionais⁶ e dos critérios estabelecidos pela Corte para a demarcação de terras indígenas no território nacional, incluindo o marco temporal. Essa consolidação jurisprudencial, até a reviravolta na jurisprudência da Corte ocorrida em 2023 – que será analisada adiante –, fortalecia significativamente a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões relativas à demarcação de terras indígenas.

Veja-se que as decisões do STF estabeleceram de forma clara e consistente o marco temporal para a demarcação de terras indígenas, consolidando a data da

5 Recurso em Mandado de Segurança 29.087, rel. min. Ricardo Lewandowski. 2ª Turma. Julgamento: 16/12/2014; Recurso em Mandado de Segurança 29.542/DF, rel. min. Cármen Lúcia. 2ª Turma. Julgamento: 30/12/2014; Agravo em Recurso Extraordinário 803.462, rel. min. Teori Zavascki. 2ª Turma. Julgamento: 9/12/2014.

6 Ao final do julgamento, o Plenário decidiu acrescentar ao voto do ministro relator as 19 “salvaguardas institucionais” apresentadas pelo ministro Menezes Direito em voto-vista, objetivando regular a situação nos territórios da União ocupados por indígenas.

promulgação da Constituição Federal de 1988 como referencial insubstituível para essa verificação. Ainda, a necessidade de observância das salvaguardas e dos critérios delineados pela Corte também foram firmemente estabelecidas.

Sublinhe-se que a Súmula 650 do STF,⁷ publicada em 2003, já apontava para o estabelecimento desse marco temporal, indicando que há muito tempo este entendimento já era consolidado na mais alta corte do país. A propósito, em 2015, houve pedido de conversão da Súmula 650 em súmula vinculante, que foi negado em razão de o próprio Tribunal considerar que não havia qualquer controvérsia quanto a sua aplicação, comprovando que o entendimento a favor do marco temporal já estava plenamente sedimentado pela Corte e aceito pelos demais poderes.⁸ A consolidação desse entendimento demonstra que a aplicação do marco temporal de 1988 para a demarcação de terras indígenas já era uma diretriz firmemente estabelecida na jurisprudência do STF.

Repita-se, ainda que o julgamento tenha resolvido o caso concreto sem eficácia vinculante para terceiros não participantes do processo, não se tratava de uma decisão isolada. Era, na verdade, um entendimento jurisprudencial consolidado, sendo utilizado como orientação normativa de caráter geral pelos órgãos da administração pública.

Em 2017, a Advocacia-Geral da União elaborou o Parecer 001/2017/GAB/

7 Súmula 650 do STF: “Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.” (Brasil, 2003.)

8 Vejamos: “Com efeito, a conversão do Enunciado 650 da Súmula deste Tribunal em verbete vinculante já havia sido proposta pela Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA nos autos da PSV 49/DF. Ao analisar os requisitos de admissibilidade daquela proposição, a Comissão de Jurisprudência asseverou, entre outros pontos, que não havia mais absolutamente nenhuma atualidade na controvérsia judicial que motivara a edição da Súmula 650-STF. Verificou a referida Comissão permanente, nessa linha, o diminuto número de decisões prolatadas por este Tribunal nos últimos anos a respeito da temática tratada na Súmula 650, restrita à questão da impossibilidade de se reconhecer, como bens da União, os imóveis urbanos usucapiendos que, num passado longínquo, integraram áreas de antigos aldeamentos indígenas. (...) Isso posto, sendo manifesto, aqui também, o não atendimento de requisito constitucional indispensável à edição da súmula proposta, qual seja, a atualidade da controvérsia cristalizada na Súmula 650-STF (art. 103-A, § 1º, da CF), determino o arquivamento desta proposta de edição de súmula vinculante.” (Brasil, 2015. pp. 1-3.)

CGU/AGU, aprovado pelo então presidente da República,⁹ nos termos do art. 40, § 1º, da Lei Complementar 73/1993,¹⁰ dando força normativa e vinculante no âmbito da administração pública federal, direta e indireta, aos parâmetros estabelecidos no caso da Reserva Raposa Serra do Sol. Na ocasião, o Poder Executivo destacou a seriedade com que foi construído o entendimento jurisprudencial então pacificado e a necessidade de superação da controvérsia em prol da segurança jurídica e a efetividade dos direitos indígenas em futuros processos de demarcação, *in verbis*:

A definição jurisprudencial das denominadas “salvaguardas institucionais” às terras indígenas é o resultado de um longo e reflexivo trabalho de um colegiado de magistrados que, ciente de sua difícil missão institucional, procurou compreender as múltiplas perspectivas sociais apresentadas no caso, inclusive mediante visitas *in loco* à terra indígena, e assim equacionar todas as questões jurídicas envolvidas, com o claro e consciente objetivo de estabelecer um marco constitucional para a proteção dos direitos dos índios à suas terras. Um quadro jurídico-constitucional que, ao oferecer uma resposta para o caso concreto, ao mesmo tempo representaria, com inegável conteúdo propedêutico, o parâmetro normativo geral para garantir a segurança jurídica e a efetividade dos direitos indígenas em futuros processos de demarcação. Uma decisão que, como ressaltou o Ministro Gilmar Mendes, deveria também “estar voltada para o futuro”, deixando “fundadas as bases jurídicas para o contínuo reconhecimento aos povos indígenas das terras que tradicionalmente ocupam”. (Brasil, 2017, s/n.)

A partir de então, os processos de demarcação de terras passaram a observar os critérios explicitados pelo STF no caso Raposa Serra do Sol.

9 O presidente da República aprovou o Parecer GMF-05, que adotou os fundamentos do Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU.

10 LC 73/1993: “Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.”

3. **Processo legislativo que culminou na aprovação da Lei 14.701, de 20 de outubro de 2023. Vontade inequívoca do Parlamento de trabalhar em sintonia com a jurisprudência consolidada no julgamento da Petição 3388-4/RR.**

Após a consolidação do entendimento jurisprudencial no sentido de considerar a data de 5 de outubro de 1988 como marco temporal para a ocupação de terras indígenas, o Congresso Nacional aprovou a Lei 14.701, de 20 de outubro de 2023, para regulamentar o art. 231 da Constituição Federal, dispondo sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas, e dando outras providências.

Da análise do processo legislativo,¹¹ percebe-se que a lei foi o resultado de quase duas décadas de discussões em torno do tema, uma vez que o processo legislativo que culminou na promulgação da norma teve início em 2007, com a apresentação do Projeto de Lei (PL) 490 pelo deputado Homero Pereira (PR-MT).¹² Em sua justificativa, o proponente destacou a necessidade de aperfeiçoar a legislação indigenista a partir do exercício da competência dada ao Congresso Nacional para dispor sobre a demarcação das terras indígenas (art. 48 c/c art. 231 da CRFB/1988) (Brasil, 2007, pp. 1-2).

Ao PL 490/2007 foram apensados os PLS 1.218/2007, 2.302/2007, 2.311/2007 e 5.993/2009, todos com o objetivo de regulamentar o art. 231 da Constituição e a demarcação de terras indígenas, alterando, para tanto, a Lei 6.001/1973. Durante a 53ª Legislatura (2007-2011) os projetos passaram pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias, pela Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural e pela Comissão de Constituição e

11 “(...) descobrir a intenção legislativa passaria por compreender a chamada *occasio legis*, o contexto que originou a lei. Para isso, claro que são relevantes as exposições de motivos, preâmbulos, justificativas, informes e pareceres produzidos nas comissões, atas taquigráficas e registros das sessões com os debates parlamentares, ou seja, tudo que permita alcançar a ambição ou a justificativa que possa adequadamente ser reconhecida como a intenção do Parlamento. Assim concebida a intenção legislativa, seu valor será tanto maior quanto mais se olhe para o caráter essencialmente argumentativo da legislação como processo.” (Nascimento, 2021. pp. 188-189.)

12 A tramitação legislativa está disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345311&fichaAmigavel=nao>. Acesso em: 15 out. 2024.

Justiça e de Cidadania, sem que se chegasse ao consenso para submissão da matéria ao Plenário da Câmara dos Deputados. Como resultado, os projetos foram arquivados em razão do fim da legislatura.

No início da 54ª Legislatura (2011-2015), os projetos foram desarquivados a pedido do deputado Homero Pereira, e novos projetos foram apensados: os Projetos de Lei 2.479/2011 e 3.896/2012. Em 2013, foi apensado o PL 6.818/2013, de autoria do deputado Geraldo Simões (PT-BA). A justificativa apresentada junto a esta última proposição destacou que o Supremo Tribunal Federal interveio na questão para estabelecer um conceito claro de terra indígena e alguns parâmetros para as demarcações, nos termos do julgamento da Petição 3.388/RR sobre a terra indígena Raposa Serra do Sol. Diante dessas razões, o deputado propôs que a decisão do STF servisse de norte para o Parlamento e que seu entendimento fosse incorporado à legislação. Assim, o PL 6.818/2013 trazia em seus dispositivos todas as salvaguardas institucionais elaboradas pelo STF no julgamento da Petição 3.388/RR, demonstrando a vontade inequívoca do Parlamento em dialogar com a jurisprudência consolidada do STF (Brasil, 2013a, pp. 1-7).

Em 2015, os PLs 1.003/2015, 1.216/2015, 1.218/2015 e 1.606/2015 foram apensados às demais proposições. No entanto, os projetos foram novamente arquivados devido ao término da legislatura. No início da 55ª Legislatura (2015-2019), os projetos foram desarquivados a pedido do deputado Alceu Moreira.

Em 2018, os projetos foram enviados novamente à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), sendo designado o deputado Jerônimo Goergen (PP-RS) como relator. A leitura do relatório elaborado na ocasião mostra, mais uma vez, a busca por um diálogo com a jurisprudência do STF, a partir de uma análise detalhada dos votos dos ministros proferidos no caso da Reserva Raposa Serra do Sol. O relatório legislativo destacava a consolidação do regime jurídico constitucional demarcatório de terras indígenas do art. 231 da Constituição moldado a partir dos precedentes do STF, com destaque para a Petição 3.388/RR, e a aprovação pelo então presidente da República do Parecer GMF-05,¹³ dando força normativa e vinculante, no âmbito da administração

13 Que adotou os fundamentos do Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU.

pública federal, direta e indireta, aos parâmetros estabelecidos no caso da Reserva Raposa Serra do Sol (Brasil, 2018, pp. 4-22).

Ao final da legislatura, os projetos foram arquivados, sendo desarquivados no início da 56ª Legislatura (2019-2023) a pedido do deputado Edio Lopes. Na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, o relator, deputado Arthur Oliveria Maia (DEM-BA), mais uma vez, seguindo os passos de seu antecessor, apresentou um estudo da jurisprudência do STF sobre o tema e concluiu que os dispositivos propostos estavam em consonância com o entendimento da Corte Constitucional brasileira quanto à regulamentação do art. 231 da Constituição. O relatório foi aprovado na CCJC em 19 de junho de 2021. Em seguida, foram apresentados pedidos de apensação dos PLS 1.252/2023, 1.416/2023 e 1.740/2023, sendo que somente este último foi apensando por determinação da Mesa Diretora (Brasil, 2021, pp. 3-19).

Foi proferido parecer em Plenário pela Comissão de Direitos Humanos, Minorias e Igualdade Racial, pela Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural e pela Comissão da Amazônia e dos Povos Originários e Tradicionais. Em 30 de maio de 2023, a matéria foi aprovada pela Câmara dos Deputados com 311 votos a favor e 137 contra, sendo encaminhada ao Senado Federal, onde recebeu nova numeração: PL 2.903/2023.¹⁴

No Senado Federal, inicialmente, o projeto foi encaminhado à Comissão de Agricultura e Reforma Agrária (CRA), sendo designada a senadora Soraya Thronicke (PODEMOS-MS) como relatora. O parecer elaborado apontou que o projeto de lei estava de acordo com a decisão proferida pelo STF e com as condicionantes estabelecidas pelo Tribunal. A parlamentar destacou que o PL 2.903/2023 adotou o marco temporal da ocupação indígena conforme a interpretação do art. 231 da Constituição dada pelo STF no julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Além disso, a senadora destacou que o projeto atendia a todas as 19 salvaguardas institucionais estabelecidas na decisão proferida na Petição 3.388/RR (Brasil, 2023a, pp. 8-9).

A CRA realizou audiência pública em 23 de agosto de 2023 com a presença dos seguintes oradores: Kleber Karipuna, coordenador executivo da Articula-

14 A tramitação legislativa encontra-se disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157888>. Acesso em: 15 out. 2024.

ção dos Povos Indígenas do Brasil (APIB); Arnaldo Zunizakae, presidente da Cooperativa Agropecuária dos Povos Indígenas Haliti, Nambikwara e Manoki; Joenia Wapichana, presidente da Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai); Osmar Serraglio, ex-deputado federal; Marivaldo de Castro Pereira, secretário de Acesso à Justiça do Ministério da Justiça e Segurança Pública; Marcelo Bertoni, presidente da Federação da Agricultura e Pecuária de Mato Grosso do Sul (Famasul).

Aprovado pela CRA, o projeto foi encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), tendo sido designado o senador Marcos Rogério (PL-RO) como relator. Em seu parecer, reiterou que o projeto estava em consonância com a jurisprudência do STF, lembrando que, embora o legislador não seja constitucionalmente obrigado a adotar os entendimentos do Supremo Tribunal Federal (art. 102, § 2º, da Constituição), o projeto apenas positivava e explicitava em lei o entendimento adotado pelo STF nos julgamentos do caso Raposa Serra do Sol. Assim, argumentou que esse alinhamento do projeto com a decisão da Corte Constitucional era relevante, pois excluiria qualquer alegação de inconstitucionalidade do marco temporal estabelecido, já que a própria Corte Suprema havia endossado tal interpretação (Brasil, 2023b, pp. 5-6).

Durante o processo legislativo, foi claro o propósito do Parlamento em dialogar com o Poder Judiciário, na busca de manter a harmonia entre os poderes (art. 2º da Constituição). Ao analisar os estudos de Hogg e Bushel (1997, pp. 80-81; p. 98),¹⁵ Mendes (2008, p. 146) esclarece que o diálogo entre os poderes

15 Vejamos a síntese trazida por Peixoto (2024, pp. 44-45) acerca da teoria dos diálogos institucionais e a contribuição pioneira dos autores canadenses: “O surgimento da teoria dos diálogos institucionais tem por objetivo superar um modelo de *judicial review* forte, no sentido de que a última palavra caberia ao Judiciário, em face da sua suposta melhor aptidão para a interpretação da Constituição. (...) O texto que inaugurou o estudo da temática foi escrito por dois canadenses, Peter W. Hogg e Allison A. Bushell. A proposta dos autores foi no sentido de que, ao contrário de haver um domínio por parte do Poder Judiciário na interpretação constitucional, há um diálogo com o Poder Legislativo. (...) A proposta de que há um diálogo entre os poderes foi uma forma de responder às críticas relativas à dificuldade contramajoritária da atuação do Poder Judiciário na realização do controle de constitucionalidade, eis que as maiorias legislativas teriam a possibilidade de reverter as decisões judiciais. Note-se que, se o Poder Judiciário não tem a última palavra, a dificuldade da resposta ao argumento da atuação contramajoritária é bastante diminuído.”

existe mesmo quando o Poder Legislativo aquiesce à posição do Poder Judiciário, sem que isso signifique uma deferência passiva do Parlamento ao entendimento jurisprudencial, vejamos:

Consideram que toda resposta legislativa, quando feita como reação consciente à decisão judicial, mesmo que aquiesça à posição da corte, exemplifica um tipo de diálogo. Discordam de que a adesão à corte não o configure, pois acreditam que o acordo e o convencimento são sempre um resultado possível desse processo. Não se pode, por isso, presumir uma deferência passiva nessas circunstâncias. Quando a decisão judicial deixa em aberto a possibilidade de resposta legislativa, seria pertinente caracterizar o processo como um diálogo. Nesses casos, a revisão judicial não é um veto, mas o começo de uma comunicação inter-institucional a respeito de como conciliar direitos individuais com os objetivos de políticas econômicas e sociais.

O projeto foi aprovado pelo Plenário em 27 de setembro de 2023 por 34 votos a favor e 22 contra e foi enviado à sanção. Por sua vez, o presidente da República vetou diversos dispositivos do autógrafo, que retornou ao Congresso Nacional para análise. Todos os vetos foram derrubados, à exceção daqueles ao § 4º do art. 16, ao art. 28 e ao art. 30. O quórum de votação foi de 459, sendo 321 votos para derrubada do veto e 137 para manutenção em sua integralidade. Ao final, a data da promulgação da Constituição, ou seja, 5 de outubro de 1988, como marco temporal para a ocupação de terras indígenas, ficou expressamente consignada no art. 4º da Lei 14.701/2023.¹⁶

16 “Art. 4º São terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas brasileiros aquelas que, na data da promulgação da Constituição Federal, eram, simultaneamente: I – habitadas por eles em caráter permanente; II – utilizadas para suas atividades produtivas; III – imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; IV – necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 1º A comprovação dos requisitos a que se refere o caput deste artigo será devidamente fundamentada e baseada em critérios objetivos. § 2º A ausência da comunidade indígena em 5 de outubro de 1988 na área pretendida descaracteriza o seu enquadramento no inciso I do caput deste artigo, salvo o caso de renitente esbulho devidamente comprovado. § 3º Para os fins desta Lei, considera-se renitente esbulho o efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data de promulgação da Constituição Federal, materializado

Da leitura de todo o escorço histórico, constata-se que o Congresso Nacional, especialmente o Senado Federal, desempenhou exemplarmente seu múnus constitucional ao legislar sobre questões demarcatórias, conforme estabelecido pela Constituição. Viu-se que o processo legislativo foi balizado pelo entendimento do STF expresso no julgamento da Petição 3.388/RR, referente à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. A atuação dos parlamentares, em consonância com a jurisprudência do STF, reforça a observância dos parâmetros constitucionais e a harmonização entre os poderes na formulação e implementação de políticas públicas de demarcação de terras indígenas.

4. **Modificação, pelo Supremo Tribunal Federal, do entendimento consolidado sobre o marco temporal. O STF deve uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Tribunal se vincula horizontalmente ao seu precedente e só pode modificá-lo em razão de situações específicas.**

Após a aprovação da Lei 14.701/2023, foram ajuizadas novas ações de controle concentrado de constitucionalidade para discutir sua conformidade com a Constituição perante o STF. São elas: Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 87, Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 7.582, 7.583, 7.586 e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 86. O ministro relator Gilmar Mendes, em razão da identidade de objeto (o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas) e do aparente conflito entre a Lei 14.701/2023 e a decisão proferida pelo Tribunal no Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365/SC – que alterou abruptamente o entendimento consolidado na Petição 3.388/RR –, determinou a apreciação em conjunto das ações.

O ministro relator, ao deferir a medida cautelar para suspender a tramitação de processos judiciais ou administrativos que versem sobre a controvérsia

por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada. § 4º A cessação da posse indígena ocorrida anteriormente a 5 de outubro de 1988, independentemente da causa, inviabiliza o reconhecimento da área como tradicionalmente ocupada, salvo o disposto no § 3º deste artigo. (...).”

constitucional, afirmou “que a única alteração jurídica relevante a legitimar a rediscussão do tema recém-pacificado é justamente o exercício, pelo Congresso Nacional, de sua competência de conformação legal da norma contida no art. 231 da Constituição (Lei 14.701/2023) – exercício cuja constitucionalidade é discutida nas ações de controle concentrado ora apreciadas” (Brasil, 2024, pp. 11-12).

Contudo, a afirmação de que a única alteração jurídica relevante sobre o tema teria sido o exercício, pelo Congresso Nacional, de sua competência constitucional para regulamentar o art. 231 da Constituição parece não ser correta quando se examinam detalhadamente as ações dos três poderes da União sobre o assunto nas últimas décadas. Por esse motivo, torna-se necessária a criação de uma linha do tempo com a ordem cronológica da adoção do marco temporal para demarcação de terras indígenas para melhor esclarecer a questão.

Assim, por mais de uma década, o Congresso Nacional debateu a regulamentação do art. 231 da Constituição, sempre tendo como norte a jurisprudência consolidada no julgamento da Petição 3.388/RR. De fato, nos termos demonstrados acima, o tema estava devidamente consolidado na esfera dos três poderes até que o STF modificou radicalmente seu entendimento no julgamento do RE 1.017.365/sc, em 27 de setembro de 2023.

Houve uma mudança substancial na jurisprudência da Corte com o julgamento do recurso extraordinário acima mencionado, que resultou no afastamento da tese do marco temporal, conforme estabelecido na tese aprovada por ocasião do julgamento do Tema 1.031 da lista de Repercussão Geral do STF, cujo trecho da ementa segue transcrito:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. POSSE INDÍGENA. TERRA OCUPADA TRADICIONALMENTE POR COMUNIDADE INDÍGENA. POSSIBILIDADES HERMENÊNTICAS DO ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DEFINIÇÃO DO ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DAS RELAÇÕES DE POSSE DAS ÁREAS DE TRADICIONAL OCUPAÇÃO INDÍGENA À LUZ DAS REGRAS DISPOSTAS NO ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO NA PET 3.388. POSSIBILIDADE. DIREITOS INDÍGENAS POSITIVADOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS. DEMARCAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA MERAMENTE DECLARATÓRIA DO DIREITO ORIGINÁRIO DOS ÍNDIOS. POSSE INDÍGENA. HABITAT. DISTINÇÃO DA POSSE CIVIL. MARCO TEMPORAL. INSUBSISTÊNCIA. LAUDO ANTROPOLÓGICO. DEMONSTRAÇÃO DA TRADICIONALIDADE DA OCUPAÇÃO INDÍGENA. REDIMENSIONAMENTO DA

TERRA INDÍGENA. POSSIBILIDADE SE DESCUMPRIDO O ARTIGO 231. POSSE PERMANENTE E USUFRUTO EXCLUSIVO. NULIDADE DOS TÍTULOS PARTICULARES INCIDENTES EM TERRA INDÍGENA. INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. COMPATIBILIDADE DA POSSE INDÍGENA E DA PROTEÇÃO AMBIENTAL. AÇÕES POSSESSÓRIAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. (...) III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição; (...) v - Ausente ocupação tradicional indígena ao tempo da promulgação da Constituição Federal ou renitente esbulho na data da promulgação da Constituição, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada relativos a justo título ou posse de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, assistindo ao particular direito à justa e prévia indenização das benfeitorias necessárias e úteis, pela União; e, quando inviável o reassentamento dos particulares, caberá a eles indenização pela União (com direito de regresso em face do ente federativo que titulou a área) correspondente ao valor da terra nua, paga em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, e processada em autos apartados do procedimento de demarcação, com pagamento imediato da parte incontroversa, garantido o direito de retenção até o pagamento do valor incontroverso, permitidos a autocomposição e o regime do § 6º do art. 37 da CF; VI - Descabe indenização em casos já pacificados, decorrentes de terras indígenas já reconhecidas e declaradas em procedimento demarcatório, ressalvados os casos judicializados e em andamento; (...). (Brasil, 2023c.)

A abrupta mudança ocorrida compromete significativamente a segurança jurídica e está em desacordo com a coerência e a previsibilidade que se espera do STF. A alteração desestabiliza a confiança das partes interessadas nas decisões da Corte, gerando incertezas quanto à aplicação uniforme dos precedentes judiciais. A unidade das decisões do STF é essencial para garantir a estabilidade das relações jurídicas e a credibilidade do sistema judiciário brasileiro. Sobre esse dever imposto ao Poder Judiciário, Mitidiero (2017, p. 17) aponta que “a segurança jurídica impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos. O foco direto aí é a ordem jurídica e a sociedade civil como um todo”.

As modificações na jurisprudência do STF são de grande relevância para a segurança jurídica no Brasil. A estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais são pilares essenciais para a confiança dos cidadãos no sistema jurídico. Mudanças abruptas e frequentes na interpretação das leis e na aplicação dos precedentes podem gerar insegurança e incerteza, prejudicando tanto a confiança no Judiciário quanto a estabilidade das relações jurídicas. Portanto, é imperativo que o STF adote critérios rigorosos e bem fundamentados ao decidir por alterações significativas em seus precedentes, garantindo a coerência e a consistência necessárias para a segurança jurídica.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil (CPC) estabeleceu que os tribunais possuem o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926 do CPC). Neves (2017, pp. 1394-1395) destrincha o dispositivo legal nos seguintes termos:

A estabilidade impede que os tribunais mudem de posicionamento de forma repentina e exige o respeito a sua jurisprudência consolidada, o que não significa, obviamente, o engessamento dos julgadores, uma vez que podem decidir de forma diversa desde que fundamentem e o façam de maneira criteriosa, conforme preceitua o artigo 927, §4º, do CPC. (...). Jurisprudência íntegra é “aquela construída levando-se em consideração o histórico de decisões proferidas pelo tribunal a respeito da mesma matéria.”. Basta lembrar da célebre metáfora criada por Ronald Dworkin ao comparar a criação do Direito com um romance em que cada autor escreve um capítulo e o capítulo anterior deve ser respeitado pelo próximo autor para que toda a obra seja harmônica e tenha um sentido. (...). A ideia de coerência é ínsita ao que foi exposto quando tratado do dever de uniformização, ou seja, o Poder Judiciário deve, em respeito a isonomia entre os jurisdicionados, dar decisões iguais para situações fáticas iguais ou semelhantes, garantindo aos sujeitos do processo um mínimo de previsibilidade para guiar suas ações.

A uniformização da jurisprudência visa fortalecer o Estado Democrático de Direito, garantindo aos jurisdicionados o respeito ao princípio da isonomia e a entrega da mesma solução jurídica para as mesmas situações fáticas. Ainda, estimula e fortalece a segurança jurídica, a previsibilidade, a estabilidade, o desestímulo à litigância excessiva, a confiança, a igualdade perante a jurisdição, a coerência, o respeito à hierarquia, a imparcialidade, o favorecimento de acordos,

a economia processual e a eficiência (Neves, pp.1393-1394).

Isso não significa uma impossibilidade de modificação da jurisprudência, mas, segundo Mitidiero (2017, pp. 105-106), o Tribunal se vincula horizontalmente ao seu precedente e só pode modificá-lo em razão de situações específicas, *in verbis*:

(...) a regra do *stare decisis* horizontal pode ser justificadamente deixada de lado pela corte responsável pelo precedente. Isso quer dizer que as Cortes Supremas podem, para promover a unidade do Direito prospectivamente, afastar-se justificadamente dos próprios precedentes, superando-os total (*overruling*) ou parcialmente (*overturning*) mediante ou parcialmente (*overturning*) mediante transformação (*transformation*) ou reescrita (*overriding*) do precedente. A superação total de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua dupla coerência (congruência social e consistência sistêmica) ou a um evidente equívoco na sua solução. Quando o precedente carece de dupla coerência ou é evidentemente equivocado e os princípios básicos que sustentam a sua replicabilidade (*replicability*), o precedente deve ser superado, sob pena de estancar-se o processo de contínua evolução do Direito. Essa conjugação é tida pela doutrina como a norma básica para superação de precedentes (*basic overruling principle*).

No caso concreto aqui analisado, não há razões sociais ou fáticas que justifiquem a modificação, pelo STF, do precedente estabelecido na Petição 3.388/RR, uma vez que ele ainda mantém sua coerência social e consistência sistêmica. Portanto, a alteração no entendimento da Corte trouxe mais prejuízos do que benefícios à estabilidade e à previsibilidade, com riscos significativos à segurança jurídica e à confiança no sistema jurídico.

5. **A liberdade de conformação do legislador.** O art. 102, § 2º, da CRFB estabelece que as decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade e em ações declaratórias de constitucionalidade produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta.

A partir da exposição até aqui, é possível observar que a Lei 14.701/2023 não padece de quaisquer dos vícios de inconstitucionalidade alegados pelos autores

das ações diretas de inconstitucionalidade. O Poder Legislativo, no exercício de sua função típica de criação de normas jurídicas gerais e abstratas, não está vinculado às decisões do Supremo Tribunal Federal, ainda que tenham sido proferidas em processos de controle concentrado de constitucionalidade com eficácia *erga omnes*.

A Constituição, em seu art. 102, § 2º,¹⁷ estabelece que as decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade e em ações declaratórias de constitucionalidade produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Veja-se que essa vinculação não se estende ao Poder Legislativo no exercício de sua função normativa, que permanece autônomo para legislar independentemente das decisões do STF.

17 Ao apontar o art. 102, § 2º, da CRFB como fundamento para a não vinculação do Poder Legislativo às decisões do Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua função típica de criação de normas jurídicas gerais e abstratas, Fonteles (2018, p. 64) expende outros argumentos que sustentam essa tese, inclusive fazendo paralelos ao direito comparado; vejamos: “Embora o fundamento comumente apontado seja evitar a fossilização da Constituição, é possível indicar uma outra boa razão, pelo menos, no Brasil. Segundo o artigo 49, v, CF/88, ‘É da competência exclusiva do Congresso Nacional: sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar e os limites de delegação legislativa’. Como se vê, a Carta Magna muniu o Legislativo de uma importante ferramenta para combater a usurpação advinda do Executivo, mas não previu explicitamente um mecanismo que protegesse o Legislativo da intromissão do Judiciário. Isso porque, à época, o STF de Moreira Alves revelava uma profunda deferência pela separação dos Poderes. Logo, é crucial franquear ao Legislativo a oportunidade da voz e da vez, para tentar alterar, por meio de reações legislativas, a interpretação constitucional efetuada pelo STF. No Direito Comparado, encontramos mecanismos jurídicos que podem amenizar essa indesejada hipertrofia do Judiciário. Dentre eles, a Constituição do Canadá previu a *not with standing clause* (cláusula não obstante), pela qual o Legislativo poderia aplicar determinada norma, não obstante tal diploma estivesse em desarmonia com a Constituição (Seção 33, Carta de Direitos Canadenses de 1982). Em Israel, possibilita-se ao Parlamento (*Knesset*), desde que por um consenso maior (maioria absoluta), editar uma lei que contrarie a *Basic Law*. Ambas são formas de combater o ativismo judicial, tão caro a um país que se pretende governado pelo povo e para o povo. No Brasil, não acolhemos a cláusula *not with standing*. Sendo assim, mais do que nunca, repita-se: afigura-se imprescindível franquear ao Legislativo a oportunidade da voz e da vez, para que tenha a chance de se fazer ouvir, por meio de reações legislativas, acerca do acerto ou desacerto da interpretação constitucional efetuada pelo STF.”

A ausência de vinculação existe para evitar o fenômeno que o ministro Cezar Peluso denominou de “fossilização da Constituição”, *in verbis*:

Está visto, pois, que nosso ordenamento não estendeu ao legislador os efeitos vinculantes de decisão de inconstitucionalidade. (...) Por outro lado, tal concepção comprometeria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo este papel subalterno perante o poder incontrolável daquele, com evidente prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo. (Brasil, 2005, p. 4.)

Vincular o Poder Legislativo às decisões do STF resultaria na impossibilidade de atualizar e adequar a legislação às mudanças sociais. A flexibilidade legislativa é essencial para responder às novas demandas e às transformações da sociedade, garantindo que as normas jurídicas continuem a refletir e atender às necessidades contemporâneas.

Na doutrina, Mendes (2008, p. 166) propõe a superação de um modelo de *judicial review* forte a partir dos conceitos de “rodada procedimental” e “última palavra provisória”; vejamos:

Para que se possam conjugar as matrizes da última palavra e do diálogo, introduzo as noções de “rodada procedimental” e de “última palavra provisória”. Seu significado é simples e autoexplicativo: toda constituição prevê os caminhos para vocalização institucional de projetos coletivos e para a solução de conflitos. Esses caminhos têm um ponto de partida e, após estágios intermediários, alcançam um ponto final. Esse ponto será final, no entanto, somente dentro de uma rodada, que pode sempre ser recomeçada, indefinidamente.

Nesse sentido, Cavalcante Filho (2023, pp. 2-3), em estudo elaborado pela Consultoria Legislativa do Senado Federal, afirma que, apesar de o legislador não estar estritamente vinculado a seguir uma eventual interpretação do STF, “podendo arriscar-se a ter a lei considerada inconstitucional, ou até mesmo influenciar a mudança de entendimento do tribunal”, é recomendado “conhecer a posição do Guardião da Constituição sobre a interpretação mais apropriada do art. 231 da CF”. Destaca ainda que em uma democracia não existe a última palavra, pois pode haver reexame por todos os envolvidos, “tanto é assim, que

há muito tempo é estudado o fenômeno do efeito *backlash* (ou efeito revanche), no qual setores da sociedade se opõem a decisões judiciais, inclusive buscando meios de superá-las”.

Reafirmando sua jurisprudência, na ADI 5.105, o STF reconheceu a liberdade de conformação do legislador nos seguintes termos registrados na ementa do acórdão:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. DIREITO DE ANTENA E DE ACESSO AOS RECURSOS DO FUNDO PARTIDÁRIO ÀS NOVAS AGREMIÇÕES PARTIDÁRIAS CRIADAS APÓS A REALIZAÇÃO DAS ELEIÇÕES. REVERSÃO LEGISLATIVA À EXEGESE ESPECÍFICA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADIS 4490 E 4795, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. INTERPRETAÇÃO CONFORME DO ART. 47, § 2º, II, DA LEI DAS ELEIÇÕES, A FIM DE SALVAGUARDAR AOS PARTIDOS NOVOS, CRIADOS APÓS A REALIZAÇÃO DO PLEITO PARA A CÂMARA DOS DEPUTADOS, O DIREITO DE ACESSO PROPORCIONAL AOS DOIS TERÇOS DO TEMPO DESTINADO À PROPAGANDA ELEITORAL GRATUITA NO RÁDIO E NA TELEVISÃO. LEI Nº 12.875/2013. TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS. ARRANJO CONSTITUCIONAL PÁTRIO CONFERIU AO STF A ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA (VIÉS FORMAL) ACERCA DAS CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE SUPREMACIA JUDICIAL EM SENTIDO MATERIAL. JUSTIFICATIVAS DESCRITIVAS E NORMATIVAS. PRECEDENTES DA CORTE CHANCELANDO REVERSÕES JURISPRUDENCIAIS (ANÁLISE DESCRITIVA). AUSÊNCIA DE INSTITUIÇÃO QUE DETENHA O MONOPÓLIO DO SENTIDO E DO ALCANCE DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE SUPERAÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA PELO CONSTITUINTE REFORMADOR OU PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE DE AS INSTÂNCIAS POLÍTICAS AUTOCORRIGIREM-SE. NECESSIDADE DE A CORTE ENFRENTAR A DISCUSSÃO JURÍDICA SUB JUDICE À LUZ DE NOVOS FUNDAMENTOS. PLURALISMO DOS INTÉRPRETES DA LEI FUNDAMENTAL. DIREITO CONSTITUCIONAL FORA DAS CORTES. ESTÍMULO À ADOÇÃO DE POSTURAS RESPONSÁVEIS PELOS LEGISLADORES. STANDARDS DE ATUAÇÃO DA CORTE. EMENDAS CONSTITUCIONAIS DESAFIADORAS DA JURISPRUDÊNCIA RECLAMAM MAIOR DEFERÊNCIA POR PARTE DO TRIBUNAL, PODENDO SER INVALIDADAS SOMENTE NAS HIPÓTESES DE ULTRAJE AOS LIMITES INSCULPIDOS NO ART. 60, CRFB/88. LEIS ORDINÁRIAS QUE COLIDAM FRONTALMENTE COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE (LEIS IN YOUR FACE) NASCEM PRESUNÇÃO IURIS TANTUM DE INCONSTITUCIONALIDADE, NOTADAMENTE QUANDO A DECISÃO ANCORAR-SE EM CLÁUSULAS

SUPERCONSTITUCIONAIS (CLÁUSULAS PÉTREAS). ESCRUTÍNIO MAIS RIGOROSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ÔNUS IMPOSTO AO LEGISLADOR PARA DEMONSTRAR A NECESSIDADE DE CORREÇÃO DO PRECEDENTE OU QUE OS PRESSUPOSTOS FÁTICOS E AXIOLÓGICOS QUE LASTREARAM O POSICIONAMENTO NÃO MAIS SUBSISTEM (HIPÓTESE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA LEGISLATIVA). 1. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscênticas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. 2. O princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribua, com suas capacidades específicas, no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República. 3. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. 4. Os efeitos vinculantes, ínsitos às decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, não atingem o Poder Legislativo, *ex vi* do art. 102, § 2º, e art. 103-A, ambos da Carta da República. 5. Consectariamente, a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (i.e., promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (i.e., edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal. (...). (Brasil, 2015.)

Todos esses precedentes evidenciam que as decisões do STF não representam um veredito final e irrevogável sobre determinadas questões ou sobre a

forma como certos assuntos devem ser tratados pelo Estado. Em vez de um ponto-final, as decisões do STF funcionam mais como um ponto e vírgula, sinalizando a possibilidade de que os entendimentos possam ser revisados e a legislação possa ser aperfeiçoada. Tal flexibilidade é essencial para a adaptação contínua das normas jurídicas às transformações sociais, permitindo que o ordenamento jurídico evolua e se mantenha em consonância com os anseios e com as demandas sociais.

Dessa forma, a decisão proferida pelo STF no RE 1.017.365/sc não vincula o Poder Legislativo, nem mesmo torna a Lei 14.701/2023 inconstitucional. Tal postura reafirma a abertura dialógica entre os poderes e a possibilidade de correções legislativas que se façam necessárias, assegurando que o processo legislativo possa responder de maneira eficaz e dinâmica às mudanças e às necessidades sociais.

A Lei 14.701/2023, por sua vez, é uma legislação hígida e completa, que não pode ser considerada inconstitucional simplesmente porque trata o tema de maneira diversa ao entendimento do STF proferido em 2023 que modificou inclusive sua própria jurisprudência consolidada na Petição 3.388/RR. A flexibilidade legislativa é essencial para permitir que o Parlamento responda de forma eficaz às mudanças sociais, sendo certo que as decisões do STF não devem restringir indevidamente essa capacidade legislativa. Portanto, a decisão do STF no RE 1.017.365/sc não tem o poder de, por si só, invalidar a Lei 14.701/2023, reforçando-se a necessidade de respeitar a autonomia do Poder Legislativo no processo de elaboração normativa.

Portanto, não há inconstitucionalidade material na Lei 14.701/2023, especialmente na previsão de marco temporal estabelecida no art. 4º e nos arts. 9º e 11. A legislação visa a equilibrar bens constitucionais de mesma envergadura ao promover a segurança jurídica e a unidade do ordenamento, além de se preocupar com a pacificação dos conflitos. Nesse sentido, foram estabelecidos critérios objetivos e garantias que asseguram compensações justas e previsíveis, respeitando os direitos tanto dos povos indígenas quanto dos produtores rurais, promovendo a estabilidade e a confiança nas instituições.

Conclusão

Do exposto no presente artigo conclui-se que: (a) a data de 5 de outubro de 1988 como marco temporal para a ocupação de terras indígenas foi reafirmada no julgamento da Petição 3.388/RR pelo STF, a partir de uma leitura do próprio texto da Constituição; (b) ainda que o legislador não seja constitucionalmente obrigado a adotar os entendimentos do Supremo Tribunal Federal (art. 102, § 2º, da Constituição), o processo legislativo que culminou na aprovação da Lei 14.701/2023 observou o conceito de marco temporal da ocupação indígena conforme à interpretação do art. 231 da Constituição dada pelo jurisprudência até então pacífica do STF e adotada pelo Poder Executivo com a aprovação, pelo presidente da República, do Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU; (c) estabilidade e previsibilidade, com riscos significativos à segurança jurídica e à confiança no sistema jurídico; (d) a abrupta modificação, pelo STF, do entendimento consolidado sobre o marco temporal, no julgamento do RE 1.017.365/SC (Tema 1.031 da lista de Repercussão Geral), compromete a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade tendo em vista que não há razões sociais ou fáticas que justifiquem a modificação do precedente estabelecido na Petição 3.388/RR, que ainda mantém sua coerência social e consistência sistêmica; (e) é necessário superar o debate em torno do tema, com o objetivo de garantir o equilíbrio entre a proteção dos direitos dos povos indígenas e o respeito aos direitos de propriedade e situações já consolidadas, especialmente aquelas com títulos legítimos emitidos pelo Estado.

Referências

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 650*. Publicação do enunciado: 31/10/2003. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1634>. Acesso em: 15 out. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 2.617*, rel. min. Cezar Peluso. Julgamento: 23/2/2005 Publicação: 20/5/2005. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur94986/false>. Acesso em: 15 out. 2024.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 490, de 2007*. Autor: Deputado Homero Pereira. Apresentação: 20/3/2007. Disponível em <https://www>.

- camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345311&fichaAmigavel=nao. Acesso em: 23 out. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 3.388/RO*, rel. min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgamento: 19/3/2009. Publicação: 1º/7/2010. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180136/false>. Acesso em: 15 out. 2024.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 6.818, de 2013*. Autor: Deputado Geraldo Simões. Apresentação: 25/11/2013. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=602021>. Acesso em: 23 out. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração na Petição 3.388/RO*, rel. min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento: 23/10/2013. Publicação: 4/2/2014. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur253721/false>. Acesso em: 15 out. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança 29.087/DF*, rel. min. Ricardo Lewandowski. 2ª Turma. Julgamento: 16/9/2014. Publicação: 14/10/2014. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur280522/false>. Acesso em: 15 out. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança 29.542/DF*, rel. min. Cármen Lúcia. 2ª Turma. Julgamento: 30/9/2014. Publicação: 13/11/2014. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur284414/false>. Acesso em: 15 out. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário 803.462/MS*, rel. min. Teori Zavascki. 2ª Turma. Julgamento: 9/12/2014. Publicação: 12/2/2015. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur291967/false>. Acesso em: 15 out. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Proposta de Súmula Vinculante 92*, rel. min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 24/9/2015. Publicação: 29/9/2015. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307810842&text=.pdf>. Acesso em: 15 out. 2024.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União; Controladoria-Geral da União. *Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU*. Publicação: 20/7/2017. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AGU/PRC-GMF-05-2017.htm. Acesso em: 23 out. 2024.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer do Relator 1 CCJC/2018 no Projeto de Lei*

- 490, de 2007. Relator: Deputado Jerônimo Goergen. Apresentação: 10/4/2018. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1650047&filename=Tramitacao-PL%20490/2007. Acesso em: 23 out. 2024.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer do Relator 4 CCJC/2021 no Projeto de Lei 490, de 2007*. Relator: Deputado Arthur Oliveira Maia. Apresentação: 12/5/2021. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2009613&filename=Tramitacao-PL%20490/2007. Acesso em: 23 out. 2024.
- BRASIL. Senado Federal. *Parecer do Relator CRA/2023 no Projeto de Lei 2.903, de 2023*. Relatora: Senadora Soraya Thronicke. Apresentação: 8/8/2023. Disponível em <file:///C:/Users/iasmi/Downloads/rendition-principal-sf239269922758-1.pdf>. Acesso em: 23 out. 2024.
- BRASIL. Senado Federal. *Parecer do Relator CCJ/2023 no Projeto de Lei 2.903, de 2023*. Relator: Senador Marcos Rogério. Apresentação: 13/9/2023. Disponível em <file:///C:/Users/iasmi/Downloads/rendition-principal-sf232487517356.pdf>. Acesso em: 23 out. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 1.017.365/SC*, rel. min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgamento: 27/9/2023. Publicação: 15/2/2024. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur495534/false>. Acesso em: 15 out. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 87*, rel. min. Gilmar Mendes. Decisão monocrática. Julgamento: 22/4/2024. Publicação: 23/4/2024. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1516751/false>. Acesso em: 15 out. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.105*, rel. min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento: 1º/10/2015. Publicação: 15/3/2016. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur342540/false>. Acesso em: 15 out. 2024.
- BULOS, Uadi Lemmêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. “Marco Temporal” das Terras Indígenas e a discussão de aspectos jurídicos do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Junho 2023 (Texto para Discussão nº 318). Disponível em www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 14 out. 2024.
- FONTELES, Samuel Sales. *Direito e Backlash*. 2018. 172 f. Dissertação (Mestrado

- em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018.
- HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). *The Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese de Doutorado – Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- NASCIMENTO, Roberta Simões. O argumento da intenção do legislador: anotações teóricas sobre uso e significado. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 232, p. 167-193, out.-dez. 2021. Disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p167. Acesso em: 14 out. 2024.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm; 2017.
- PEIXOTO, Ravi. A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais: em busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. *Civil Procedure Review*, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 41-74, 2018. Disponível em <https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/view/171>. Acesso em: 14 out. 2024.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.
- TV SENADO. *Direitos indígenas na Constituinte*. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=L42V7OA2d0U>. Acesso em: 15 out. 2024.

POSFÁCIO

No começo, era o povo. Não há outro começo de uma sociedade, país ou Estado. As coisas sempre começam com o povo, e com o povo apenas. Instituição alguma e administração alguma preexistem ao povo.

É feliz, nesse sentido, a expressão de Abraham Lincoln: a democracia é um governo *do povo, pelo povo e para o povo*.

O governo é do povo e pelo povo em virtude da atuação plural do Poder Legislativo; e para o povo por meio da administração pública incumbida ao Executivo.

O Executivo está submetido ao controle do Legislativo, e nunca o oposto, justamente em razão da expressividade democrática do Parlamento, transmissor da *vox populi*. O Poder *do povo, pelo povo* fiscaliza se está mesmo havendo um governo *para o povo*.

Imbuído dessa competência, a história do Senado Federal, como Casa do Povo e da Federação, confunde-se com a própria história da República e da democracia no Brasil. Com sua composição paritária entre os estados e suas competências constitucionais, o Senado desempenha um papel fundamental na revisão das propostas legislativas, no equilíbrio entre as diferentes esferas de governo e na representação equitativa das unidades federativas.

Os senadores são, em essência, a Federação personalizada.

Vislumbramos a importância das prerrogativas, da irrestrita liberdade de expressão da tribuna e da imunidade parlamentar como salvaguardas da inde-

pendência da República. A defesa das prerrogativas e do exercício pleno das funções constitucionais dos senadores é uma proteção à própria Federação.

A partir disso, a salvaguarda desses elementos permite que os parlamentares possam exercer suas funções constitucionais sem temor de represálias ou pressões indevidas. Como reflexo, reitera uma garantia fundamental da Democracia.

Os senadores são os guardiões da República, e a advocacia parlamentar é o escudo que os protege, assegurando o respeito à sua investidura.

É, portanto, com grande honra que escrevemos este posfácio para o manuscrito de *Pilares do Poder Legislativo*, uma iniciativa louvável em celebração aos 30 anos da Advocacia do Senado Federal (ADVOSF). A Associação Nacional dos Procuradores e Advogados do Poder Legislativo (ANPAL) tem acompanhado *pari passu* a crescente relevância da advocacia especializada no âmbito do Poder Legislativo – e esta obra é um marco que consolida a importância da defesa intransigente das prerrogativas do Parlamento e de seus membros.

Repletos de entusiasmo, vemos a crescente estruturação de uma advocacia especializada para os assuntos do Poder Legislativo, não apenas no âmbito federal, mas também nas assembleias legislativas e câmaras municipais. As procuradorias especializadas, com sua expertise em direito constitucional e parlamentar, têm se tornado peças-chave na defesa da autonomia e independência do Poder Legislativo, ainda mais em um contexto de crescente judicialização da política e ativismo judicial.

O combate acadêmico – e a defesa doutrinária do Parlamento e do respeito à sua atuação – é imprescindível para fazer frente à hipertrofia de teses acadêmicas de vanguarda que violam o núcleo de prerrogativas do Parlamento e usurpam suas atribuições legislativas. Nesse cenário, o brilhantismo dos textos, apesar de quase ofuscarem os olhos de quem os lê, reserva uma clareza que, como um holofote, traduz-se como instrumento valioso para a compreensão do papel fundamental dos advogados parlamentares na defesa jurídica e acadêmica do Poder Legislativo e de suas prerrogativas.

Indubitavelmente, os materiais se entrelaçam de modo a compor uma imagem vívida da democracia representativa, a qual, apesar de se renovar em harmonia com as mutáveis e cambiantes demandas sociais, mantém inabaláveis, em sua fundação, os pilares democráticos que sustentam e resguardam a sociedade brasileira.

Parabenizamos todos os advogados por compartilharem seus conhecimentos

e experiências nas mais diversas searas do direito, em um manuscrito que, certamente, contribuirá para o fortalecimento das instituições nacionais. A compreensão do papel do Senado é indissociável da galhardia atribuída à advocacia pública enquanto defensora de um Parlamento autônomo, independente e capaz de lutar na linha de frente jurídica e acadêmica para preservar prerrogativas.

Esta iniciativa inspirará a criação de novas obras e propiciará a extensão do debate sobre a importância da advocacia pública na consolidação de um Parlamento apto a exercer suas funções constitucionais com afinco.

Por fim, é fato imutável que o compilado será objeto de novas visitas, nos próximos anos, daqueles que finalizaram o livro, numa atividade constante de redescobrimento do Senado enquanto elemento estabilizador da República. Que a cúpula côncava da Câmara Alta seja sempre pautada na ponderação e no equilíbrio, de modo a lembrarmos sempre que Povo e Federação são acolhidos no Senado Federal.

*Diretoria da Associação Nacional dos Procuradores
e Advogados do Poder Legislativo (ANPAL)*

Secretaria de Editoração e Publicações

Rafael André Vaz Chervenski
Diretor

Luiz Carlos da Costa
Coordenador-Geral

Ricardo Abril Marinho
Assessor Técnico

Rodrigo César de Melo Barbosa
Gestor de Atendimento

Tatiana Nassif Derze
Coordenadora de Pré-Impressão

André Said de Lavor
Coordenador de Impressão

André Luiz Rodrigues Santana
Coordenador de Acabamento e Expedição

Lara Luiza Rocha Scherzer Polesso
Coordenadora de Edições Técnicas

Márcio de Holanda Meireles Viana
Gestor de Produção



Se o Poder Legislativo é a espinha dorsal da democracia, responsável pela estruturação das normas mais essenciais que regem a sociedade brasileira, sem dúvidas o assessoramento técnico e jurídico prestado pelos advogados e advogadas do Senado Federal assume um papel de destaque nesta Casa de Leis, dando suporte e servindo de base à infraestrutura que sustenta os diversos processos legislativos.

O livro *Pilares do Poder Legislativo* oferece uma perspectiva única, combinando a base teórica sólida, advinda da formação qualificada, com a experiência prática dos autores — profissionais talentosos, dedicados e competentes, cada um com sua vivência e expertise —, que atuam na defesa desta Casa Legislativa e de seus membros. O livro honra o papel essencial desempenhado pelos advogados e advogadas do Senado Federal.

Senador Rodrigo Pacheco



BAIXE GRATUITAMENTE
ESTE LIVRO EM SEU CELULAR

