

ISSN 3085-8321

PLENÁRIO

Revista Jurídica da Câmara dos Deputados
volume 1 _ número 1 _ jan./jun. 2025

 edições
câmara

 CÂMARA DOS
DEPUTADOS

Câmara dos Deputados
57ª Legislatura | 2023–2027

Presidente: **Hugo Motta**

1º Vice-Presidente: **Altineu Côrtes**

2º Vice-Presidente: **Elmar Nascimento**

1º Secretário: **Carlos Veras**

2º Secretário: **Lula da Fonte**

3ª Secretária: **Delegada Katarina**

4º Secretário: **Sergio Souza**

Suplentes de secretários

1º Suplente: **Antonio Carlos Rodrigues**

2º Suplente: **Paulo Folletto**

3º Suplente: **Dr. Victor Linhalis**

4º Suplente: **Paulo Alexandre Barbosa**

Secretário-Geral da Mesa: **Lucas Ribeiro Almeida Júnior**

Diretor-Geral: **Celso de Barros Correia Neto**

PLENÁRIO

Revista Jurídica da Câmara dos Deputados

ISSN 3085-8321

Brasília, volume 1, número 1, p. 1-365, jan./jun. 2025



Câmara dos Deputados

Diretoria-Geral: Celso de Barros Correia Neto

Consultoria-Geral: José Evande Carvalho Araujo

Centro de Documentação e Informação: João Luiz Pereira Marciano

Coordenação Edições Câmara: Ana Lígia Mendes

Edição: Rachel De Vico e Izadora Sales

Preparação de originais: Seção de Revisão/Coordenação Edições Câmara

Revisão: Danielle Ribeiro

Projeto gráfico: Patrícia Weiss

Diagramação: Luiz Eduardo Maklouf

Foto da capa: acervo da Câmara dos Deputados

Linha Estudos e Debates.

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
Coordenação de Biblioteca. Seção de Catalogação.
Bibliotecária: Fabyola Lima Madeira – CRB1: 2109

Plenário [recurso eletrônico]: revista jurídica da Câmara dos Deputados / Câmara dos Deputados. – Vol. 1, n. 1 (jan./jun. 2025) - .
-- Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2025-

Semestral.

Modo de acesso: revistaplenario.camara.leg.br

Disponível, também, em formato impresso.

ISSN 3085-8321

1. Poder legislativo, Brasil, periódico. 2. Direito. 3. Sociedade (Ciências Sociais). I. Brasil. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados.

CDU 342.52(81)

ISSN 3085-8321

Direitos reservados e protegidos pela Lei nº 9.610, de 19/2/1998.

Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer meio sem prévia autorização da Câmara dos Deputados, exceto nos casos de breves citações, desde que indicada a fonte.

Venda exclusiva pela Edições Câmara.

Câmara dos Deputados

Centro de Documentação e Informação – Cedi

Coordenação Edições Câmara – Coedi

Palácio do Congresso Nacional – Anexo 2 – Térreo

Praça dos Três Poderes – Brasília (DF) – CEP 70160-900

Telefone: (61) 3216-5833

livraria.camara.leg.br

Revista Plenário

A *Plenário* – Revista Jurídica da Câmara dos Deputados é um periódico acadêmico-científico criado pela Casa em 2024, com periodicidade semestral, publicado em formato físico e digital, com o intuito de divulgar textos científicos das mais diversas áreas do direito acerca de questões que envolvem o Poder Legislativo, o processo legislativo, a legística, o direito parlamentar e a relação entre os três Poderes da República na ação legiferante, com o objetivo de contribuir para a análise dos grandes temas em discussão no Congresso Nacional por meio do incentivo à pesquisa científica e ao debate jurídico de qualidade.

Foco e escopo

A *Plenário* possui como escopo publicar artigos acadêmico-científicos inéditos, resultantes de pesquisas teóricas e empíricas nas mais diversas áreas do direito sobre o Poder Legislativo, o processo legislativo, a legística, o direito parlamentar e a relação entre os três Poderes da República na ação legiferante.

Editor-chefe

José Evande Carvalho Araujo

Editores-adjuntos

Mariana Barros

José Trindade Monteiro Neto

Secretaria executiva

Julia Mendes Montoya Lazo

Equipe técnica

Ana Lígia Mendes

Inaldo Barbosa Marinho Júnior

Rachel Malheiros Gonçalves De Vico

Rubens Foizer Filho

Conselho editorial

Antonio de Moura Borges – *Universidade de Brasília (UnB), Distrito Federal, Brasil.*

Ariane Guimarães – *Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Distrito Federal, Brasil.*

Bruno Dantas Nascimento – *Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, Brasil.*

Celso de Barros Correia Neto – *Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Distrito Federal, Brasil.*

Denise Lucena Cavalcante – *Universidade Federal do Ceará (UFC), Ceará, Brasil.*

Dominique Rousseau – *Universidade Paris 1 Pantheon-Sorbonne, Paris, França.*

Fausto Santos de Morais – *Faculdade Meridional, Rio Grande do Sul, Brasil.*

Fernando Dias Menezes de Almeida – *Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, Brasil.*

Francisco Balaguer Callejón – *Universidade de Granada (UGR), Granada, Espanha.*

Gabriel Ivo – *Universidade Federal de Alagoas (Ufal), Alagoas, Brasil.*

Gilmar Mendes – *Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Distrito Federal, Brasil.*

Gustavo da Gama Vital de Oliveira – *Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, Brasil.*

Heleno Taveira Torres – *Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, Brasil.*

João Paulo Bachur – *Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Distrito Federal, Brasil.*

João Ricardo Catarino – *Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal.*

José Levi Mello do Amaral Junior – *Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, Brasil.*

José Roberto Rodrigues Afonso – *Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Distrito Federal, Brasil.*

Léo Ferreira Leony – *Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, Brasil.*

Marilda de Paula Silveira – *Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Distrito Federal, Brasil.*

Melina Rocha – *Universidade Sorbonne Nouvelle - Paris 3, Paris, França.*

Misabel Derzi – *Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Minas Gerais, Brasil.*

Newton Tavares Filho – *Universidade Paris 1 Pantheon-Sorbonne, Paris, França.*

Paulo Gonet Branco – *Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Distrito Federal, Brasil.*

Raúl Gustavo Ferreyra – *Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA), Buenos Aires, Argentina.*

Vitalino Canas – *Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal.*

Xavier Philippe – *Universidade Paris 1 Pantheon-Sorbonne, Paris, França.*

Acesse a revista: revistaplenario.camara.leg.br

Contato: revista.juridica@camara.leg.br

- 9** **Apresentação**
Hugo Motta
- 11** **Nota ao primeiro volume**
Celso de Barros Correia Neto
- 13** **Editorial**
José Evande Carvalho Araujo
- 19** **A observância da Constituição Federal tendo como corolário uma produção legislativa mais eficaz e menos afeita aos controles de constitucionalidade**
Marcos Antonio Pereira
- 41** **Inteligência artificial: promessas, riscos e regulação. Algo de novo debaixo do sol**
Luís Roberto Barroso
Patrícia Perrone Campos Mello
- 87** **Foro por prerrogativa de função: oscilações jurisprudenciais**
Gilmar Ferreira Mendes
- 103** **Vetores constitucionais da propriedade intelectual**
José Antonio Dias Toffoli
Walter Godoy dos Santos Jr.
- 121** **Equilíbrio institucional brasileiro: o papel da Advocacia-Geral da União na relação entre os três Poderes da República**
Jorge Rodrigo Araújo Messias
- 139** **Diálogos institucionais e controle de constitucionalidade: caminhos para interpretação do inciso X do art. 52 da Constituição Federal**
Bruno Dantas
Guilherme Mazarello
- 155** **Elaboração e desafios iniciais da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**
Antonio Augusto Junho Anastasia
Flávio Henrique Unes Pereira
- 175** **Candidaturas avulsas à Presidência da Câmara dos Deputados: entre o princípio constitucional da proporcionalidade partidária e a consolidação do costume parlamentar**
Bruno Ávila da Mata Sampaio
Lucas Ribeiro Almeida Júnior
Maxuel Christian da Silva Machado

193 Consultoria jurídica e representação judicial do Poder Legislativo: a experiência da Advocacia da Câmara dos Deputados

Jules Queiroz

221 Barreiras de gênero na Polícia Militar: entre o paternalismo, a eficiência e a inconstitucionalidade

Mariana B. Barreiras

251 El Señor Monopresidente

Raúl Gustavo Ferreyra

271 Competência compartilhada, o desenho do Comitê Gestor do IBS e a constitucionalidade da EC n. 132/2023: considerações a partir da interseção entre federalismo fiscal, autonomia e representação territorial no Estado federal

Raquel de Andrade Vieira Alves

299 O ICMS e o diálogo constitucional entre Poder Judiciário e Poder Legislativo

Gustavo da Gama Vital de Oliveira

321 Reelegibilidade nas Mesas Diretoras do Poder Legislativo à luz da nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Fabício Juliano Mendes Medeiros

339 A evolução da “legalidade” aplicada aos atos administrativos e legislativos: tendência de abandono da lógica da nulidade em favor da lógica da anulabilidade

Fernando Menezes de Almeida

361 Manual do autor

Apresentação

É com grande satisfação que entregamos aos leitores esta publicação composta por ampla variedade de textos acadêmicos que discutem, numa perspectiva jurídica, as grandes questões que perpassam os trabalhos do Congresso Nacional.

A revista *Plenário*, como vemos neste número inaugural, vem preencher uma lacuna significativa ao possibilitar que a Câmara dos Deputados passe a dispor de um veículo de reflexão jurídica já presente nos demais Poderes da República.

Ao abrir espaço para que estudiosos de renome analisem de forma crítica e independente o trabalho legiferante, esta revista contribui para fortalecer o Parlamento como centro dos debates no país, pois o crivo científico confere maior confiabilidade às informações presentes no substrato dos embates que constituem a essência mesma do Legislativo.

Aqui são analisadas tanto questões pontuais, relativas ao trabalho dos parlamentares, quanto discussões de cunho filosófico e hermenêutico que transcendem a dogmática jurídica.

A abordagem multidisciplinar oferecida pela revista *Plenário* cria um espaço altamente qualificado para discussões relevantes à compreensão dos rituais e procedimentos que permeiam a atividade parlamentar e constituem a base da democracia brasileira.

Esperamos, com esta publicação, oferecer a pesquisadores e ao público em geral uma visão consistente e abrangente do pensamento jurídico-científico que discute o processo em que são propostas, discutidas e aprovadas as leis, no contexto das relações institucionais estabelecidas pela Constituição Federal.

A publicação chega em boa hora e servirá de farol para navegarmos nas águas tortuosas da sociedade da informação em que estamos inseridos.

Hugo Motta

Presidente da Câmara dos Deputados

A ideia de propor uma revista jurídica para a Câmara dos Deputados surge de uma necessidade eminentemente prática. Parte da percepção de que faltam ainda no Brasil espaços dedicados ao debate de temas legislativos, numa perspectiva jurídica, especialmente no que se refere às matérias de interesse – interesse público, aliás – da Câmara dos Deputados.

Trata-se de uma visão *jurídica* sobre temas legislativos, não necessariamente *judicial*. Na prática forense e na literatura jurídica brasileira, não raro, uma perspectiva aparece reduzida à outra e ambas se confundem, como se não houvesse direito fora da produção dos tribunais. Dessa forma, institutos e instrumentos legislativos, quando não são relegados ao estudo apenas por outros saberes – notadamente a ciência política –, são objeto de análise dogmática apenas no tocante aos elementos que se prestam ao controle judicial, mas pouco estudados e compreendidos em sua dinâmica interna, do ponto de vista do próprio Poder Legislativo.

É muito conhecida a afirmação do ministro Victor Nunes Leal na qual comparava a elaboração legislativa à guarda de explosivos, tal a gravidade das consequências da imprevisão e da imperícia de quem redige atos normativos. O alerta consta em artigo publicado em 1945, intitulado “Problemas de técnica legislativa”, o qual, como o próprio nome indica, trata de como fazer boas leis, da boa técnica legislativa, isso que hoje, com algum esforço de simplificação, podemos chamar de “legística”.¹

Naquela altura, há oitenta anos, Nunes Leal conclamava, então, os “juristas brasileiros mais qualificados” para que procurassem “sistematizar os preceitos recomendáveis para a elaboração de leis utilizando a própria e a experiência alheia”. E apresentava diversas reflexões e recomendações sobre o fazer legislativo, especialmente no que se refere à participação do jurista, como técnico, nesse processo que é essencialmente político, no melhor sentido do termo, sujeito às circunstâncias e expectativas da sociedade.

É inevitável lembrarmos-nos desse estudo clássico por ocasião do lançamento do primeiro número desta revista. O periódico que hoje nasce tem também esse propósito de fomentar as discussões nacionais sobre Poder Legislativo, processo legislativo, legística, direito parlamentar e relação entre os três Poderes da República na ação legiferante, com o

1 LEAL, Vitor Nunes. Problema de técnica legislativa. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 429-447, 1945. DOI: 10.12660/rda.v2.1945.8211. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/8211>. Acesso em: 3 abr. 2025.

objetivo de contribuir para a análise dos grandes temas em discussão no Congresso Nacional por meio do incentivo à pesquisa científica e ao debate jurídico sobre essas matérias.

É uma missão que decerto não se esgota no estudo de ritos procedimentais nem no plano da técnica legislativa. Representa muito mais. Propor um novo periódico acadêmico é criar um espaço para reflexão e um convite para o diálogo, um desafio especialmente grande em tempos líquidos e tão complexos como esses que experimentamos.

Tribunas, câmeras e microfones da Câmara dos Deputados concorrem, na atualidade, com tantos outros dispositivos espalhados por múltiplas instâncias virtuais e redes sociais, aptas a transformar cada fragmento do debate legislativo em espetáculo digital “*viralizável*”. O eleitor, por sua vez, espera do Legislativo respostas em tempo real e explicações que caibam em poucas dezenas de caracteres e em alguns segundos de vídeo, soluções rápidas para questões profundas, históricas e multifacetadas. Assim, perdemos a capacidade de escutar o outro com a atenção e a empatia de quem se preocupa em compreender o diferente.

Nesse quadro institucional, parece ainda mais importante fomentarem-se espaços de discussão acadêmica para compreender e refletir sobre o papel atual do Poder Legislativo, inserido nesse horizonte de complexidade, na sociedade de informação, apressada, ansiosa, tecnicista e hiperconectada como essa em que vivemos.

Esta publicação representa essencialmente um amplo convite a esse debate plural, sério e franco – com a liberdade que um espaço acadêmico proporciona – sobre forma e mérito, sempre em busca da criação de consensos e da reflexão jurídica sobre o Brasil construído no Parlamento. Eis também o porquê do nome escolhido: *Plenário*, o locus principal de deliberação legislativa da Câmara dos Deputados, seu espaço mais nobre, onde se decidem o presente e o futuro do país.

A julgar pela qualidade dos textos da primeira edição, o propósito desta revista já está atendido. Espera-se agora que este periódico possa ter tantos outros números e volumes, com textos acadêmicos que congreguem esforços para construir um pensamento jurídico robusto voltado ao Poder Legislativo brasileiro.

Celso de Barros Correia Neto
Diretor-Geral da Câmara dos Deputados

Há cerca de um ano, recebi do diretor-geral da Câmara dos Deputados, Celso de Barros Correia Neto, o desafio de ser o editor-chefe de uma revista acadêmico-jurídica a ser patrocinada pela Câmara dos Deputados, voltada a discutir temas afeitos ao Poder Legislativo.

Aceito o desafio, encontrei uma equipe dedicada que já havia desenhado com maestria toda a estrutura do periódico. Dentre os poucos ajustes a serem feitos, decidimos atribuir a etapa de seleção de artigos para publicação à Consultoria-Geral, órgão que dirige as atividades de consultoria e assessoramento institucional unificado da Câmara dos Deputados, e a etapa de preparação, revisão e publicação à Edições Câmara.

Partimos, então, para a concretização deste projeto, que hoje inauguramos. A escolha do nome da revista mereceu intensas discussões, com participação do então presidente da Casa, Arthur Lira, a quem coube o voto de minerva. O título escolhido ao final foi *Plenário – Revista Jurídica da Câmara dos Deputados*.

O substantivo “plenário” traz, na essência, o propósito da revista. Além da referência imediata ao Plenário da Câmara dos Deputados, principal órgão responsável pelos debates e decisões da Casa Legislativa, a palavra traz também a imagem de local de reunião em assembleia da totalidade dos representantes do povo interessados na discussão. E é esse local de acolhimento de todas as ideias sobre assuntos correlatos ao Parlamento, abordadas de forma científica, que o periódico pretende propiciar.

Trata-se de lacuna que há muito precisava ser suprida. Somente a Câmara dos Deputados, dentre os órgãos que compõem os Poderes da República, não possuía revista científica de caráter geral. A Presidência da República edita a *Revista Jurídica da Presidência*; o Supremo Tribunal Federal, a *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*; e o Senado Federal, a *Revista de Informação Legislativa*. Por sua vez, a Câmara dos Deputados possui a revista eletrônica *E-Legis*, periódico relevante, mas vinculado às especificidades de seu Programa de Pós-Graduação. Além disso, faltam revistas jurídicas voltadas a temas legislativos. Dentre os periódicos citados, apenas o da Presidência e o do Supremo são jurídicos, mas não focam exclusivamente questões que envolvem o Poder Legislativo e suas particularidades.

Desde a redemocratização do país, os Poderes Legislativo e Judiciário ganharam relevância e equilibraram progressivamente sua importância com o outrora preponderante Poder Executivo. Apesar de o exercício do

poder pelas três esferas trazer a cada dia mais consequências sociais, econômicas e jurídicas, as reflexões jurídicas têm se concentrado na aplicação do direito, não na sua criação. Relega-se, assim, o fazer legislativo ao âmbito político, devendo a vontade do legislador soberano ser revelada por meio da interpretação dos aplicadores das leis, em regra no âmbito dos Poderes Executivo e Judiciário.

Nesse contexto, escasseiam discussões jurídicas sobre o fazer legislativo, tanto no âmbito formal – como, por exemplo, quanto aos ritos dos processos legislativo e orçamentário e quanto à técnica legislativa – quanto no material – como, por exemplo, quanto à efetividade, à eficácia e à eficiência das políticas públicas instituídas por meio de leis, quanto à avaliação do impacto legislativo ou quanto à garantia do adequado nível de deliberação das matérias postas no Parlamento. São escassas, também, discussões nos campos conceitual e filosófico que adotem o enfoque aqui proposto, sobre temas como soberania popular, representação política, separação dos Poderes, teorias deliberativas e substanciais a respeito do devido processo legislativo e fundamentos éticos, políticos e sociais do orçamento público.

Faltam debates sobre relações institucionais legislativas, como *lobby*, assessoramento institucional e participação popular; sobre órgãos parlamentares e o papel dos partidos políticos, das lideranças partidárias, das frentes parlamentares, das comissões, da Mesa e do próprio Plenário na construção do processo legislativo; sobre direitos e deveres dos parlamentares, tais como imunidades, prerrogativas e vedações; bem como sobre relações interinstitucionais, em especial na ótica parlamentar, como reações legislativas, *backlash*, diálogo institucional, e novos espaços de debate e decisão entre Poderes.

Por evidente, não se pretende compartimentar a discussão legislativa, apartando-a dos outros saberes. Nesse mundo hipercomplexo, as reflexões jurídicas exigem abordagens interdisciplinares e transversais, que envolvem tanto os demais ramos do direito quanto outras ciências, como economia, ciências sociais, administração pública, psicologia, entre outras.

A revista *Plenário* pretende ser *locus* de discussão desses e de outros temas correlatos, submetidos ao rigor científico dos autores e validados após revisão pelos pares. Em tempos em que o debate público tem sido informado por discussões superficiais, por meras opiniões infundadas ou até mesmo por notícias falsas, as revistas científicas mostram-se ainda mais

importantes na construção do conhecimento necessário para embasar decisões corretas e bem fundamentadas. Nesse sentido, uma revista científica jurídica sobre temas legislativos incentivará a produção do conhecimento que aperfeiçoe o debate público e a elaboração de normas, de forma transparente e democrática, para bem representar a vontade popular e de fato garantir os direitos e liberdades fundamentais.

Neste primeiro número, contamos com quinze artigos de autores convidados, autoridades dos três Poderes e pesquisadores renomados que prestigiaram este volume inaugural com reflexões jurídicas sobre diversos dos assuntos aqui listados. Agradecemos sobremaneira a parceria e a coragem de acreditarem neste projeto.

O primeiro artigo, elaborado pelo deputado federal Marcos Antonio Pereira, investiga as causas que levam o legislador a produzir grande quantidade de leis que posteriormente são consideradas inconstitucionais, bem como os efeitos sociais decorrentes da insegurança jurídica provocada pelo fenômeno, que ataca a efetividade dos direitos dos cidadãos ao atingir a eficácia e a credibilidade da atuação legislativa.

O segundo artigo, escrito pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, em coautoria com a secretária de Altos Estudos da Corte, Patrícia Perrone Campos Mello, faz uma análise dos benefícios e dos riscos do uso da inteligência artificial, para, após analisar algumas propostas de regulação no Brasil e no mundo, propor diretrizes para uma legislação sobre o tema.

O terceiro artigo, da lavra de Gilmar Ferreira Mendes, ministro do Supremo Tribunal Federal, trata da evolução dos entendimentos da Suprema Corte sobre o foro criminal por prerrogativa de função de parlamentares e defende uma posição que garante o exercício de mandato eletivo sem o temor de perseguições políticas e que, ao mesmo tempo, evita o abuso de tais prerrogativas.

O quarto artigo, de autoria de José Antonio Dias Toffoli, ministro do Supremo Tribunal Federal, em coautoria com o juiz Walter Godoy dos Santos Jr., estuda os vetores constitucionais que regem a propriedade intelectual a partir da análise do Supremo Tribunal Federal sobre o tema e conclui que a Constituição de 1988 não apenas impõe limites à propriedade intelectual em favor do interesse comum, mas também exige a promoção do desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

O quinto artigo, escrito pelo advogado-geral da União, Jorge Rodrigo Araújo Messias, avalia o papel da Advocacia-Geral da União na relação

entre os três Poderes da República e conclui que, ao promover a juridicidade, a segurança jurídica e a cooperação interinstitucional, o órgão reforça a legitimidade da ação legislativa e contribui para a estabilidade democrática e para o equilíbrio institucional brasileiro.

O sexto artigo, concebido por Bruno Dantas, ministro do Tribunal de Contas da União, em coautoria com o professor Guilherme Mazarello, propõe uma abordagem dialógica para interpretação do dispositivo constitucional que atribui ao Senado competência para suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de servir de técnica de diálogos institucionais entre a Corte e o Parlamento, objetivando posturas minimalistas da jurisdição constitucional.

O sétimo artigo, elaborado por Antonio Augusto Junho Anastasia, ministro do Tribunal de Contas da União, em coautoria com o professor Flávio Henrique Unes Pereira, trata dos desafios na elaboração e na implementação da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021).

O oitavo artigo foi concebido em coautoria pelo Secretário-Geral da Mesa Adjunto, Bruno Ávila da Mata Sampaio, pelo Secretário-Geral da Mesa da Câmara dos Deputados, Lucas Ribeiro Almeida Júnior, e pelo consultor legislativo Maxuel Christian da Silva Machado. O estudo analisa, a partir da evolução histórica da interpretação de dispositivos constitucionais e regimentais, a compatibilidade entre o costume que permite candidaturas avulsas ao cargo de presidente da Câmara dos Deputados e a norma constitucional que estabelece a proporcionalidade partidária na composição da Mesa.

O nono artigo, elaborado pelo advogado da Câmara dos Deputados, Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva, analisa a criação e a atuação da Advocacia da Câmara dos Deputados, órgão centralizado de consultoria jurídica e representação judicial, e conclui que a existência e o bom funcionamento desse órgão contribuem para o equilíbrio institucional entre os Poderes, fortalecendo a legitimidade democrática das decisões legislativas e aprimorando a eficiência e a segurança jurídica na gestão da Câmara dos Deputados.

O décimo artigo, escrito pela diretora do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados e consultora legislativa, Mariana Barros Barreiras, discute a constitucionalidade das cláusulas de barreira nos concursos das polícias militares, sustentando

que tais dispositivos configuram discriminação injustificada com base em critérios de gênero. Defende, ainda, que a eliminação dessas limitações pode trazer benefícios tanto para as corporações quanto para a sociedade, considerando que a atuação feminina no policiamento se mostra eficaz e, geralmente, mais comprometida com o cumprimento das normas em comparação à atuação masculina.

O décimo primeiro artigo, de autoria de Raúl Gustavo Ferreyra, professor catedrático de direito constitucional da Universidade de Buenos Aires, faz uma análise crítica dos sistemas presidencialistas das constituições sul-americanas, que concentram poderes excessivos no presidente, cujo viés predominantemente autoritário determina a instabilidade, a baixa qualidade e a falta de confiança no sistema, o que exige reformas constitucionais que democratizem os poderes presidenciais.

O décimo segundo artigo, elaborado por Raquel de Andrade Vieira Alves, doutora em direito financeiro pela Universidade de São Paulo, investiga se e em que medida o exercício da competência compartilhada do Imposto sobre Bens e Serviços entre estados, Distrito Federal e municípios e a estrutura do Comitê Gestor desse tributo, como previstos na Emenda Constitucional n. 132, de 20 de dezembro de 2023, são compatíveis com o pacto federativo previsto pelo constituinte de 1988 sob a ótica da representação territorial.

O décimo terceiro artigo, escrito por Gustavo da Gama Vital de Oliveira, professor associado de direito financeiro e de direito tributário da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, investiga o diálogo constitucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo sobre temas controvertidos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços e conclui que esse diálogo proporcionou maior segurança jurídica para os contribuintes e para os entes tributantes.

O décimo quarto artigo, elaborado por Fabrício Juliano Mendes Medeiros, professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa e membro do Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral, examina a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a eleição das Mesas Diretoras do Poder Legislativo em níveis federal, estadual e municipal e projeta novos debates relacionados a essa temática, a partir das premissas jurisprudenciais recentemente fixadas pela Suprema Corte.

O décimo quinto artigo, concebido por Fernando Menezes de Almeida, professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,

analisa a evolução da interpretação do princípio constitucional da legalidade e conclui pela tendência de descolamento das noções de validade da norma jurídica e de sua conformidade à lei, o que dá abertura para que a compreensão da legalidade passe a se dar por uma lógica de anulabilidade, não mais de nulidade.

Com o lançamento deste volume inaugural, abrimos o edital para recebimento de artigos de estudiosos interessados em compartilhar seus conhecimentos neste novo espaço. Pretendemos seguir os mais rigorosos critérios da Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e indexar o periódico nas bases de dados de pesquisas mais relevantes, de modo a tornar a publicação em nossa revista atrativa aos pesquisadores nacionais e estrangeiros.

Como forma de incentivar a divulgação dos artigos publicados, providenciaremos a tradução para inglês e espanhol daqueles escritos em português, bem com a tradução dos compostos em inglês ou espanhol para português, com as versões traduzidas divulgadas apenas na modalidade digital. Tal iniciativa, inédita, ao que nos consta, em periódicos jurídicos, propiciará maior conhecimento da produção jurídica nacional no exterior, bem como estimulará autores estrangeiros a divulgar sua produção no Brasil.

Por fim, agradecemos a todos que permitiram a realização desse projeto. Em especial, ao deputado Arthur Lira, então presidente da Câmara dos Deputados quando da criação da revista, que propiciou todos os recursos necessários para concretizá-la; ao presidente Hugo Motta, que abraçou o projeto e incentivou sua realização; ao deputado Marcos Pereira, que, convidado para ser um dos autores do volume inaugural, adotou o projeto com tal entusiasmo que se tornou o “padrinho” da revista e corresponsável pelo seu sucesso; a Celso de Barros Correia Neto, diretor-geral da Casa, idealizador da iniciativa e parceiro em todas as etapas de sua realização; e à valorosa equipe de servidores da Câmara dos Deputados, que, com louvável espírito público, não poupou esforços na concepção e realização desta revista.

Desejo a todos uma excelente leitura!

José Evande Carvalho Araujo
Editor-chefe

A observância da Constituição Federal tendo como corolário uma produção legislativa mais eficaz e menos afeita aos controles de constitucionalidade

The adherence to the Federal Constitution as a foundation for more effective legislative production and reduced susceptibility to constitutionality controls

La adhesión a la Constitución Federal como base para una producción legislativa más efectiva y con menor susceptibilidad a los controles de constitucionalidad

Marcos Antonio Pereira

Deputado federal pelo Partido Republicanos. Mestre em direito constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Especialista em direito e processo penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em direito pela Universidade Paulista (Unip).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A crise de inconstitucionalidade e os dados estatísticos do STF; 3. Análise das razões para a crise de inconstitucionalidade; 4. O processo legislativo; 5. O controle de constitucionalidade dos atos normativos; 6. Causas do número crescente de inconstitucionalidades; 7. Considerações finais; Referências.

RESUMO: Este artigo abordará a inconstitucionalidade de leis brasileiras como uma das causas que levam o legislador a elaborar um *quantum* significativo de leis declaradas inconstitucionais e os efeitos daí decorrentes para a sociedade, mormente a insegurança jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de normas pelo Poder Judiciário pode trazer graves consequências quanto à efetividade dos direitos dos cidadãos, ao atingir a eficácia e a credibilidade da atuação legislativa. Nesse diapasão, constata-se que os parâmetros quanto à dinâmica dos Poderes no Brasil parecem dar sinais de máxima gravidade quando ganham dimensões alarmantes por meio do alto índice de normas que são consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, o artigo busca ampliar o espaço de debate acerca da problemática, sem pretensão de exaurir as possíveis causas de inconstitucionalidade de leis no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: inconstitucionalidade de leis; estabilidade jurídica; dinâmica dos Poderes no Brasil; crise de inconstitucionalidade; dados estatísticos do STF.

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction; 2. The Crisis of Unconstitutionality and STF Statistical Data; 3. Analysis of the Reasons for the Crisis of Unconstitutionality; 4. The Legislative Process; 5. The Judicial Review of Normative Acts; 6. Causes of the Increasing Number of Unconstitutionality; 7. Final Considerations; References.

ABSTRACT: This article addresses the unconstitutionality of Brazilian laws, examining the causes that lead legislators to produce a significant quantity of laws declared unconstitutional and the resulting effects on society, particularly legal uncertainty. The declaration of unconstitutionality by the Judiciary can have severe consequences for the effectiveness of citizens' rights, impacting the efficiency and credibility of legislative actions. In this context, the dynamics of the separation of powers in Brazil appear to show critical signs of dysfunction, reaching alarming levels with the high rate of norms deemed unconstitutional by the Federal Supreme Court. Accordingly, this study aims to broaden the debate on this issue, without intending to exhaust all possible causes of legislative unconstitutionality in Brazil.

KEYWORDS: unconstitutionality of laws; legal stability; dynamics of Powers in Brazil; crisis of unconstitutionality; statistical data of STF.

CONTENIDO: 1. Introducción; 2. La crisis de inconstitucionalidad y los datos estadísticos del STF; 3. Análisis de las razones de la crisis de inconstitucionalidad; 4. El proceso legislativo; 5. El control de constitucionalidad de los actos normativos; 6. Causas del creciente número de inconstitucionalidades; 7. Consideraciones finales; Referencias.

RESUMEN: Este artículo aborda la inconstitucionalidad de las leyes brasileñas, examinando las causas que llevan a los legisladores a producir una cantidad significativa de normas declaradas inconstitucionales y los efectos resultantes en la sociedad, particularmente la inseguridad jurídica. La declaración de inconstitucionalidad por parte del Poder Judicial puede tener graves consecuencias para la efectividad de los derechos de los ciudadanos, impactando la eficiencia y credibilidad de las acciones legislativas. En este contexto, la dinámica de la separación de poderes en Brasil parece mostrar signos críticos de disfunción, alcanzando niveles alarmantes con la alta tasa de normas consideradas inconstitucionales por el Supremo Tribunal Federal. En consecuencia, este estudio tiene como objetivo ampliar el debate sobre este tema, sin pretender agotar todas las posibles causas de la inconstitucionalidad legislativa en Brasil.

PALABRAS CLAVE: inconstitucionalidad de las leyes; estabilidad jurídica; dinámica de los Poderes en Brasil; crisis de inconstitucionalidad; datos estadísticos del STF.

1. Introdução

Este artigo tem o intuito de analisar questões teóricas e práticas que circundam a temática da inconstitucionalidade de leis brasileiras, entre as causas que levam o legislador a elaborar um *quantum* significativo de leis declaradas inconstitucionais.

O presente trabalho, portanto, propõe levar ao leitor alguns dados estatísticos que demonstram a avaliação do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação à inconstitucionalidade das leis aprovadas pelas Casas Legislativas, bem como proporcionar uma visão mais abrangente dos possíveis obstáculos que devem ser ultrapassados para se otimizar a legislação pátria e, por consequência, evitem-se inseguranças jurídicas.

A configuração de centralidade que a Constituição ocupa no ordenamento jurídico traduz a incumbência atribuída aos órgãos juridicamente responsáveis por resguardá-la. A atividade jurisdicional conferida às cortes superiores,

nomeadamente em última esfera, atribuiu-lhes a decisão final acerca da interpretação da Constituição e do ordenamento jurídico à luz desta.

Notadamente entre as particularidades relativas às sociedades contemporâneas, a pluralidade apresenta *status* singular em suas configurações organizacionais, porque reclama arranjos democráticos atuais aptos a compreender as novas expectativas quanto à participação popular e à cidadania.

Desse modo, a compreensão do sentido de Constituição é imprescindível para a clareza da abrangência de seu papel no corpo social, pois, em virtude da qualificação como “corpo vivo” que é, demanda situar-se em permanente renovação, a fim de acompanhar a evolução da sociedade.

Nesse sentido, o controle de constitucionalidade ou a jurisdição constitucional refere-se à análise de compatibilidade de determinada norma com regras e princípios constantes na Lei Maior, de forma a se assegurar estabilidade e segurança jurídica. A confrontação de leis e sua exegese em face da Constituição demonstram que esta passa a salvaguardar a própria sociedade.

Historicamente, os instrumentos de controle de constitucionalidade no Brasil foram implantados de modo progressivo, preliminarmente o controle difuso e mais timidamente o controle concentrado. A atual Constituição Cidadã de 1988 ampliou de forma significativa os meios judiciais de proteção contra inconstitucionalidades.

Em países de constituições consideradas rígidas, como o Brasil, o controle judicial das normas é fator primordial para a preservação da integridade e da unidade do sistema jurídico, especialmente no que tange à compatibilidade das leis com a ordem constitucional. O seu essencial propósito é defender a supremacia da Constituição frente às inconstitucionalidades e, em último grau, promover a disciplina do poder.

A inconstitucionalidade importa desgaste e declínio dos princípios civilizadores da convivência política e assim traduz o ponto de surgimento de todas as dissoluções da ordem legal. Nessa esteira, a função exercida pelo controle de constitucionalidade assume posição de policiar a ordem jurídica, que tem exigibilidade de expelir do sistema jurídico tudo aquilo que contradite a ordem suprema estabelecida.

Paulo Bonavides (2019, p. 387) argumenta que a estabilidade jurídica pode padecer diante das crises que o Estado constitucional perpassa: crise constitucional, crise constituinte e crise de inconstitucionalidade. Esta última se instala logo que o constituinte não consegue diferenciar o que “deve ser” do

que “pode ser”. Portanto, a crise de inconstitucionalidade traduz a própria crise constituinte, cujo formalismo sem balizas, alheio à realidade, evidencia sua desconexão com o respectivo meio.

Nesse sentido, o controle de constitucionalidade atua na proteção de direitos fundamentais, justamente por meio dos tribunais constitucionais. Sendo assim, o controle de constitucionalidade de leis faz-se basilar numa sociedade.

Por óbvio, a inconstitucionalidade acarreta graves consequências quanto à efetividade dos direitos dos cidadãos e pode atingir a efetividade e a credibilidade da atuação legislativa. Nesse diapasão, constata-se que os parâmetros quanto à dinâmica dos Poderes no Brasil parecem dar sinais de máxima gravidade quando ganham dimensões alarmantes, como demonstra o alto índice de normas consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Entre 2015 e 2018 verificou-se no Judiciário exagerado índice de leis declaradas inconstitucionais, o que demonstra não se tratar apenas de dado pontual. Os problemas na dinâmica dos Poderes no Brasil se evidenciam devido ao alto índice de normas consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Quantitativamente, as inconstitucionalidades estão majoritariamente relacionadas aos problemas de harmonia das estruturas verticais e horizontais dos Poderes.

Toda essa conjectura de coeficientes que envolvem causas em torno do cenário de inconstitucionalidades demonstra eventual desequilíbrio na democracia e pode acarretar decisões controvertidas.

Dessa forma, este artigo analisa o que ocorre no curso do processo legislativo e o corolário dos demais Poderes, a fim de identificar as causas que corroboram para tão elevada quantidade de leis declaradas inconstitucionais, não só em termos materiais, mas sobretudo em termos formais.

2. A crise de inconstitucionalidade e os dados estatísticos do STF

Como se sabe, o STF recebe ações de competência originária e de natureza recursal. Ademais, reserva a si a competência de dispor sobre a constitucionalidade das normas, sem, contudo, realizar análise do caso concreto.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), o Judiciário teve estendida sua área de atuação e por vezes é chamado a apreciar questões de políticas públicas e atos legislativos por descumprimento constitucional,

omissão das instituições competentes para o trato do ato, posturas ilegais ou descumprimento dos direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional (Barroso, 2019, p. 440).

Para Kelsen (1979, p. 63), os tribunais exercem ordinariamente a função de aplicadores do direito e, por exceção, desempenham a função de criar o direito, ao declarar inconstitucional uma norma ou ao estabelecer um precedente cabível a casos posteriores.

Em países que possuem constituições consideradas rígidas, como o Brasil, o controle judicial das normas é fator primordial para preservação da integridade e da unidade do ordenamento jurídico, em especial no que tange à compatibilidade das leis com a ordem constitucional. Seu essencial propósito é defender a supremacia da Constituição frente às inconstitucionalidades e promover em último grau a disciplina do poder.

Os problemas na dinâmica dos Poderes no Brasil se evidenciam com o elevado índice de normas consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, o somatório de temas que chega ao STF demonstra o impacto dos objetos discutidos nacionalmente e revela o protagonismo da Suprema Corte.

Em 1987, José Paulo Sepúlveda Pertence, na época procurador-geral da República, dizia que o povo brasileiro convive com uma infinidade de normas inconstitucionais que afetam diretamente seus interesses e os direitos de cidadãos (Pertence, 1987). Acrescentava que, na função de procurador, encaminhava anualmente cerca de cem representações ao STF com alegações de inconstitucionalidade de leis e esclarecia que os dados não representavam a real quantidade de normas inconstitucionais, vez que havia quantidade muito maior de leis em dissenso com a Constituição (Pertence, 1987).

Nesse sentido, a qualidade na produção legislativa é elementar em uma sociedade democrática. Por meio da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, é possível identificar-se uma provável disfunção no processo de feitura de leis, porque os ditames constitucionais prescrevem os contornos que toda legislação infraconstitucional deve cumprir.

No Brasil, atualmente, há inúmeras leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, fato que suscita juristas a buscarem soluções que mitiguem abalos ao princípio da segurança jurídica. Entre 2015 e 2018, verificou-se expressiva quantidade de leis que se revelaram inconstitucionais quando apresentadas ao Judiciário, mesmo após ser submetidas ao crivo do

processo legislativo e entrar em vigor, o que demonstra não se tratar apenas de um dado pontual.

Conforme dados apresentados pelo *Anuário da Justiça*, em 2015, sete em cada dez leis examinadas pelo STF foram consideradas inconstitucionais. Apenas para comparação, em 2014, do total de 25 ações analisadas quanto ao mérito, 20 (80%) tiveram como resultado a declaração de inconstitucionalidade da norma (Conjur, 2015).

O cenário de 2014 demonstrou, na época, relativo índice de acréscimo de declarações de inconstitucionalidade nos julgamentos das ações em comparação aos 26 anos antecedentes.

Outro fator importante dessa amostra foi que, entre 1989, ano em que foi julgada a primeira ADI, até fevereiro de 2015, a Corte Suprema havia analisado o mérito de 1.329 ações, das quais 847 apontaram inconstitucionalidade de normas no todo ou em parte (Conjur, 2015).

Quanto aos fatos de 2015, os dados mostraram que 71% das ações foram julgadas procedentes pelo STF. Outro aspecto destacado pelo levantamento refere-se ao distanciamento do período entre a propositura da ação e sua apreciação. Das ações analisadas no mérito, dezessete foram protocolizadas ainda nos anos 1990, outras treze foram dirigidas ao Supremo entre os anos 2000 e 2005.

Nesse sentido, o ministro Ricardo Lewandowski, ao assumir a Presidência do STF – em agosto de 2014 – estabeleceu o julgamento de todas as ações diretas de inconstitucionalidade com liminares concedidas pela Corte como uma das prioridades de seu mandato. Assim, em 2015, das 69 leis apreciadas, 48 haviam sido editadas há mais de 15 anos (Pereira, 2016).

O desgaste temporal entre a vigência da norma e sua declaração de inconstitucionalidade é um dos pontos destacados nessa amostra. As relações jurídicas que foram concebidas sob a égide dessas leis posteriormente declaradas inconstitucionais apontam para a vulnerabilidade jurídica em que a sociedade se encontra.

Em 2015, o estado com maior proporção de leis declaradas inconstitucionais foi Santa Catarina. Das seis leis questionadas no Supremo, cinco foram julgadas em dissenso com a Constituição. Entre os fatores de inconstitucionalidade, na maior parte dos casos, o vício de iniciativa estava presente. Entre os impetrantes, os governadores estão no topo do *ranking*. Porém, o maior percentual de ações procedentes ficou com a Ordem dos Advogados do Brasil

– Conselho Federal. Das oito ações que protocolizou, sete tiveram inconstitucionalidade confirmada (Pereira, 2016).

Prosseguindo para observação dos anos posteriores, com o artigo intitulado “De cada três leis, duas foram julgadas inconstitucionais pelo STF em 2016”, o *Anuário da Justiça* apresenta os dados de inconstitucionalidade do referido ano. No total de 62 leis questionadas, em 41 foram apontadas inconstitucionalidades (Pereira, 2017).

Das ações julgadas pelo STF em 2016, a maior parte possuía vícios de legitimidade da parte requerente ou hipótese de perda do objeto, devido ao fato de o dispositivo questionado não mais fazer parte do sistema jurídico. Além disso, as ações propostas pela Procuradoria-Geral da República representaram as mais bem-sucedidas. De dez ações propostas, nove foram julgadas procedentes, ou seja, 90% das ações postuladas pelo órgão foram indicadas inconstitucionais (Pereira, 2017).

Diferentemente da amostra de 2014, as ações analisadas não tinham lapso temporal muito distante entre a data de proposição ou da criação da lei e o julgamento da ação. Em 2016, das 62 ações julgadas no mérito, 38 foram propostas antes de 2010, nove em 2015 e só cinco foram ajuizadas no mesmo ano (Pereira, 2017).

O ano 2017 não foi diferente dos anteriores, pois a proporção de leis declaradas inconstitucionais continuou a aumentar. De cada dez leis julgadas no mérito, oito foram reconhecidas inconstitucionais. Entre os principais pontos com inconstitucionalidade presente, o conteúdo prevaleceu: em 28 ações, a inconstitucionalidade foi reconhecida em virtude de atentado ao princípio da separação de Poderes, invasão de competência e vício de iniciativa.

Pesquisa realizada pelo *Anuário da Justiça* revelou que, em 2017, 69 leis foram impugnadas por intermédio de 69 ações. “Entre as normas discutidas, contam-se as constituições de 12 estados, 46 leis, dois acórdãos (da Justiça do Paraná e do Acre), quatro decretos e duas emendas constitucionais” (Matsuura, 2018).

A instauração de ação penal contra governadores e a competência das unidades federativas para editar normas que requerem autorização da Assembleia Legislativa do respectivo estado para propositura da ação foram os temas mais recorrentes nas ações julgadas em 2017.

Em todos os casos, o dispositivo legal das constituições estaduais que reclamava a necessidade de autorização legislativa para instaurar ação penal contra governadores de estados foi considerado inconstitucional. A Corte concluiu que o início desse tipo de ação independe da anuência do Legislativo.

Em 2018, para cada lei considerada constitucional, foram encontradas duas leis em desacordo com a Constituição. Conforme dados do STF, ajustados pelo *site* Conjur, 351 ações passaram pelo controle de constitucionalidade em 2018, e, do total, somente duzentas (pelo STF, 147 – a diferença se refere ao fato de o STF não computar as ações apensadas) foram julgadas no mérito. Dentre essas, 134 foram consideradas inconstitucionais. Uma das maiores causas da inconstitucionalidade continuou sendo o vício de iniciativa. Além disso, mais de um terço das ações analisadas tinham sido autuadas há mais de dez anos (Cardoso, 2019).

Nesse diapasão, 67% foram consideradas inconstitucionais por razões de ordem formal, quer por vício de legística, quer por vício no processo legislativo. O vício formal tem por características os desajustes orgânicos do Estado, justamente em razão do desequilíbrio as estruturas verticais e horizontais do Poder estatal.

A União, com 69 ações questionadas e 48 declaradas inconstitucionais, foi o ente que teve o maior índice de ações julgadas em 2018. Na segunda posição, veio o estado de Santa Catarina, com dez leis questionadas. Decerto, uma porcentagem significativa das ações foi considerada inconstitucional em virtude de dispositivo da reforma trabalhista. No entanto, o vício de iniciativa manteve-se como razão das mais recorrentes da inconstitucionalidade de leis elaboradas pelas Assembleias Legislativas dos estados (Cardoso, 2019).

Outrossim, o *Anuário da Justiça Brasil 2019* traz um compêndio das ações, que compreende ADIs, ADPFs, ADCs e ADOs, julgadas no mérito entre o período de 2010 e 2018. Esses dados estatísticos apresentam o crescente índice de leis declaradas inconstitucionais, bem como revelam aumento substancial do reconhecimento de normas inconstitucionais em 2018.

3. Análise das razões para a crise de inconstitucionalidade

O art. 97 da Constituição de 1988 determina que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Refere-se à denominada cláusula de reserva de Plenário.

A maioria absoluta, quórum exigido para se declarar inconstitucionalidade, significa que são necessários os votos de seis dos onze ministros que integram a Corte Suprema a favor da declaração, sem importar quantos ministros estejam efetivamente presentes na sessão, nem eventuais impedimentos que possam existir no caso.

Ao analisar a ADI 4.066, podemos observar essa constatação. No julgamento da ação, foram cinco votos a favor da declaração e quatro votos contra, ou seja, não se alcançou a maioria absoluta, pois houve ainda dois ministros impedidos de analisar a ação. Logo, não havia seis votos a favor nem contra a constitucionalidade da lei. Assim, o julgamento proclamou os seguintes termos:

O Tribunal, **por maioria, conheceu da ação**, reconhecendo a legitimidade ativa das autoras, vencidos os ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio. No mérito, o Tribunal **computou cinco votos** (dos ministros Rosa Weber (relatora), Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cármen Lúcia) pela procedência da ação, e **quatro votos** (dos ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Marco Aurélio) pela improcedência da ação, e, **por não se ter atingido o quórum exigido pelo art. 97 da Constituição, não se pronunciou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995**, em julgamento destituído de eficácia vinculante. (Neto, 2017, grifo nosso)

Ressalte-se, a fim de esclarecimento, que há duas espécies de quóruns para a sessão de julgamento: um para se estabelecer a sessão de julgamento, que é de oito ministros, previsto no regimento interno do Tribunal; e outro para o julgamento em si, composto da maioria absoluta, seis votos dos membros a favor da declaração de inconstitucionalidade ou contrários a ela, esse extraído do próprio texto constitucional.

Decerto, constata-se aumento quantitativo de leis declaradas inconstitucionais no Brasil. Os principais motivos que levaram ações de inconstitucionalidade à procedência foram: a) violação ao princípio da separação de Poderes; e b) invasão de competência e vício de iniciativa (caso em que as leis são consideradas formalmente inconstitucionais). Ademais, fator corroborador da inconstitucionalidade pode ser o conteúdo da lei propriamente dito, caso em que as leis são consideradas materialmente inconstitucionais.

Arriscando uma hipótese ao problema focalizado, o cenário permite apontar para uma soma de fatores que denunciam a dificuldade da inter-relação institucional dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo: a) desconhecimento da Constituição pelo legislador; b) tentativa de extrapolar os limites do poder de legislar para fim eleitoral; e c) complexa repartição de competências entre os entes federados.

Toda essa conjectura de coeficientes que envolvem causas e efeitos em torno do cenário de inconstitucionalidades demonstra eventual desequilíbrio da democracia e pode acarretar decisões controvertidas. Direcionou-se este

artigo a analisar o que ocorre no curso do processo legislativo, a fim de se identificarem prováveis causas que corroborem para tão elevada quantidade de leis declaradas inconstitucionais, tanto em termos materiais quanto formais.

4. O processo legislativo

A Constituição Cidadã de 1988, por meio do art. 59, apresenta como objeto do processo legislativo a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Nesse sentido, o objeto legislativo corresponde às espécies normativas.

A iniciativa legislativa consiste na prerrogativa de propor projeto de lei ao Poder Legislativo, que, após debates e aprovação, o remete ao Poder Executivo para sanção ou veto presidencial. Refere-se à fase introdutória que consigna o período constitutivo. Em outros termos, é a competência para deflagrar o processo legislativo de normas primárias previstas no art. 59 da Constituição que tem a prerrogativa de inovar o ordenamento jurídico.

Em compêndio, a iniciativa legislativa tem como parâmetro não o projeto de lei em si, mas o corolário do processo legislativo; constitui o ato inicial do processo legislativo que objetiva modificação ou novidade na ordem jurídica preexistente. Em outras palavras, a iniciativa não se propõe ao mero exame do projeto legislativo, mas visa à lei, “instrumento formal de atuação do poder de iniciativa” (Silva, 2017, p. 139).

A fase da iniciativa compreende-se de três fundamentos: 1. o histórico, decorrente da separação de Poderes; 2. o fundamento de dar às minorias possibilidades de influir no procedimento de elaboração das normas; e 3. o de evitar o domínio do Legislativo no que tange à elaboração das leis, que secundariamente tem o poder de iniciativa na ausência da iniciativa governamental.

Quanto à classificação de iniciativa, diz-se que são comuns ou concorrentes as proposições que não delimitam a esfera de titularidade. A proposta pode ser feita por qualquer membro do Congresso Nacional, incluídas as Comissões das Casas. No âmbito do Executivo, as proposições podem ser apresentadas pela Presidência da República ou por iniciativa popular (pelos cidadãos).

Em certas conjecturas, a Constituição reserva que a iniciativa denominada privativa ocorra só por diligência de determinadas autoridades ou órgãos. A Constituição estabelece, nos arts. 51 e 52, as hipóteses de competência

privativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal no que concerne à feitura de seus respectivos regimentos internos.

A cada Casa, compete dispor quanto à organização, funcionamento, polícia, criação, extinção ou transformação de cargos e serviços, assim como a iniciativa de lei para fixar a respectiva remuneração, observadas as especificações estabelecidas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, conforme art. 51, incisos III e IV, e art. 52, incisos XII e XIII, da Constituição Federal.

O texto constitucional também cuida da iniciativa privativa dos tribunais. Ao Poder Judiciário é reservada a proposição para criar novas varas judiciárias. Ao Supremo Tribunal Federal e aos demais tribunais superiores e tribunais de justiça cabe criar e extinguir cargos, fixar os subsídios de seus membros, organizar e dividir a estrutura judiciária, entre competências outras da atividade administrativa.

No âmbito do Poder Executivo, o art. 61, § 1º, incisos I e II, da Constituição, elenca as temáticas de iniciativa privativa do presidente da República. Dentre os assuntos previstos, há disposições para criar cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica: que versem sobre organização administrativa, judiciária e serviços públicos; que sirvam para organizar o Ministério Público e a Defensoria Pública da União e normas gerais para todos eles nos âmbitos estadual, distrital e dos territórios; que atuem na criação e na extinção de ministérios e órgãos da administração pública, entre outras atribuições.

Além da iniciativa legislativa, o chefe do Executivo no âmbito federal tem a prerrogativa de solicitar urgência para projetos de sua autoria, de intervir no processo de elaboração de leis, positivamente por meio de sanção total ou parcial do projeto, ou, de forma negativa, pelo veto.

Dado isso, a importância da fase da iniciativa concerne ao fato de que, sem ela, os poderes aptos a legislar não exercem a incumbência que lhes é instituída. Aliás, a lei é, assim, revelada como mecanismo institucional de maior expressão no controle social, que requer a atuação e o controle democráticos na sua elaboração (Silva, 2017, p. 35).

5. O controle de constitucionalidade dos atos normativos

A concepção da Constituição como norma jurídica suprema instituiu as premissas necessárias para se admitir a incumbência do controle de constitucionalidade das leis aos juízes. A possibilidade de expulsar do ordenamento jurídico

uma norma editada em contradição com a Lei Maior encontra respaldo somente quando há supremacia da Constituição. O controle jurisdicional de constitucionalidade é o meio adotado para se certificar a plena e efetiva supremacia da Constituição.

Observa-se, de pronto, que a busca pelo aperfeiçoamento dos meios de controle do poder foi um dos fatores que contribuíram para se efetivar o valor normativo supremo da Constituição. Aliás, o momento atual do constitucionalismo caracteriza-se pela superação da supremacia do Parlamento (Mendes; Branco, 2019, p. 53). A contemporaneidade é marcada pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os Poderes por ela constituídos, assegurada por mecanismos de controle de constitucionalidade.

Nesse plano, há duas funções principais que a Carta Magna de um Estado democrático tem a cumprir. Em primeiro plano, cabe-lhe veicular consensos básicos fundamentais à dignidade das pessoas e ao funcionamento do regime democrático. Depois, cabe-lhe assegurar o espaço próprio do pluralismo político (Barroso, 2018, p. 116). Ainda nessa temática, Luís Roberto Barroso acrescenta que:

No mundo moderno, sem embargos dos múltiplos modelos constitucionais que podem ser adotados, os objetivos últimos da Constituição podem ser assim sistematizados:

Institucionalizar um Estado democrático de direito, fundado na soberania popular e na limitação do poder;

Assegurar o respeito aos direitos fundamentais, inclusive e especialmente os das minorias políticas;

Contribuir para o desenvolvimento econômico e para a justiça social;

Prover mecanismos que garantam a boa administração, com racionalidade e transparência nos processos de tomada de decisão, de modo a propiciar governos eficientes e probos. (Barroso, 2018, p. 117)

O sistema constitucional surge como termo versátil que possibilita a compreensão da Constituição face à ambiência social. A Constituição não se reduz a um corpo de normas, é algo bem mais complexo. Define-se Constituição como decisão global e fundamental acerca da unidade política (Barroso, 2018, p. 116).

De um ordenamento jurídico, a Constituição refere-se ao seu “esquema funcional, à sua ossatura mínima, determinados pelo conjunto de suas principais instituições” (Barroso, 2018, p. 42). Ao requerer uma dimensão mais

profunda, a Constituição não se contenta só com a legalidade formal, tendo em vista não representar a simples positivação do poder, “é também uma positivação de valores jurídicos” (Barroso, 2018, p. 21).

Portanto, a Constituição, como norte do ordenamento jurídico, ocupa posição hierárquica superior a toda a legislação. É responsável pela regulação da organização do Estado e do exercício do seu poder, um documento por excelência político-jurídico de um Estado, nos regimes democráticos elaborado por uma Assembleia Constituinte eleita pelo povo.

A supremacia constitucional é o pressuposto sobre o qual se assenta o próprio direito constitucional contemporâneo. Destarte, uma lei em vigência, mas em desacordo com as premissas constitucionais, acarreta consequências substanciais à sociedade e pode abarrotar o sistema jurisdicional com um procedimento prolixo de controle de constitucionalidade de leis, cuja finalidade é declarar a invalidade e paralisar a eficácia de atos normativos incompatíveis com a Constituição. Por esse aspecto, urge distinguir-se Constituição na acepção de conceito formal e de conceito material de que se reveste.

O conceito formal de Constituição, segundo Hans Kelsen, decorre da diferenciação entre a legislação ordinária e a legislação constitucional. Diz Kelsen que a Constituição, em seu conceito formal, ocorre quando “se faz a distinção entre as leis ordinárias e aquelas outras que exigem certos requisitos especiais para sua criação e sua reforma” (1959, p. 330).

Nesse sentido, Paulo Bonavides (2019, p. 82) expressa que, formalmente, só é possível suprimir-se ou alterar-se dispositivo constitucional mediante processo diferenciado, solene, de maioria qualificada. Explica que esse processo dificultoso de se elaborar norma ou se reformar a Constituição distingue-se do modo da feitura da legislação ordinária, cuja aprovação é composta, via de regra, por maioria simples, o que caracteriza a Constituição por seu aspecto formal.

Acerca do aspecto material, Bonavides conclui que a Constituição se refere ao conteúdo, mas não se confunde com o objeto tratado nas leis ordinárias e diz respeito exclusivamente ao conteúdo dos preceitos mais relevantes, de normas designadas rigorosamente como matéria constitucional (Bonavides, 2019, p. 81). Hans Kelsen declina que, em sentido material, a Constituição é compreendida como normas referentes aos órgãos superiores e às relações dos súditos com o poder estatal (Kelsen, 1959, p. 330).

Visto isso, Constituição é o conjunto de poderes políticos, econômicos, ideológicos e de outros aspectos que regem a sociedade, de forma que esta atuará

conforme a realidade social de determinado Estado. Celso Bastos Ribeiro (1999, p. 44) ensina que, conforme o pressuposto material de Constituição, pode-se saber se dada norma jurídica é constitucional ou não, ao se realizar o exame de seu objeto.

Basilarmente, o controle de constitucionalidade visa preservar os fundamentos primordiais do Estado e a unicidade do sistema jurídico, ao tratar da conformidade formal e material das normas infraconstitucionais com a Carta Magna. Há premissas elementares do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucional (Barroso, 2018).

Com uma estrutura de escalonamento de normas, há o reconhecimento da Constituição como princípio supremo, a hierarquização das leis e o exercício de controle de todo o sistema por meio de um órgão incumbido da função. Por força dessa premissa, nenhum ato jurídico poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.

Por fim, ressalta-se que o controle de constitucionalidade, ao examinar os aspectos formal e material das leis, perpassa por uma categorização sistemática de controle de normas. No Brasil, o controle pode ser realizado por meio do controle preventivo, precedente à aprovação e à vigência da lei, e pelo controle repressivo, quando já vige a norma.

6. Causas da quantidade crescente de inconstitucionalidades

Após verificar-se alto percentual de leis declaradas inconstitucionais pelo controle concentrado, arrisca-se suscitar fatores que corroboram a insegurança jurídica no Brasil, a serem compreendidos nas ordens social, legal e jurisdicional (Carreira, 2016, p. 139).

A ordem social relaciona-se ao espaço em que a sociedade convive, permeado de constante modificação. A ordem legal refere-se aos algoritmos constantes no processo de elaboração de leis. A ordem jurisdicional concerne à instabilidade jurídica, em vista das constantes modificações de posicionamentos dos tribunais, sobretudo dos tribunais superiores. Todos esses fatores corroboram o sentimento de desconfiança no jurisdicionado e intensificam, por conseguinte, a litigiosidade (Carreira, 2016, p. 139).

Conforme a perspectiva social, a sociedade convive em um Estado pluralista, qualificado pela infinidade de informações. Humberto Ávila explica que essa situação pode parecer paradoxal, porém, informação em demasia gera desinformação:

Esse material informativo, embora possibilite uma maior compreensão do mundo, **paradoxalmente contribui para o aumento da incerteza**: quanto maior é a quantidade de informação, tanto maior é a possibilidade de se prever o futuro; contudo, quanto maior é a quantidade de informação, tanto maior também é aquilo que precisa ser previamente considerado e avaliado. Daí por que o maior conhecimento conduz ao aumento do sentimento de insegurança: o cidadão sabe mais, mas exatamente porque sabe mais, também conhece o que precisa prever e o que pode não se confirmar no futuro. O futuro, antes nas mãos de Deus, com a secularização, foi posto nas mãos do homem, cabendo a este último dominá-lo, por planejamento e não por adivinhação. No entanto, com a sociedade moderna e com o aumento da complexidade das relações, decorrente dos avanços técnicos e tecnológicos, o futuro ficou maior. Na busca por segurança – eis o paradoxo – o homem terminou por sentir-se mais inseguro. Afinal, informação demais causa desinformação. (Ávila, 2011, p. 40, grifo nosso)

Na seara das informações, encontram-se as legislações. O cidadão, ao buscar um ponto de segurança, se depara com o repertório de leis federais, estaduais e municipais, além de medidas provisórias, decretos legislativos, emendas à Constituição Federal e outras normas.

Há ainda as mais variadas decisões de tribunais, estaduais e federais, além de orientações divergentes de tribunais superiores. No cenário, existe um ingrediente agravante: a quantidade de leis declaradas inconstitucionais.

Afora isso, a sociedade é composta por interesses diversos e grupos que concorrem por seus próprios objetivos. Obviamente, alguns são colidentes, o que impõe ao Estado regulá-los por meio de normas. Muitas disposições são normas excepcionais (para regulação de casos marginais), transitórias (para nortear provisoriamente certos fatos) e de transição (para propiciar a mudança de um sistema para outro) (Ávila, 2011, p. 40). Na ânsia de atender a esses ditames, tem-se um legislador que, ao atuar, observa fins eleitoreiros.

Outro fenômeno constatado diz respeito à sociedade de “alta velocidade” (Carreira, 2016, p. 144) (*high speed society*) decorrente das constantes transformações sociais e do acelerado acesso à informação. No ímpeto de responder a tais demandas, Humberto Ávila revela mais um paradoxo:

O legislador, para assegurar os interesses dos cidadãos e para orientar a sua ação, age com rapidez; mas, exatamente porque o faz desse modo, termina legislando de maneira equivocada, o que exige a edição de novas normas destinadas a retificar as anteriores. O paradoxo é este: se o legislador age rápido, age mal e tem que rever os seus atos, o

que provoca insegurança; se demora, não assegura os direitos reclamados pelos cidadãos, nem os orienta, criando um estado de insegurança. Em busca de garantir segurança, o legislador termina criando insegurança. E, ao lado do fenômeno da particularização da legislação, surge o fenômeno da sua rápida obsolescência, fazendo com que a lei perca as suas características tradicionais de solenidade, de generalidade e de permanência. Tal quadro se justifica, pois, a afirmação de que, **quanto mais leis, menos Direito, e quanto menos leis, mais Direito.** (Ávila, 2011, p. 50-51, grifo nosso)

Ao se fazer uma análise do ponto de vista legislativo, percebe-se que a insegurança repousa em fatores que passam pelo excesso de leis, por sua qualidade e pela formação e composição dos representantes legislativos (Carreira, 2016, p. 145). Quanto ao primeiro tópico, da criação de normas em demasia, dados colhidos do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBTP) demonstram que desde a promulgação da Constituição de 1988 até outubro de 2016, aniversário de 28 anos da Carta, foram elaboradas 5,4 milhões de normas no ordenamento jurídico brasileiro. Esse número representa a média de 769 normas por dia útil, considerando-se leis, emendas constitucionais, instruções normativas, medidas provisórias, decretos, portarias e atos declaratórios (IBPT, 2016).

Ainda conforme esses dados, no âmbito federal, foram editadas cerca de 163.129 normas, da promulgação da Constituição Federal até 2016. No âmbito estadual foram 1.460.985 e no âmbito municipal, 3.847.866. Portanto, extrai-se da pesquisa que a legislação brasileira é um complexo de normas produzidas nas três esferas de poder, o que, nessa magnitude, decerto contribui para uma desordem legislativa (Carreira, 2016, p. 146).

Além do quantitativo de preceitos legais existentes no país, constata-se que entre as normas editadas, muitas são declaradas inconstitucionais, o que compromete a segurança jurídica e expõe consideravelmente a baixa qualidade dos textos legais. O cidadão pode estar em um cenário em que, ao programar atos e negócios, convive com o risco de um ato normativo questionado pelo STF receber declaração de inconstitucionalidade, o que pode gerar danos imensuráveis.

As questões jurisdicionais cooperam para esse sentimento de insegurança jurídica. A respeito da credibilidade do Poder Judiciário, Bruno Dantas elucida que o Judiciário não pode atuar como fator de imprevisibilidade, porque aos tribunais compete uniformizar o entendimento jurídico e proporcionar segurança jurídica:

Quando a mesma situação fática, num dado momento histórico, é decidida por juízes da mesma localidade de forma diametralmente antagônica, a mensagem enviada à sociedade é de que ambas as partes têm (ou podem ter) razão. Ora, se todos podem ter razão, até mesmo quem, por estar satisfeito com o tratamento jurídico que sua situação vinha recebendo, não havia batido às portas do judiciário terá forte incentivo a fazê-lo. Evidentemente, esse fenômeno é algo normal no exercício da jurisdição em primeiro grau. **Anormal é que a divergência judicial passe os tribunais, órgãos colegiados concebidos para dar tratamento mais qualificado às questões julgadas em primeiro grau.** Anormal é que a divergência dos juízes de primeiro grau seja fundamentada em acórdãos divergentes de colegiados de um mesmo tribunal, como se não existisse ali órgão uno, mas aglomerado de sobrejuízes com competências individuais autônomas, o que contraria o princípio constitucional da colegialidade dos tribunais. Vale dizer, normal é a jurisprudência dos tribunais orientar a atuação dos juízes inferiores. **Anormal é os tribunais oferecerem o insumo da imprevisibilidade e da insegurança jurídica** para os magistrados das instâncias inferiores e a sociedade em geral. (Dantas, 2013, p. 29-30, grifo nosso)

Depreende-se que a falta de uniformidade dos tribunais gera insegurança. Um exemplo que demonstra essa perspectiva é o caso da prisão do depositário infiel. Inicialmente, o STF entendeu que o referido procedimento não violava a Carta Constitucional, nem infringia a Convenção Americana de Direitos Humanos. Mais à frente, ao reanalisar a temática, entendeu que a Convenção internacional possui caráter supralegal, que por decorrência impossibilita a prisão do depositário infiel (Brasil, 2009).

Ora, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, houve uma nova roupagem do constitucionalismo, que repercutiu no realce da interpretação jurídica conforme os ditames constitucionais, em que o puro enquadramento da norma ao fato não é satisfatório para a aplicação do direito. A função da hermenêutica tornou-se imprescindível como elemento que possa subsidiar decisões judiciais uniformes, a fim de se conferirem maior previsibilidade e segurança jurídica (Carreira, 2016, p. 162).

7. Considerações finais

A tripartição de Poderes visa à harmonia social e à segurança jurídica. Para se preservar a estruturação do Poder e se manter o pacto social, deve haver mais rigidez nesse aspecto, em especial quanto às prerrogativas atribuídas aos Poderes. O Poder Legislativo reflete os anseios sociais, pois representa a

sociedade. A Câmara dos Deputados deve reproduzir as aspirações do povo, e o Senado Federal, as dos entes federativos da República. O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, salvaguarda o pacto social, a Constituição, e sua função de Corte Constitucional é desempenhada desde o advento da República.

Isso posto, por vezes a Corte é chamada a apreciar questões de políticas públicas e atos legislativos, seja por descumprimento constitucional, por omissões das instituições competentes para o trato do ato, seja por posturas ilegais, ou por descumprimento dos direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional (Barroso, 2019).

Rogério Bastos Arantes explica que, em crises de governabilidade ou de insegurança jurídica, o STF atua no papel normativo de anular normas de constitucionalidade duvidosa, porque há “tensão entre o respeito à Constituição e os imperativos de governo” (Arantes, 1997, p. 204). São deveras crescentes as implicações no Estado Democrático de Direito quanto ao debate da constitucionalidade de leis realizado pelo Poder Judiciário.

A representação de dados estatísticos do Supremo Tribunal Federal quanto ao percentual expressivo de leis declaradas inconstitucionais pela Corte, de 2015 a 2018, suscita problemas de grande envergadura nos fatores envolvidos no processo de feitura de leis no Brasil.

O enfrentamento de problemas que orbitam essa assertiva trouxe-nos, como fatores desencadeantes de inconstitucionalidade de leis, o desconhecimento da Constituição pelo legislador, a ânsia de legislar com fins eleitoreiros e a complexa repartição de competências para legislar. A inconstitucionalidade pode ser gerada a partir de diversos elementos.

A Carta Constitucional foi incessantemente posta em evidência no presente artigo. Ao emanar ato normativo, deve o legislador honrar os preceitos da Lei Maior do Estado. A Constituição estipula pauta de elementos a serem contemplados no processo de elaboração de normas, porém, muitas das disposições constitucionais são desrespeitadas. Invasão de competências, vício de iniciativa e violação ao princípio da separação dos Poderes referem-se às principais circunstâncias trazidas pelos dados estatísticos do STF como causas da inconstitucionalidade de leis.

Discorreu-se sobre as crises de inconstitucionalidade que o Estado perpassa e a insegurança jurídica que produzem. Consequências da inconstitucionalidade, como a afetação da estabilidade jurídica, foram destacadas. Ademais, a inconstitucionalidade corrompe a legitimidade, reduz a força constitucional

e o poder de reforma. Esse enfraquecimento pode desencadear movimentos de fragmentação que frequentemente antecedem o declínio e a ruína das instituições, pois a inconstitucionalidade pode romper a conexão entre os elementos de conservação e perpetuidade previstos na Constituição.

Assim, o controle de constitucionalidade de leis faz-se basilar numa sociedade. Atua na proteção de direitos fundamentais por meio dos Tribunais Constitucionais. Pode ocorrer em virtude de decisões judiciais proferidas em dissenso ou ao se negar a norma constitucional, pode ocorrer em razão de atos do Poder Executivo, quando ferirem a Constituição, ou ainda devido a procedimentos legislativos, quando ofenderem formal ou materialmente os ditames constitucionais.

A preservação da integridade e da unidade do ordenamento jurídico refere-se a um dos propósitos almejados pela via do controle judicial dos atos normativos. Por tal se procura a salvaguarda da supremacia constitucional frente às inconstitucionalidades e a promoção da disciplina do poder.

Todavia, foi identificado um índice alarmante de normas consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Leis aparentemente regulares, que após análise jurisdicional demonstraram incompatibilidade frente à Carta Magna, revelam um risco substancial ao Estado Democrático de Direito. Todos os contornos de uma nação são regidos pela lei. Qualquer legislação de baixa qualidade, sobretudo se inconstitucional, repercute consequências desastrosas, gravíssimas, para uma nação.

Hesitação acerca do direito vigente, descrença nas instituições democráticas, falta de credibilidade na eficácia das leis e nos Poderes regentes de quaisquer países advêm da reiteração do desprestígio do valor excelso de sua Constituição. O filósofo Ronald Dworkin expressa literalmente o “vivemos na lei” (2007). Logo, experimentar-se uma legislação que afronte as prescrições da Norma Maior de um Estado significa desconsiderar-se toda uma nação.

Consoante a premissa de que a qualidade da produção legislativa é elementar nas sociedades democráticas, identificamos que as maiores causas de inconstitucionalidade de leis residem nos contornos que envolvem o processo de legislar.

Nesses moldes, o presente artigo pretendeu contribuir na discussão relativa a causas propulsoras para se configurar a inconstitucionalidade de leis no Brasil. Propõe suscitar espaços de mais qualidade legislativa para se extirparem legislações eleitoreiras oportunistas e normas outras de fins escusos que deterioremem a sociedade e defraudem o disposto na Constituição de 1988.

Referências

- ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Educ/Fapesp/Idesp, 1997.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus 92.566*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Marco Aurélio, DJe 104, 4 jun. 2009.
- CARDOSO, Maurício. Em 2018, Supremo triplicou o número de ADIs julgadas no mérito. *Conjur*, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-07/indice-leis-julgadas-inconstitucionais-stf-volta-crescer/>. Acesso em: 2 dez. 2024.
- CARREIRA, Guilherme Sarri. As causas da insegurança jurídica no Brasil. *Revista Pensamento Jurídico*. São Paulo, v. 9, n. 1, jan./jun. 2016.
- CONJUR. *De cada 10 leis julgadas em ADIs pelo STF, 6 são inconstitucionais*, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-13/cada-10-leis-julgadas-adis-stf-sao-inconstitucionais>. Acesso em: 2 dez. 2024.
- CONJUR. *Em 2018, Supremo triplicou o número de ADIs julgadas no mérito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/anuario-justica-supremo-triplica-numero-adis-julgadas/>. Acesso em: 2 dez. 2024.
- DANTAS, Bruno. Direito fundamental à previsibilidade das decisões judiciais. *Justiça e Cidadania* n. 149. jan./2013, Rio de Janeiro: JC, 2013, p. 29-30.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. Quantidade de normas editadas no Brasil: 28 anos da Constituição Federal de 1988. *Conjur*, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/estudo-ibpt-edicao-criacao-leis.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2024.

KELSEN, Hans. *Teoría general del estado*. México: Ed. Nacional, 1959.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

MATSUURA, Lilian. Oito em cada dez leis foram julgadas inconstitucionais pelo STF em 2017. *Conjur*, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-02/oito-cada-dez-leis-foram-julgadas-inconstitucionais-stf/#:~:text=Oito%20em%20cada%20dez%20leis%20julgadas%20no%20m%C3%A9rito%20pelo%20Supremo,entre%20os%20principais%20erros%20cometidos>. Acesso em: 2 dez. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NETO, Celso de Barros Correia. Com quantos votos se faz uma lei inconstitucional? *Conjur*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-09/observatorio-constitucional-quantos-votos-faz-lei-inconstitucional/#:~:text=S%C3%A3o%20necess%C3%A1rios%20seis%20votos%20para,formado%20maioria%20em%20sentido%20oposto>. Acesso em: 2 dez. 2024.

PEREIRA, Robson. De cada três leis, duas foram julgadas inconstitucionais pelo STF em 2016. *Conjur*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-29/cada-tres-leis-duas-foram-julgadas-inconstitucionais-2016/>. Acesso em: 2 dez. 2024.

PEREIRA, Robson. Sete em cada dez leis analisadas pelo STF são inconstitucionais. *Conjur*, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-24/sete-cada-dez-leis-analisadas-stf-sao-inconstitucionais>. Acesso em: 2 dez. 2024.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. População tem poucos mecanismos de defesa contra leis inconstitucionais. *Folha de São Paulo*, jan. 1987.

SILVA, José Afonso. *Processo constitucional de formação das leis*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

Inteligência artificial: promessas, riscos e regulação. Algo de novo debaixo do sol²

Artificial intelligence: promises, risks and regulation. Something New Under the Sun

Inteligencia artificial: promesas, riesgos y regulación. ¿Algo nuevo bajo el sol?

Luís Roberto Barroso

Presidente do Supremo Tribunal Federal. Professor titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj) e do Centro Universitário de Brasília (Uniceub). Doutor e livre docente pela Uerj. Mestre pela Yale Law School, EUA. *Visiting scholar* na Faculdade de Direito de Harvard. *Senior fellow* da Harvard Kennedy School, EUA.

Patrícia Perrone Campos Mello

Secretária de Altos Estudos do Supremo Tribunal Federal. Professora de direito constitucional da Uerj e do Uniceub. Doutora e mestre em direito pela Uerj. Estudos de pós-doutorado como *visiting scholar* no Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Internacional, Alemanha, e na Harvard Kennedy School, EUA. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO: Nota inicial; Introdução: O alvorecer da quarta revolução industrial; 1. Um admirável mundo novo; 2. O que é inteligência artificial; 3. Aprendizado de máquina, modelo fundacional e outros conceitos relevantes; Parte I: A inteligência artificial e seus benefícios; 1. Melhor capacidade decisória em muitas áreas; 2. Automação; 3. Linguagem; 4. Pesquisa e inovação; 5. Aplicações na medicina; 6. Aplicações no sistema de justiça; 7. Educação e cultura; 8. Outras aplicações úteis da IA; 8.1 Utilidades práticas do dia a dia; 8.2 Proteção ao meio ambiente; 8.3 Personalização das relações comerciais e outras; Parte II: A inteligência artificial e seus riscos; 1. Impacto sobre o mercado de trabalho; 2. Utilização para fins bélicos; 3. Massificação da desinformação; 4. Violação da privacidade; 5. Discriminação algorítmica; 6. Questões sobre propriedade intelectual e direitos autorais; Parte III: Alguns princípios para regulação da inteligência artificial; 1. Complexidades da regulação; 2. Alguns esforços de regulação; 3. Algumas diretrizes; 3.1 Defesa dos direitos fundamentais; 3.2 Proteção da democracia; 3.3 Promoção da boa governança; Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo trata das potencialidades e riscos da inteligência artificial (IA). Com esse objetivo, posiciona a IA no alvorecer da IV Revolução Industrial, explica suas categorias essenciais e modo de operar. Aborda os benefícios trazidos pela nova tecnologia: ampliação da capacidade decisória humana, automação, avanços em pesquisa e inovação, medicina e educação, entre outros. Examina os riscos que ela gera, entre os quais: impactos sobre o mercado de trabalho, utilização para fins bélicos, massificação da desinformação e violação a direitos fundamentais. Propõe princípios para a regulação da IA. Demonstra que se trata de uma tecnologia com grande potencial, cujos efeitos reais dependerão sobretudo do uso que faremos dela. Em tais condições, o direito tem o importante desafio de produzir um desenho institucional que incentive seu bom uso e contenha o seu desvirtuamento.

PALAVRAS-CHAVE: inteligência artificial; direitos fundamentais; democracia; trabalho; riscos; regulação.

TABLE OF CONTENTS: Initial Note; Introduction: The dawn of the fourth industrial revolution; 1. A brave new world; 2. What artificial intelligence is; 3. Machine learning, foundation models, and other relevant concepts; Part I: Artificial intelligence and its benefits; 1. Better decision-making in many areas; 2. Automation; 3. Language; 4. Research and innovation; 5. Applications in medicine; 6. Applications in the justice system; 7. Education and culture; 8. Other useful applications of AI; 8.1 Practical everyday utilities; 8.2 Environmental protection; 8.3 Personalization of commercial and other relationships; Part II: Artificial intelligence and its risks; 1. Impact on the job Market; 2. Use for military purposes; 3. Mass dissemination of disinformation; 4. Violation of privacy; 5. Algorithmic discrimination; 6. Issues regarding in-

tellectual property and copyright; Part III: Some principles for regulating artificial intelligence; 1. Complexities of regulation; 2. Some regulatory efforts; 3. Some guidelines; 3.1 Protection of fundamental rights; 3.2 Protection of democracy; 3.3 Promotion of good governance; Conclusion; References

ABSTRACT: This article deals with the benefits and risks of artificial intelligence (AI). It places AI at the dawn of the IV Industrial Revolution, explains its essential categories and way of operating. It addresses the benefits brought by this new technology: expansion of human decision-making capacity, automation, research and innovation, medical school and education, among others. It examines the risks it presents, concerning impacts on the labor market, use for military purposes, dissemination of misinformation and violation of fundamental rights. Finally, it proposes principles for the regulation of AI. The paper demonstrates that AI is a technology with great potential, whose real effects depend on the use we make of it. In such conditions, the law and its operators must look for an institutional design that encourages its positive use and contains its distortion.

KEYWORDS: artificial intelligence; fundamental rights; democracy; labor market; risks; regulation.

CONTENIDO: Nota inicial; Introducción: El amanecer de la cuarta revolución industrial; 1. Un mundo feliz y nuevo; 2. Qué es la inteligencia artificial; 3. Aprendizaje automático, modelos fundacionales y otros conceptos relevantes; Parte I: La inteligencia artificial y sus beneficios; 1. Mejor capacidad de decisión en muchas áreas; 2. Automatización; 3. Lenguaje; 4. Investigación e innovación; 5. Aplicaciones en la medicina; 6. Aplicaciones en el sistema de justicia; 7. Educación y cultura; 8. Otras aplicaciones útiles de la IA; 8.1 Utilidades prácticas del día a día; 8.2 Protección del medio ambiente; 8.3 Personalización de las relaciones comerciales y otras; Parte II: La inteligencia artificial y sus riesgos; 1. Impacto sobre el mercado laboral; 2. Uso con fines bélicos; 3. Masificación de la desinformación; 4. Violación de la privacidad; 5. Discriminación algorítmica; 6. Cuestiones sobre propiedad intelectual y derechos de autor; Parte III: Algunos principios para la regulación de la inteligencia artificial; 1. Complejidades de la regulación; 2. Algunos esfuerzos de regulación; 3. Algunas directrices; 3.1 Defensa de los derechos fundamentales; 3.2 Protección de la democracia; 3.3 Promoción de la buena gobernanza; Conclusión; Referencias.

RESUMEN: El presente artículo trata sobre las potencialidades y riesgos de la inteligencia artificial (IA). Con ese objetivo, sitúa a la IA en el amanecer de la IV Revolución Industrial, explicando sus categorías esenciales y su modo de funcionamiento. Aborda los beneficios que aporta esta nueva tecnología: ampliación de la capacidad de decisión humana, automatización, avances en investigación e innovación, medicina y educación, entre otros. Examina los

riesgos que genera, entre ellos: impactos sobre el mercado laboral, uso con fines bélicos, masificación de la desinformación y violación de derechos fundamentales. Propone principios para la regulación de la IA. Demuestra que se trata de una tecnología con gran potencial, cuyos efectos reales dependerán, sobre todo, del uso que hagamos de ella. En tales condiciones, el derecho tiene el importante desafío de crear un diseño institucional que fomente su buen uso y contenga su desviación.

PALABRAS CLAVE: inteligencia artificial; derechos fundamentales; democracia; trabajo; riesgos; regulación.

Nota inicial³

Há algo de novo debaixo do sol⁴. Muitas de nossas crenças e certezas podem estar com os dias contados. Como os antigos navegadores contemplavam a imensidão dos oceanos, repletos de promessas, mistérios e perigos, estamos novamente de frente para um mundo desconhecido. Paira no ar a sensação de que uma transformação profunda está por vir. Uma revolução, talvez. Algo grandioso como a invenção da prensa por tipos móveis, que difundiu exponencialmente o conhecimento humano, ou o Iluminismo, que reformulou a vida social, a cultura e a política (Kissinger; Schmidt; Huttenlocher, 2023). O futuro nunca pareceu tão próximo e imprevisível⁵.

Diante das possibilidades aparentemente infinitas da tecnologia, só existe uma carta de navegação segura: os valores que desde muito longe devem pautar o avanço civilizatório e a evolução da condição humana na Terra. Laicos ou míticos, eles vêm da Grécia, passam pela Torá, pelos Evangelhos, Buda, Tomás de Aquino, Kant e muitos outros que construíram o patrimônio ético da humanidade. Mas há um ponto dramático aqui: o vertiginoso progresso científico que assistimos, cumulativamente, ao longo dos séculos, não

3 Os autores são gratos a Pedro Henrique Ribeiro Morais e Silva pela ajuda na pesquisa e por sugestões na elaboração do texto, e, também, a Frederico Alvim, por importantes comentários e recomendações bibliográficas.

4 Há uma passagem bíblica conhecida, contida em *Eclesiastes* 1:9, na qual se lê: “O que foi é o que há de ser; o que se fez, isso se tornará a fazer. Não há nada de novo debaixo do sol”. O significado dessa frase é que passam as eras e os seres humanos se debatem com as mesmas questões existenciais. Talvez algumas novas questões estejam surgindo, no entanto.

5 Essa imprevisibilidade é explicável, em parte, pela progressiva autonomia adquirida pelas soluções baseadas em aprendizado de máquina e, em parte, pelo caráter acelerado das inovações nesse campo, que se sucedem (ou se renovam) em uma marcha que prejudica a sua plena compreensão. Nina Schick (2020, p. 11) observa que houve quatro séculos entre a invenção da prensa e o desenvolvimento da fotografia, por exemplo, mas, em apenas três décadas, passamos da eclosão da internet aos *smartphones*, e daí para a plataformação das vidas nas redes sociais, com sérias implicações no regime de informações. Segundo a autora, mudanças tão rápidas em segmentos vitais acarretam um alto componente de incerteza, que deve ser ponderado pela sociedade como um todo.

tem sido acompanhado de uma correspondente evolução ética – e mesmo espiritual – da condição humana. O bem, a justiça real e a solidariedade são frequentemente negligenciados num mundo de pobreza extrema em muitos lugares, desigualdades injustas, guerras e uma ordem doméstica e internacional em que alguns ganham todas e outros perdem sempre. É nesse cenário que se coloca o tema da inteligência artificial (doravante também referida como IA) e suas potencialidades de fazer um mundo melhor. Ou pior. Ou até de aniquilá-lo⁶.

Talvez nenhum tema na história da civilização tenha despertado tanta reflexão simultânea. Nos meios de comunicação, nos bares, nas universidades, nos grandes eventos internacionais, nos encontros de especialistas, um assunto se tornou onipresente: a inteligência artificial. Não há aspecto de suas implicações que não venha sendo explorado pelas mentes mais brilhantes e pelos cidadãos mais comuns. O texto que se segue se insere nessa profusão de escritos que procuram captar o espírito do tempo, traçar rotas e empurrar a história na direção certa. Desviando-se dos abismos que colocariam em risco, quando não nossas vidas, pelo menos nossa humanidade, como a conhecemos. A fé na ciência, como toda crença nesse mundo, não pode levar ao fanatismo. Precisamos definir rumos e limites. Aqui segue só mais uma tentativa de fazê-lo.

O presente artigo está estruturado da forma seguinte. Uma introdução apresenta algumas noções básicas acerca do tema. A Parte I explora as potencialidades positivas da IA. A Parte II procura catalogar os principais riscos que a acompanham. A Parte III identifica alguns princípios que devem reger a regulação da matéria. E, ao final, uma conclusão procura aplacar nossas aflições quanto ao futuro.

6 A pesquisa em IA evita o alarmismo, o que não quer dizer que desdobramentos potencialmente catastróficos não sejam considerados como hipóteses sérias. Confira-se sobre o tema a obra de Stuart Russell, *Inteligência artificial a nosso favor. Como manter o controle sobre a tecnologia*. As preocupações mais relevantes orbitam em torno da inteligência artificial geral, também referida como superinteligência artificial, que define um estado em que os computadores superariam as capacidades humanas em uma medida proeminente, acarretando, conforme Kai-Fu Lee (2019, p. 159-173), “problemas de controle” e “problemas de alinhamento”.

Introdução

O alvorecer da quarta revolução industrial

1. Um admirável mundo novo

Uma nova revolução industrial desponta no horizonte. A primeira ocorreu em meados do século XVIII e é representada pelo uso do vapor como fonte de energia. A segunda revolução industrial, na virada do século XIX para o século XX, tem como símbolos a eletricidade e o motor de combustão interna. A terceira se desenrolou nas décadas finais do século XX, tendo se consumado com a substituição da tecnologia analógica pela digital. Conhecida como Revolução Tecnológica ou Revolução Digital, ela permitiu a universalização dos computadores pessoais, dos telefones inteligentes e é simbolizada pela internet, conectando bilhões de pessoas em todo o mundo (Barroso, 2019, p. 1262). A quarta revolução industrial, que começa a invadir nossas vidas, vem com a combinação da inteligência artificial, da biotecnologia e a expansão do uso da internet, criando um ecossistema de interconexão que abrange pessoas, objetos e mesmo animais de estimação, numa internet de coisas e de sentidos.

Nesse desafiador mundo novo que se descortina, as novas tecnologias podem nos liberar das atividades mais simples do dia a dia, assim como desempenhar tarefas altamente complexas. Podem limpar ambientes, regular a temperatura, e, em breve, dirigirão carros de forma autônoma (Manyika, 2022, p. 12). Prometem recuperar movimentos corporais perdidos (Caczan, 2023), prover diagnósticos médicos mais precisos (Dilsizian; Siegel, 2014, p. 441), suprir deficiências neurológicas, ampliar habilidades cognitivas (Schmidt, 2017, p. 6-10), criar o “gêmeo virtual” de alguém⁷, reproduzir uma pessoa que já morreu⁸, permitir o reencontro com entes queridos que já se foram (Here.After [20--]), cuidar de idosos (Horowitz, 2023), encontrar o amigo ou par romântico ideal (Inner Circle, [20--]; Tinder, [20--]), redigir textos nas mais diversas línguas (ChatGPT, [20--]), distribuir auxílios assistenciais aos mais vulneráveis, direcionar serviços públicos de primeira necessidade aos lugares mais carentes (Katyal, 2022, p. 327; Urueña, 2023). Pretendem, ainda, prever a prática ou reincidência de crimes (Eubanks *apud* Eubanks, 2015), melhorar o monitoramento ambiental, promover o planejamento de cidades inteligentes

7 O site convida o usuário a “duplicar-se virtualmente”, a fim de “ampliar sua produtividade, saúde mental e longevidade” (Mindbank, 2024).

8 O objetivo do sistema é replicar a personalidade dos usuários, sua forma de pensar, falar e outras características, de forma a que possa até mesmo interagir com entes queridos, após a morte da pessoa duplicada (Ramirez, 2023).

(Galaz *et al*, 2021, p. 2), estimar o desempenho de candidatos a um emprego, a probabilidade de adimplemento de um financiamento, bem como o desenvolvimento de doenças graves (Silberg; Manyika, 2019), entre outras questões⁹.

Há mais. Estima-se que as mesmas tecnologias possam revelar a orientação sexual de uma pessoa (Morrison, 2021), antever e denunciar a intenção de realizar um aborto (Cox, 2022), substituir centenas de figurantes e atores em Hollywood (Beckett, 2023), criar ou suprimir milhares de postos de trabalho mecânicos ou criativos (Manyika, 2022, p. 20), manipular ou falsear informações, sons, imagens, crenças e vontades (Hacker; Engel; Mauer, 2023, p. 1 e 2), gerar vícios (Mohammad; Jan; Alsaedi, 2023; Becket; Paul, 2024), interferir sobre comportamentos de consumo (Makhnoui, 2024), influenciar o resultado de processos eleitorais (Heawood, 2018, p. 429-434; Berghel, 2018, p. 84-89), provocar comportamentos violentos (Pauwels, 2020), fortalecer agendas extremistas (Vlachos, 2022), agravar a desigualdade e a discriminação de grupos minoritários (Angwin *et al.*, 2016; Eubanks *apud* Eubanks, 2015), alterar e adquirir vontade própria (Hutson, 2023)¹⁰, acionar armas de destruição em massa, colocar a vida, a saúde e a segurança das pessoas em risco (Manyika, 2022, p. 21 e 27).

A lista é interminável e pode nos conduzir ao sublime e ao horror, à liberdade ou à escravidão. À ampla afirmação dos direitos humanos ou à sua supressão. Como intuitivo, o problema não está na tecnologia em si, mas no uso que faremos dela e, sobretudo, em como pretendemos distribuir os benefícios que irá gerar. O desafio, portanto, está em se produzir um desenho institucional que incentive o bom uso da Inteligência Artificial e que contenha o seu desvirtuamento, impedindo a automação da produção de injustiças (Degli-Esposti, 2023, p. 10) e a multiplicação dos riscos existentes (Coeckelbergh, 2023, p. 167).

9 As eventualidades positivas são, de fato, impressionantes, o que leva a que algumas correntes cogitem o uso das novas tecnologias para a transformação dos mecanismos de governança, em favor da instauração de uma “democracia algorítmica”, supostamente neutra e eficaz. Não obstante, a neutralidade algorítmica não existe, e a legitimidade democrática se relaciona necessariamente com a representação fundada na vontade popular. Nessa linha, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa entende que a definição dos objetivos políticos e sociais não pode ser relegada aos algoritmos. Pelo contrário, deve permanecer nas mãos de seres humanos que se submetem a um sistema de responsabilização política e legal (União Europeia, 2022).

10 Teme-se que a capacidade de aprendizado autônomo da IA possa levá-la a adquirir inteligência super humana, tornando-a incontrolável. A tal fenômeno designa-se “singularidade”.

2. O que é a inteligência artificial

Numa definição simples, é possível afirmar que a inteligência artificial consiste em programas (*softwares*) que transferem capacidades humanas para computadores. Essas capacidades incluem tarefas cognitivas e tomada de decisões, via de regra com base nos dados, instruções e objetivos com que são alimentados¹¹. Não há, contudo, uma convergência plena sobre o conceito técnico de IA e sua abrangência¹². Inúmeras entidades e instituições, como a OCDE¹³ e a Unesco¹⁴, procuram delimitar-lhes os contornos. É possível apontarem-se alguns traços comuns a essas tentativas de definição: são sistemas com capacidade de processar dados e informações de forma assemelhada à inteligência humana, que incluem aprendizado, raciocínio, percepção e comunicação por via de linguagem. Consultado, o ChatGPT4 forneceu a seguinte definição:

Inteligência Artificial (IA) é um ramo da ciência da computação dedicado a criar sistemas capazes de realizar tarefas que, tradicionalmente, requerem inteligência humana. Estas tarefas incluem aprendizado (a capacidade de melhorar o desempenho com a experiência), raciocínio (a capacidade de resolver problemas através de métodos lógicos), percepção (a capacidade de interpretar dados sensoriais para entender aspectos do mundo) e interação linguística (a capacidade de compreender e produzir linguagem natural).

- 11 A expressão “inteligência artificial” é atribuída a um *workshop* realizado em 1956, em Dartmouth, com o objetivo de se buscar desenvolver máquinas capazes de solucionar problemas resolvidos por humanos e se aprimorarem (MacCarthy *et al.*, 1955; Manyika, 2022, p. 15).
- 12 Organizações representativas de empresas de IA postulam a formulação de um conceito mais restritivo de inteligência artificial, ao passo que organizações de defesas de direitos humanos defendem a ampliação do conceito para outras tecnologias, que também podem produzir efeitos adversos sobre direitos humanos. Em tal contexto, a própria abrangência do contexto de IA depende, em parte, do quanto se pretende regular (Madiega, 2023, p. 6-8).
- 13 “Um sistema de IA é um sistema baseado em máquina que, para objetivos explícitos ou implícitos, infere, a partir das informações que recebe, como gerar resultados como previsões, conteúdos, recomendações ou decisões que podem influenciar ambientes físicos ou virtuais. Diferentes sistemas de IA variam nos seus níveis de autonomia e adaptabilidade após a implantação” (OCDE, 2019; Russel; Perset, Marko, 2023).
- 14 “Por conseguinte, a presente recomendação aborda os sistemas de IA como sistemas que têm a capacidade de processar dados e informações de uma forma que se assemelha a um comportamento inteligente e que, normalmente, inclui aspectos de raciocínio, aprendizagem, percepção, previsão, planejamento ou controle” (“Therefore, this Recommendation approaches AI systems as systems which have the capacity to process data and information in a way that resembles intelligent behaviour, and typically includes aspects of reasoning, learning, perception, prediction, planning or control”) (Unesco 2021).

No estágio atual (Degli-Esposti, 2023, p. 10; Rebollo Delgado, 2023, p. 24)¹⁵, a inteligência artificial não tem consciência de si mesma, não tem discernimento do que é certo ou errado, tampouco possui emoções, sentimentos, moralidade ou mesmo senso comum. Vale dizer: ela é inteiramente dependente da inteligência humana para alimentá-la, inclusive com valores éticos. Computadores não têm vontade própria (Winston, 2018; Lenharo, 2023). Embora esse seja o conhecimento convencional na matéria, algumas experiências revelam surpreendente capacidade de aprendizado, suscitando novas preocupações. Uma delas foi o Alpha Zero, um programa de IA desenvolvido pela Google que derrotou o Stockfish, até então o mais poderoso programa de xadrez no mundo. Ao contrário de programas anteriores, Alpha Zero não foi alimentado com movimentos previamente concebidos pelo homem. Ou seja: não se baseou no conhecimento, na experiência e nas estratégias humanas. Ele recebeu apenas as regras do jogo. Alpha Zero treinou jogando consigo mesmo, desenvolveu os seus próprios movimentos e estratégias, originais e inortodoxas, com uma lógica própria (Kissinger; Schmidt; Huttenlocher, 2021, p. 7 *et seqs.* e 26).

Duas visões disputaram a primazia nas pesquisas sobre inteligência artificial ao longo dos anos. A primeira delas inspirou-se no modo de funcionamento da mente humana, procurando mimetizar a maneira como elaboramos as questões e desenvolvemos raciocínios lógicos. Essa primeira perspectiva dominou as experiências sobre IA até a década de 80 do século passado. A segunda visão inspirou-se no modo de funcionamento das estruturas do cérebro humano. Propôs, assim, conectar unidades de processamento de informações, equivalentes a neurônios, de modo a simular como eles funcionam (Dreyfus; Dreyfus, 1988, p. 15-44). Essa a visão que se tornou dominante no cenário da IA, denominada “abordagem conexionista” (*connectionist approach*). Ela não procura reproduzir a forma de se racionalizar da mente humana. Ao contrário, busca estabelecer correlações e padrões entre milhares de dados e determinados resultados. Seus principais pontos de apoio são a estatística e a neurociência.

Os sistemas de Inteligência Artificial baseiam-se em dados e algoritmos. Quanto maior o conjunto de dados a que têm acesso, maior é o número de correlações confirmadas e descartadas e, naturalmente, mais precisos tendem a ser os resultados (Dreyfus; Dreyfus, 1988, p. 15-44). Um determinado

15 A ressalva se impõe tendo em vista que não se descarta que a IA do futuro conceda, às máquinas, doses intensas de autonomia e de consciência, em um panorama em que as aplicações inteligentes adquiram uma racionalidade própria, perseguindo objetivos não previstos.

universo de dados ou características correlacionadas leva a IA a identificar um cachorro ou um gato, um bom ou um mau devedor, uma pessoa com tendências depressivas, uma criança em risco. O estabelecimento de correlações entre tais elementos pode parecer aleatório ou irracional para o modo de conhecer da mente humana. Mas, lembre-se, o modelo é baseado em estatística, não em lógica.

Algoritmo, por sua vez, é um conceito fundamental em ciência da computação. O termo identifica o conjunto de instruções, regras e parâmetros que orientam os computadores a cumprir as tarefas que lhes foram atribuídas. São fórmulas, códigos e roteiros que selecionam, tratam e estocam os dados, com o objetivo de obter um determinado resultado. Os dados selecionados (*inputs*) e suas correlações permitem conduzir aos resultados visados pelo programa (*outputs*), que podem ser os mais variados. Por exemplo: se o resultado dá ensejo à diferenciação entre objetos e seres vivos, fala-se em IA discriminativa; se o resultado for a previsão de comportamentos – de consumo, financeiros ou políticos – tem-se a IA preditiva; se for a geração de conteúdos – textos, imagens ou sons –, diz-se que é IA generativa (Hacker; Engel; Mauer, 2023, p. 1-3 e 13)¹⁶.

3. Aprendizado de máquina, modelo fundacional e outros conceitos relevantes

No que se refere ao modo de operar, os sistemas de inteligência artificial mais avançados atualmente são aqueles capazes de desenvolver o aprendizado de máquina. O aprendizado de máquina refere-se à aptidão de um modelo para adquirir conhecimento autonomamente, sem prévia programação explícita, com base na identificação de correlações entre grandes volumes de dados, como descrito acima. Vale observar, ainda, que, para conceitos mais restritos de IA, a capacidade de aprendizado de máquina é o que diferencia a inteligência artificial da mera automação, que seria um fenômeno mais amplo (Nunes; Andrade, 2023, p. 4; Brown, 2021). O aprendizado de máquina é o processo que serve de base a grande parte dos serviços de IA que usamos hoje, tais como os sistemas de recomendação de conteúdos de plataformas como Netflix, YouTube e Spotify, os modelos de seleção e hierarquização de resultados em ferramentas de busca como Google, Bing e Baidu, além de *feeds* e regimes de recomendação de contatos em mídias sociais como Facebook e X (ex-Twitter) (Hao, 2018; Nunes; Andrade, 2023, p. 5).

16 As qualificações acima não são exaustivas. Alude-se, por exemplo, à IA adversarial, destinada a impedir o funcionamento de outra IA para fins de proteção de dados, entre outras (Hacker; Engel; Mauer, 2023, p. 13).

O aprendizado de máquina se vale dos algoritmos e das redes neurais artificiais. As “redes neurais” artificiais (*neural networks*) se inspiram em redes de neurônios humanos. São modelos matemáticos que imitam nosso sistema nervoso (Porto; Araújo; Gabriel, 2024, p. 37). Por meio delas, diferentes processadores de dados trabalham conjuntamente para tratar tais dados. O “aprendizado profundo” de máquina (*machine deep learning*) é a técnica que amplia a capacidade de aprendizado de máquina, por meio do estabelecimento de várias camadas de redes neurais artificiais, simulando o complexo funcionamento do cérebro humano, a fim de que tais múltiplas redes e processadores administrem as informações e estabeleçam correlações simultaneamente (Hao, 2018; Re; Solow-Niederman, 2019, p. 244-246). Tem aplicação no reconhecimento de imagem e fala, tradução automática e processamento de texto. Existem três espécies de aprendizado de máquina: supervisionado (*supervised*), não supervisionado (*unsupervised*) e por reiteração (*reinforcement*) (Brown, 2021)¹⁷.

Quanto ao uso ou à finalidade, os sistemas de IA comportam inúmeras classificações, que por vezes se superpõem. Modelos fundacionais (*foundational models*) são treinados com grandes quantidades de dados, preparados para se adaptarem a múltiplas tarefas. O ChatGPT (*Chat Generative Pre-trained Transformer*), uma IA generativa, é exemplo de modelo fundacional (também chamado de “propósito geral”) e de um “grande modelo de linguagem” (*large language model*), com capacidade para gerar arte, imagens, textos e sons (Jones, 2023)¹⁸. Note-se bem: programas generativos de IA podem criar conteúdos novos, não apenas analisar ou classificar conteúdos existentes. Se alguém pesquisar no Google como funciona um carro elétrico, será remetido a um *link* que levará a um *site* de terceiros. O ChatGPT, no entanto, irá explicar como um carro elétrico funciona nas suas próprias palavras (Ariyaratne, 2023, p. 4 e 5).

Os modelos fundacionais são considerados um passo na direção da chamada IA de propósito geral (*general purpose AI*), que ainda não foi inteiramente alcançada, mas já é capaz de realizar uma grande quantidade de tarefas, não

17 O aprendizado supervisionado, que é o principal tipo utilizado atualmente, é aquele em que é possível definir-se qual é o *output* adequado. É o caso dos sistemas de IA voltados a categorizações (em gatos, cachorros, meios de transporte). O aprendizado não supervisionado (*unsupervised*), menos comum, é aquele que busca a identificação de padrões, correlações e agrupamentos sem a prévia definição do resultado adequado. Por fim, o aprendizado por reiteração (*reinforcement*) tem o objetivo de treinar e aprimorar máquinas por meio de um sistema de tentativa e erro, de modo a ensiná-las a tomar as melhores decisões (Brown, 2021).

18 Nem toda IA generativa constitui um modelo fundacional. Ela pode ser modelada para propósitos bem específicos. As capacidades generativas podem incluir a manipulação e a análise de texto, de imagem, de vídeo e a produção de discurso. Aplicativos generativos incluem *chatbots*, filtros de fotos e vídeos e assistentes virtuais.

sendo limitada a objetivos específicos (Bommasani *et al.*, 2022, p. 4-12; Hacker; Engel; Mauer, 2023, p. 2-4; Uuk; Gutierrez; Tamkin, 2023). Por sua vez, os modelos de propósito determinado ou estrito (*fixed-purpose AI systems* ou *narrow AI*), como o próprio nome sugere, destinam-se a um propósito específico e, por isso, são conformados de forma mais restritiva. São treinados com uma base mais direcionada de dados. Nessa categoria enquadra-se a maior parte dos sistemas de IA atualmente em uso, que incluem os assistentes de voz como Siri, Alexa e Google Assistant, que se prestam a compreender e cumprir comandos de voz; sistemas de recomendação de conteúdo em plataformas de *streaming*, filtros de *spam*, sistemas de previsão do tempo, *softwares* de reconhecimento facial, entre outros. Todos se destinam a uma finalidade bastante delimitada.

Por fim, a expressão IA forte (*strong AI*), também referida como inteligência artificial geral (*AGI – artificial general intelligence*), designa sistemas com capacidade de compreensão, aprendizado e aplicação concreta equivalente à dos seres humanos. Seria capaz, assim, de raciocínio, resolução de problemas e tomadas de decisões próprias. Esse tipo de IA constitui um conceito teórico, ainda não alcançado, mas possível de ser concretizado em alguns anos, segundo alguns pesquisadores (Taulli, 2020, p. 218).

Seria possível continuar explorando as múltiplas technicalidades do tema. Como, por exemplo, a cadeia de valor da IA, com suas diferentes fases: *design*, desenvolvimento, implementação e manutenção do sistema (Hacker; Engel; Mauer, 2023, p. 8-11). Cada uma dessas fases tem seus próprios desafios e riscos, envolvendo diferentes atores, que incluem o desenvolvedor (*developer*)¹⁹, o implementador (*deployer*)²⁰, o usuário²¹ e o destinatário final (*recipient*)²². Tais agentes detêm distintas *expertises* e habilidades, podendo gerar diferentes aportes, danos e responsabilidades (Hacker; Engel; Mauer, 2023, p. 8-11). Essa variedade de papéis, como intuitivo, acrescenta alguns graus de dificuldade à regulação da matéria.

19 Seria o caso da OpenAI quanto ao GPT-4 (modelo fundacional).

20 No caso do ChatGPT (modelo de propósito específico), a OpenAI é desenvolvedora e implementadora. A Be My Eyes, a seu turno, é apenas implementadora do Virtual Volunteer (também de propósito específico), adaptado a partir do GPT-4.

21 No caso dos produtos referidos na nota anterior, usuário é quem gera o texto com o ChatGPT ou consulta o aplicativo de voz, via Virtual Volunteer.

22 Quem usa o texto e as orientações de voz. Veja que a notícia produzida pode ou não ser verdadeira. A voz pode ser uma boa orientação ou uma *deep fake*, produzida para iludir o destinatário.

É hora, todavia, de seguir adiante, explorando implicações da inteligência artificial que transcendem os temas estritamente técnicos.

PARTE 1

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SEUS BENEFÍCIOS

A inteligência artificial vem crescentemente se incorporando à rotina das nossas vidas, por vezes de maneira tão natural que nem associamos certas utilidades a ela. A verdade é que a vida analógica vai ficando para trás. É certo que sempre haverá quem prefira objetos manufaturados ao estilo antigo, como alguns relógios de marcas caríssimas, que celebram um passado artesanal, embora atrasem, adiantem e funcionem bem pior que seus equivalentes digitais. Mas continuam atraindo compradores, a comprovar que a espécie humana não é totalmente movida pela razão e pelo pragmatismo. Porém, salvo extravagâncias e idiosincrasias, o fato é que hoje fazemos pesquisas sobre qualquer tema por meio de algoritmos de busca. Escolhemos produtos, leituras, viagens, hospedagens utilizando algoritmos de recomendação. Optamos por deslocamentos mais rápidos ou definimos o que vestir com base em sistemas inteligentes de medição de tráfego de veículos e de medição de temperatura. Em suma, a IA traz muitas coisas positivas, que tornam nossa vida melhor e mais fácil.

Pensando no impacto em larga escala da inteligência artificial, são tantas as suas utilidades e potencialidades que não é sequer fácil selecioná-las e sistematizá-las. A seguir, alguns exemplos significativos.

1. Melhor capacidade decisória em muitas áreas

Em inúmeros domínios, a IA terá melhor capacidade de tomada de decisões que seres humanos, por variadas razões. Em primeiro lugar, por poder armazenar uma quantidade de informações bem maior do que o cérebro humano. Em segundo lugar, por ser capaz de processá-las com muito maior velocidade. Em terceiro lugar por ser capaz de fazer correlações dentro de um volume massivo de dados, para além das possibilidades de uma pessoa ou mesmo de uma equipe. Tais correlações podem revelar associações entre fatores dos quais não nos damos conta, por sua complexidade ou sutileza. Como já assinalado, no entanto, a eficiência da IA dependerá da quantidade e da qualidade dos dados com que alimentada. Ademais, no atual estado da arte,

ferramentas de IA generativa podem produzir informações inventadas ou absurdas, num desvio conhecido como “alucinação” (*hallucination*)²³. Deve-se ressaltar que em áreas que dependam de inteligência emocional, de valores éticos ou de compreensão das nuances do comportamento das pessoas, a intervenção humana será indispensável e sua capacidade decisória superior.

2. Automação

A IA permite a automação de inúmeras tarefas, tanto rotineiras como mais complexas, aumentando a produtividade e a eficiência em várias áreas de atividade. Tarefas repetitivas, desgastantes ou extenuantes para pessoas humanas podem ser desempenhadas por máquinas, como, por exemplo, em linhas de produção industrial. Além disso, reduz-se a margem de erros e é possível a eliminação de riscos, em trabalhos como exploração de minas, desarme de bombas, reparo de cabos no fundo do oceano ou viagens espaciais. Acrescente-se que a IA pode trabalhar ininterruptamente por 24 horas, todos os dias da semana, produzindo em maior escala, com melhor precisão e a menor custo. Não cansa, não adoece, não varia de humores e não há risco de ajuizar reclamação trabalhista. O impacto negativo que tudo isso pode produzir sobre o mercado de trabalho será examinado adiante.

3. Linguagem

O impacto da IA sobre o campo da linguagem tem sido profundo e multifacetado, especialmente pelo uso do Processamento de Linguagem Natural (*Natural Language Processing*). A qualidade das traduções feitas pelo Google Translate, pelo ChatGPT e pelo DeepL, para citar alguns exemplos, foi aprimorada de maneira expressiva, tornando-as bastante precisas e fluentes. Com isso, rompem-se muitas das barreiras do idioma na comunicação humana. Ferramentas como Siri, Alexa e Google Assistant respondem a comandos de voz. Outras ferramentas transformam textos em fala. Chatbots ajudam a resolver dúvidas e problemas de consumidores e clientes. E a IA generativa, que vem assombrando o mundo, comunica-se com o usuário por meio de textos, sons e imagens. São extraordinários os avanços nessa área.

23 Note-se que as alucinações de IA podem repercutir de forma brutal em processos sociais relevantes. Por exemplo, de acordo com um relatório do laboratório *AI Forensics*, o chatbot Bing, da Microsoft, ofereceu informações equivocadas em 30% das consultas básicas que lhes foram feitas sobre temas afetos a eleições na Alemanha e na Suíça. Descobriu-se, ainda, que o problema crescia quando as perguntas eram feitas em idiomas diferentes do inglês (Guadián, 2024).

4. Pesquisa e inovação

A IA ampliou as fronteiras da pesquisa e da inovação em quase todas as áreas da atividade humana, da física e da química à indústria automobilística e espacial. O volume de ciência que se vem produzindo com base na IA tem crescido exponencialmente. A IA pode simplificar e abreviar pesquisas clínicas e testes com novos medicamentos, materiais e produtos. A análise de vastas quantidades de dados acelera o processo de descobertas científicas. Importante destacar a redução de custo e de tempo no desenvolvimento de novas drogas, bem como de carros autônomos, com a promessa de redução do número de acidentes. A expectativa é que a IA, na sua relação com a pesquisa e a inovação, possa ajudar no enfrentamento de inúmeros desafios da humanidade, como a mudança climática, o combate à fome, o controle de pandemias, a sustentabilidade das cidades e doenças como câncer e alzheimer (União Europeia, 2023a). O movimento que promove a exploração benéfica dos potenciais da IA é conhecido como *Data for good* (Muñoz Vela, 2022, p. 65).

5. Aplicações na medicina

A medicina é uma das áreas de maior impacto da inteligência artificial sobre a vida e a saúde das pessoas. Tecnologias como o aprendizado de máquina e o processamento de linguagem natural vão melhorar a qualidade da assistência aos pacientes e reduzir custos. O aperfeiçoamento de diagnósticos, a análise de imagens, as cirurgias robóticas, o planejamento e a personalização dos tratamentos, a telemedicina, a previsão de futuras doenças e o manejo dos dados dos pacientes são alguns dos múltiplos benefícios que poderão advir. A IA não tornará a atuação do médico prescindível, mas pode modificar alguns dos papéis que desempenha, transferindo atribuições do plano técnico para o plano humano da empatia e da motivação. Também haverá implicações éticas e legais, como, por exemplo, erros praticados por equipamentos de IA (Davenport; Kalacota, 2019,).

6. Aplicações no sistema de justiça

A IA traz a perspectiva de transformações profundas na prática do direito e na prestação jurisdicional. Num ambiente em que os precedentes vão se tornando mais importantes, é enorme a sua valia para a pesquisa eficiente de jurisprudência. A possibilidade de elaboração de peças por advogados, pareceres pelo Ministério Público e decisões pelos juízes, com base em minutas

pesquisadas e elaboradas por IA irá simplificar a vida e abreviar prazos de tramitação. Por evidente, tudo sob estrita supervisão humana, pois a responsabilidade continua a ser de cada um desses profissionais. Nos tribunais, programas de IA que agrupam processos por assuntos, bem como os que podem fazer resumos de processos volumosos otimizam o tempo e a energia dos julgadores. Da mesma forma, a digitalização dos processos – no Brasil, hoje, a quase totalidade dos processos e de sua tramitação são eletrônicos –, a automação de determinados procedimentos e a resolução *online* de conflitos têm o potencial de tornar a Justiça mais ágil e eficiente. No Brasil, no âmbito dos diversos tribunais do país, existe mais de uma centena de projetos de utilização da IA na prestação jurisdicional.

Há aqui um ponto controverso e particularmente interessante: o uso da IA para apoiar a elaboração de decisões judiciais. Muitos temem, não sem razão, os riscos de preconceito, discriminação, falta de transparência e de explicabilidade. Sem mencionar ausência de sensibilidade social, empatia e compaixão. Mas é preciso não esquecer que juízes humanos também estão sujeitos a esses mesmos riscos. Por essa razão, há um outro lado para essa moeda: a perspectiva de que a IA possa, efetivamente, ser mais preparada, imparcial e menos sujeita a interesses pessoais, influências políticas ou intimidações. Isso pode acontecer em qualquer lugar, mas especialmente em países menos desenvolvidos, com menor grau de independência judicial ou maior grau de corrupção (Ariel Gustavo, 2021; Sustain, 2022). Seja como for, no atual estágio da civilização e da tecnologia, a supervisão de um juiz humano é indispensável, embora se possa impor a ele um ônus argumentativo aumentado nos casos em que pretenda produzir resultado diverso do proposto pela IA.

7. Educação e cultura

A inteligência artificial vai transformar a paisagem da educação no mundo, tanto nos métodos de ensino quanto nas possibilidades de aprendizado. De início, a internet, potencializada pela IA, ampliou exponencialmente o acesso ao conhecimento e à informação, expandindo o horizonte de todas as pessoas que têm acesso à rede mundial de computadores. Além disso, a educação a distância rompeu as barreiras de tempo e espaço, permitindo o aprendizado a qualquer hora, de qualquer lugar do mundo. Bibliotecas digitais dispensam o deslocamento físico e permitem a consulta em repertórios situados em qualquer lugar do mundo. Na perspectiva dos professores, ela pode ajudar na preparação de aulas, na elaboração de questões e mesmo na correção de

trabalhos, além de desempenhar tarefas administrativas que liberam os professores para mais tempo de atividade acadêmica. Tudo, sempre, reitere-se, com supervisão humana.

Do ponto de vista dos alunos, a IA, sobretudo generativa, facilita a pesquisa, pode resumir textos longos, corrigir erros gramaticais e sugerir aperfeiçoamentos de redação, além de ajudar a superar as barreiras linguísticas, como visto acima. Ela permite, também, a personalização do ensino, customizado às necessidades dos alunos, inclusive para pessoas com deficiência, na medida em que, por exemplo, pode transformar texto em voz ou vice-versa²⁴. Naturalmente, para trazer benefícios distribuídos de maneira equânime pela população, o uso da IA pressupõe conectividade de qualidade para todos (inclusão digital). Não se deve descartar, aqui, algumas disfunções que podem advir do uso da IA na educação, que vão do plágio à limitação da criatividade e do espírito crítico. Por isso mesmo, organizações internacionais como a OCDE (2023) e a Unesco (2021) produziram documentos relevantes, com princípios e diretrizes para o uso da IA na educação.

O impacto da IA sobre a cultura também será imenso. Na face positiva, ela abrirá caminhos para a criatividade, em sinergia com músicos, pintores, escritores, arquitetos, desenhistas gráficos e em inúmeros outros agentes de criação. A IA generativa pode auxiliar na composição de sinfonias, obras literárias, poesias, narrativa de histórias etc., aumentando a criatividade, o universo estético, mas também suscitando inúmeras questões de natureza ética sobre propriedade intelectual e direitos autorais (Beiguelman, 2021, p. 59). Merece reflexão a afirmação de Yuval Noah Harari de que a IA já *hackeou* o sistema operacional da cultura humana, que é a linguagem. E indaga: o que significará para os seres humanos viver num mundo em que um percentual dos romances, músicas, imagens e leis, em meio a muitas outras criações, são gerados por uma inteligência não humana? (Harari, 2023)

8. Outras aplicações úteis da IA

8.1 Utilidades práticas do dia a dia

A tecnologia da IA está presente nos computadores pessoais e nos telefones celulares inteligentes em múltiplos aplicativos, como Google Maps, Waze,

24 Na área educacional, a IA pode beneficiar ainda os estudantes portadores de altas capacidades (superdotados), dado que as habilidades de percepção, reconhecimento e recomendação permitem supervisionar, compreender e adaptar o processo de aprendizado de cada aluno, além de liberar os professores para um tempo maior para a instrução individual (Lee, 2019, p. 149).

Uber, Spotify, Zoom, Facebook, Instagram. E, também, em assistentes pessoais, como Siri e Alexa. A IA tem papel importante, igualmente, na indústria de entretenimento via *streaming* (Netflix, Amazon Prime, HBO Max) e de *games*. Sem mencionar os aplicativos que permitem transações bancárias e pagamentos por cartões de crédito, em meio a inúmeras outras utilidades.

8.2 Proteção do meio ambiente

A IA terá um papel cada vez mais crítico em relação à proteção ambiental, na análise de dados, na previsão de fenômenos e no monitoramento de situações. Os exemplos são múltiplos e incluem: exame de dados sobre mudança climática, uso de imagens de satélites e *drones*, controle dos níveis de poluição do ar, da água e do solo, racionalização da distribuição e do consumo de energia e de água, previsão de desastres naturais (como furacões, terremotos e inundações), auxílio na agricultura sustentável por meio de sensores de solo e outros instrumentos, com redução do uso de pesticidas, orientação à irrigação e ajuda no planejamento do reflorestamento²⁵.

8.3 Personalização das relações comerciais e outras

A IA permite que indústria, comércio, serviços, meios de comunicação e plataformas digitais direcionem a seus consumidores informações, notícias e anúncios que correspondam aos seus interesses. Isso, naturalmente, otimiza o tempo das pessoas e facilita a aquisição de produtos, livros, planejamentos de viagem e inúmeras outras escolhas a serem feitas e decisões que precisam ser tomadas. Recomendações de filmes, de músicas ou de outras formas de entretenimento vêm desse uso da inteligência artificial. Não se deve desconsiderar aqui, todavia, aspectos negativos associados a uma certa tribalização da vida, pelo viés de confirmação decorrente do envio de materiais que, no geral, reiteram preferências e convicções. Tal fenômeno reduz a pluralidade de visões, gera novas formas de controle social²⁶ e pode conduzir à polariza-

25 No entanto, o gasto de energia decorrente da alimentação, operação e manutenção da IA, bem como seus impactos sistêmicos sobre diferentes ecossistemas tampouco devem ser ignorados, como alguns pesquisadores já observaram (García-Martín *et al.*, 2019, p. 75-88; Centeno *et al.*, 2021, p. 1-10).

26 Sobre o uso da IA como forma de controle social: “Os mecanismos de busca apresentam um outro desafio: dez anos atrás, quando eram movidos por *data mining* (em vez de aprendizado de máquina), se uma pessoa fizesse buscas por um “restaurante gourmet”, e depois por “roupas”, sua última busca seria independente da primeira. Nas duas vezes, um mecanismo de pesquisa agregaria o máximo de informações possível e lhe daria opções [...]. As ferramentas contemporâneas, por sua vez, são guiadas pelo comportamento humano observado. [...] A pessoa pode estar procurando roupas de grife. No entanto, existe uma diferença entre escolher em meio a uma variedade de opções e realizar uma ação – nesse caso, fazer uma compra; em outros casos, adotar uma posição ou uma ideologia política [...] – sem nunca ter visto o leque inicial de possibilidades ou implicações, apenas confiando em uma máquina para configurar antecipadamente as opções” (Kissinger; Schmidt; Huttenlocher, 2023, p. 20).

ção e ao radicalismo (Barroso; Barroso, 2023). No plano das relações pessoais, pesquisas demonstram que casamentos resultantes de relacionamentos iniciados *online*, com auxílio de algoritmos, têm se revelado ligeiramente mais satisfatórios que os casamentos em que os parceiros se conhecem por métodos convencionais, *offline* (Tropiano, 2023; Harms, 2013).

Não é o caso de se seguir listando, indefinidamente, todas as utilidades e os benefícios decorrentes da inteligência artificial, que, de resto, se ampliam a cada dia. Entre eles se incluem o desenvolvimento dos veículos autônomos, o monitoramento de equipamentos para detectar possíveis falhas em infraestruturas, a detecção de fraudes, sobretudo de natureza financeira, o aprimoramento da cybergurança, os controles de aviação etc. Cabe, agora, voltar os olhos para os problemas, riscos e ameaças que podem decorrer da utilização em larga escala da inteligência artificial.

PARTE II

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SEUS RISCOS

Toda nova tecnologia produz um efeito disruptivo sobre as relações de produção, de consumo e sobre o mercado de trabalho, impactando a vida social. Além disso, como muitas coisas na vida, as inovações podem ter um lado negativo ou ser apropriadas por maus atores sociais. A máquina de tear desempregou costureiras e artesãos; a impressão em *offset* eliminou os empregos de linotipista. A informatização diminuiu a necessidade de bancários no sistema financeiro. As plataformas digitais abriram caminho para a polarização extremista (Fisher, 2023, p. 20), a desinformação (Kakutani, 2018, p. 17) e os discursos de ódio (Campos Mello, 2020; Williams, 2021, p. 207). Mais grave ainda: a invenção das caravelas permitiu o comércio transoceânico, mas também o tráfico negreiro (Acemoglu; Simon; 2023, p. 4-5)²⁷.

Por essas razões, é preciso ter atenção para os efeitos adversos do uso da inteligência artificial, procurando neutralizá-los ou mitigá-los. Tais impactos negativos da IA podem ter implicações sociais, econômicas, políticas ou até mesmo abalar a paz mundial. A seguir, o levantamento de algumas consequências, riscos e ameaças trazidas pela inteligência artificial.

27 Os autores apontam algumas invenções que, nos últimos mil anos, não trouxeram, necessariamente, prosperidade para todos.

1. Impacto sobre o mercado de trabalho

Esse é o efeito mais óbvio e previsível, fruto do que normalmente ocorre quando uma nova tecnologia abala o modo de produção anterior. Com o avanço da automação, a paisagem do mercado de trabalho irá se modificar profundamente, exigindo adaptação dos trabalhadores de áreas diversas da economia para novos trabalhos. Uma transição que nem sempre é fácil. Note-se que no caso da IA, o impacto será não apenas quanto a postos de trabalhos mais mecânicos, mas afetará, também, funções mais qualificadas e criativas²⁸⁻²⁹. É certo que novas tecnologias também tendem a gerar novos mercados e, conseqüentemente, novos empregos. Entretanto, há um problema de *timing* e de escala nessa consideração. É improvável que novos postos de trabalho sejam espontaneamente gerados no mesmo ritmo e volume (Keynes, 1930)³⁰. Esse é um importante desafio, que exigirá dos governos investimento em proteção social e capacitação dos trabalhadores, convindo lembrar que a expansão da vulnerabilidade econômica tende a impactar a esfera de proteção democrática, dado que assoma, historicamente, como um fator potencial de desestabilização.

2. Utilização para fins bélicos

É relativamente escassa a literatura acerca da utilização da IA para fins bélicos, até pelo sigilo que normalmente se impõe na matéria, por motivos de segurança. Mas ao longo da história, novas tecnologias ou são originárias de pesquisas para objetivos militares ou são rapidamente direcionadas a esse fim. Não é difícil imaginar países como Estados Unidos e China numa competição para emprego da IA com destinação militar, com uso das novas tecnologias e de robôs. Aliás, *drones* automatizados (*automated drones*) operados remotamente já são utilizados há algum tempo para esse fim, com missões de reconhecimento, vigilância, entrega de equipamentos ou mesmo ataques aéreos. Tema que tem despertado grande preocupação é o das armas letais

28 Estima-se que os bancos e algumas empresas de tecnologia gastam 60% a 80% das suas folhas de pagamento, ou mais, com trabalhadores com alta probabilidade de serem afetados pela nova tecnologia (Lohr, 2024). Em sentido semelhante, veja-se em Maheshwari (2024) quanto ao mercado de propaganda e *marketing*.

29 Outros estudos indicam que funções que demandem inteligência social (relações públicas), criatividade (biólogos e *designers*), percepção e manipulação fina (cirurgiões) tendem a ser mais poupados (Frey; Osborne, 2017). Avaliam, ainda, que trabalhos de análise, previsão e estratégia serão os mais afetados (Webb, 2019).

30 Como observado por Keynes (1930), há quase um século, o avanço tecnológico tende a gerar um desajuste ao menos temporário em matéria de trabalho, até que novas oportunidades de trabalho são identificadas.

autônomas (*autonomous lethal weapons*), que podem se engajar em combate e atacar alvos por decisão própria, sem controle humano. Há debates em curso acerca do controle estrito do seu uso por atos internacionais (Klare, 2023). As implicações éticas desse tipo de armamento são dramáticas e é imperativa uma regulação rigorosa do seu uso ou, talvez preferencialmente, o seu banimento.

Além disso, as tecnologias de comunicação e informação já há algum tempo têm mobilizado esforços militares, protagonizando táticas recorrentes no contexto das “guerras híbridas” (*hybrid warfares*). Trata-se de novas formas de agressão que envolvem, além da destruição por meios físicos, campanhas de influência e desinformação (*cognitive warfares*), além de ciberataques com o propósito de comprometer sistemas informatizados vitais, como por exemplo as estruturas de fornecimento de energia (Alvim; Zilio; Carvalho, 2023, p. 69).

3. Massificação da desinformação

Ao menos desde 2016, a difusão de informações por meio de plataformas digitais e aplicativos de mensagens tem representado um problema grave para o processo democrático e eleitoral. Estudos documentam que a circulação de falsidades e o radicalismo *online* se dão em maior velocidade e com maior engajamento do que a difusão de discursos verdadeiros e moderados. O que é emocional, improvável, alarmante produz mais engajamento e mobilização. O *deep fake* torna as coisas ainda piores, na medida em que simula pessoas falando coisas que jamais disseram, adulterando conteúdos e realidades de forma imperceptível para o cidadão (Barroso; Barroso, 2023; Campos Mello; Rudolf, 2023, p. 53-78). Tal panorama não é hipotético e os antecedentes são preocupantes. Tornou-se notória a influência que a disseminação de desinformação exerceu sobre eventos históricos como a saída do Reino Unido da União Europeia (Brexit), as eleições nos Estados Unidos, ambas em 2016, e nas eleições brasileiras de 2018. A democracia pressupõe a participação esclarecida dos cidadãos e, naturalmente, fica gravemente comprometida com a circulação ampla de mentiras deliberadas, destruição de reputações e teorias conspiratórias.

4. Violação da privacidade

O modelo de negócios das plataformas que se valem da IA se baseia na coleta da maior quantidade possível de dados pessoais dos indivíduos, o que transforma a privacidade em mercadoria (Morozov, 2018, p. 36). Com base

neles, algoritmos complexos e múltiplas camadas neurais estabelecem correlações profundas, que permitem obter seus dados genéticos, seus sistemas psíquicos, vulnerabilidades, comportamentos de consumo, políticos, financeiros, sexuais, religiosos (Huq, 2020, p. 37). Com tais dados e correlações, a IA é capaz de realizar previsões, recomendações, manipular interesses e produzir os resultados almejados pelo algoritmo. Portanto, o acesso a dados privados, de pessoas e de empresas, é central para o modelo de negócios da IA tal como atualmente estabelecido (Zuboff, 2022, p. 1-79)³¹. Não por acaso, no meio acadêmico, os dados têm sido tratados como o petróleo do século em curso (Rebollo Delgado, 2023, p. 17).

Há pelo menos três aspectos que exigem atenção, relativamente ao tema da privacidade. O primeiro deles é a obtenção de dados dos usuários da internet, sem o seu consentimento, pelas plataformas digitais e sites da internet. Tais informações são utilizadas para venda comercial, para direcionamento de informações e publicidade ou mesmo para a manipulação da vontade dos usuários, como pesquisas acerca da neurociência demonstram. Um segundo aspecto diz respeito à vigilância e ao rastreamento pelo governo e por autoridades policiais, mediante tecnologias de reconhecimento facial e ferramentas de localização. Embora o fim legítimo seja o combate à criminalidade, os riscos de abuso são muito grandes. Esses riscos, como intuitivo, se agravam no caso de governos autoritários. Por fim, um terceiro ponto é que os sistemas de IA exigem a obtenção de vastas quantidades de dados para treinar os respectivos modelos, com os riscos de vazamento e ataques cibernéticos por atores maliciosos, por exemplo, em atividades de *spear phishing* (Muñoz Vela, 2022, p. 64)³² e *doxxing* (Prado, 2023, p. 162)³³ que não raro alimentam práticas de assédio, violência política, *malinformation* e desinformação.

31 Muitas das demais restrições de direitos derivam da restrição à privacidade, tais como aquelas relacionadas a: danos físicos, reputacionais, relacionais, psicológicos (emocionais), econômicos, discriminatórios e relacionados à autonomia humana (coerção, manipulação, desinformação, deformação de expectativas, perda de controle entre outros) (Citron; Solove, 2022, p. 793-863; Huq, 2020).

32 Trata-se de *e-mail* ou mensagens mal intencionadas, customizados para um destinatário específico, com aparência de credibilidade, visando a obter informações sensíveis (senhas, por exemplo) ou instalar *malwares*, que são programas maliciosos com efeitos gravosos sobre os sistemas afetados.

33 *Doxxing* significa a subtração maliciosa de informações acerca de alguma pessoa, seja em arquivos públicos ou hackeando computadores, com o propósito de assediar, intimidar ou extorquir, entre outros.

5. Discriminação algorítmica

Os algoritmos são treinados sobre os dados existentes, que, a seu turno, expressam comportamentos humanos passados e presentes, repletos de vieses e preconceitos, profundamente determinados por circunstâncias históricas, culturais e sociais (Prado, 2023, p. 162; Horta, 2019, p. 85-122). Tendem, por tal razão, a reproduzir estruturas sociais atuais e pretéritas de inclusão e exclusão. Nessa medida, dados sobre empregabilidade retratam uma menor contratação de mulheres, negros e indígenas, inclinação esta desprovida de relação com sua capacidade e produtividade, mas que pode induzir à reprodução de comportamentos futuros (Dastin, 2018)³⁴; dados sobre segurança pública registram maior propensão à reincidência e violência envolvendo pessoas negras, não necessariamente porque sejam mais violentos, mas eventualmente porque vivem em contextos sociais mais adversos (Larson, 2016); dados sobre custos com a saúde tendem a superdimensionar os gastos de alguns grupos e minimizar os gastos de outros, por motivos não necessariamente relacionados às suas condições físicas³⁵; dados sobre risco de crédito majorarão os riscos e, conseqüentemente, os custos de financiamento daqueles com menor *status* econômico e social, mesmo quando tenham logrado aprimorar suas condições, a depender das circunstâncias de coleta dos dados (Pasquale, 2016). Nessa medida, constata-se que alguns algoritmos de contratação podem tender a descartar mulheres, criminalizar homens negros e dificultar o acesso dos mais pobres ao crédito. Em tais condições, o modo de funcionar da IA pode ser profundamente reforçador de desigualdades existentes, em detrimento dos grupos mais vulneráveis da sociedade (Huq, 2020, p. 29-34; Silberg; Manyika, 2019, p. 3).

34 De fato, a Amazon deixou de utilizar um sistema de seleção de candidatos a emprego depois de identificar que tal sistema discriminava em desfavor da contratação de mulheres. A empresa constatou que a discriminação decorria do fato de que o sistema de IA fora treinado sobre um conjunto de dados sobre contratação recolhido ao longo dos últimos 10 anos, quando as mulheres estavam menos inseridas no mercado de trabalho. O sistema interpretou a menor presença de mulheres como se a contratação de homens fosse preferível, descartando candidatas mulheres.

35 No caso, os dados utilizados para treinar o algoritmo eram incompletos. Utilizaram-se dados sobre custos com pacientes brancos e negros para se estimar o alcance das suas necessidades de saúde. Os recursos empregados em pacientes negros eram inferiores àqueles empregados em pacientes brancos, não porque suas necessidades eram menores, mas porque tinham maior dificuldade de acesso ao serviço. Em razão disso, as necessidades de pacientes negros foram erradamente subdimensionadas pela IA (Obermeyer, 2019).

6. Questões sobre propriedade intelectual e direitos autorais

O modelo de negócio da IA suscita questões importantes acerca de direitos autorais e de propriedade intelectual. A quem pertencem os direitos autorais do amplo universo de canções, filmes, reportagens e conteúdos recolhidos pelas *big techs* com o propósito de alimentar suas IAs? A seus autores e criadores ou àqueles que passaram a empregá-los e explorá-los por meio de algoritmos? A IA generativa é alimentada com uma incrível quantidade de dados. No entanto, as respostas às indagações que lhe são formuladas vêm sem identificação da fonte e do autor. As discussões sobre esse tema vêm se acirrando e chegaram aos tribunais. Tome-se o exemplo da imprensa. Os conteúdos produzidos por empresas jornalísticas são recolhidos pelas empresas de IA, que os utiliza para treinar aplicativos que concorrem com os próprios veículos de imprensa na produção da informação³⁶. A questão é objeto de uma ação judicial proposta pelo jornal *The New York Times* em face da OpenAI e da Microsoft (Grynbaum; Mac, 2023). Demanda semelhante envolve a Getty Images, empresa de mídia visual e fornecedora de imagens, e a Stability AI, empresa de inteligência artificial (Vincent, 2023)³⁷.

Não há como ser exaustivo na exploração dos riscos envolvidos no desenvolvimento da IA, pois são incontáveis as possibilidades a serem consideradas, fora aquelas que não somos sequer capazes de imaginar e antecipar. Mas há uma última preocupação que merece uma reflexão especial. Diz respeito ao que se denomina de “singularidade”, termo empregado para identificar o risco de os computadores ganharem consciência, adquirirem vontade própria e se tornarem dominantes sobre a condição humana. Isso porque, sendo capazes de processar volume muito maior de dados em velocidade igualmente muito maior, se tiverem consciência e vontade se tornarão superiores a todos nós. O temor advém do fato de que os sistemas de IA podem se autoaperfeiçoar, atingindo a “superinteligência”, dominando conhecimentos científicos, cultura geral e habilidades sociais que os colocariam acima dos melhores cérebros humanos.

Alguém cético das potencialidades humanas poderia até mesmo supor que uma superinteligência extra-humana teria maior capacidade de equacionar

36 Sobre a crise do modelo de negócio da imprensa e o impacto que produz na democracia, veja-se em: Minow, 2021, p. 35; Jackson, 2022 p. 280 *et seqs*; Barroso; Barroso, 2023; Campos Mello; Rudolf *apud* Cunha França; Casimiro, 2023.

37 A Getty Images alega que a Stability utilizou as imagens por ela produzidas para treinamento de um sistema de IA gerador de imagens denominado Stable Diffusion, sem autorização, violando seus direitos de propriedade intelectual e os direitos autorais de seus colaboradores, com o propósito de oferecer serviços semelhantes aos seus.

algumas das grandes questões não resolvidas da humanidade, como pobreza, desigualdade ou degradação ambiental. Mas nunca se poderia saber se essa inteligência fora de controle serviria à causa e aos valores da humanidade. Por isso mesmo, a governança da IA, doméstica e internacional, precisa estabelecer protocolos de segurança e parâmetros éticos destinados a administrar e mitigar esse risco. Se a tecnologia puder chegar a esse ponto – o que é colocado em dúvida por muitos cientistas – estará em jogo o próprio futuro da civilização e da humanidade.

Yuval Noah Harari (2023) faz um curioso comentário a respeito do tema. Segundo ele, em 2022, cerca de 700 dos mais relevantes cientistas e pesquisadores de IA foram indagados sobre os perigos dessa tecnologia impactar a própria existência humana ou provocar um expressivo desempoderamento. Metade deles respondeu que o risco seria de 10% ou mais. Diante disso, faz ele a pergunta fatídica: você entraria num avião se os engenheiros que o construíram dissessem que há um risco de 10% de ele cair? Se for isso mesmo, não dá para dormir tranquilo.

PARTE III

ALGUNS PRINCÍPIOS PARA REGULAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

1. Complexidades da regulação

Por tudo o que foi exposto até aqui, constata-se que a regulação da inteligência artificial se tornou imprescindível. Nada obstante, a tarefa não é simples e enfrenta desafios e complexidades. A seguir, procuramos identificar alguns deles.

A regulação precisa ser feita com o trem em movimento. Em março de 2023, mais de mil cientistas, pesquisadores e empreendedores assinaram uma carta aberta pedindo uma pausa no desenvolvimento dos sistemas mais avançados de IA, diante dos “profundos riscos para a sociedade e para a humanidade” que representavam. A pausa, por pelo menos seis meses, se destinaria a introduzir “um conjunto de protocolos de segurança compartilhados” (Future for Life Institute, 2023). As preocupações se justificavam plenamente, mas a suspensão das pesquisas não aconteceu. O trem continuou em alta velocidade. Até porque os avanços nessa área se tornaram objeto de disputa entre nações, pesquisadores e empreendedores. A carta, porém, reforçou as demandas por

governança, regulação, monitoramento e atenção para os impactos sociais, econômicos e políticos das novas tecnologias.

A velocidade das transformações é estonteante. Tal fato dificulta, imensamente, a previsibilidade do que está por vir e a apreensão das novas realidades em normas jurídicas, que correm o risco de se tornar obsoletas em pouco tempo. Não é difícil ilustrar o ponto. O telefone fixo tradicional levou 75 anos para atingir 100 milhões de usuários. O telefone móvel levou 16 anos. A Internet, 7 anos. Pois bem: o ChatGPT atingiu 100 milhões de usuários em dois meses (The Feed, 2023). Não é fácil para a legislação e a regulação acompanharem o ritmo das inovações.

Riscos da regulação excessiva. A regulação se tornou imprescindível, como assinalado acima, mas ela própria envolve riscos. Dois deles merecem destaque. O primeiro é o de que as restrições e a responsabilização civil não podem ser tão gravosas a ponto de inibir o ímpeto da inovação. Em segundo lugar, uma regulação desproporcional pode criar uma reserva de mercado para as empresas já estabelecidas, criando um fosso entre elas e a concorrência, agravando a concentração econômica nos grandes *players*. O conhecimento convencional vigente é que a regulação deve ter por foco os resultados, e não a pesquisa em si.

Assimetria de informação e de poder entre empresas e reguladores. A tecnologia da IA é controlada, sobretudo, pelas empresas envolvidas no seu desenvolvimento, que detêm conhecimento superior ao dos potenciais reguladores. A esse fato se soma que as empresas de tecnologia conhecidas como *big techs* são algumas das empresas mais valiosas do mundo, desfrutando de um poder econômico que é facilmente transformável em poder político. Tal poder ficou evidenciado quando da votação, no Congresso Nacional no Brasil, de projeto de lei que regulamentava a desinformação nas redes sociais. Algumas empresas de tecnologia deflagraram intensa campanha contra a medida, nas suas próprias plataformas e em *lobbies* no Congresso Nacional, conseguindo que o projeto fosse retirado de pauta (Rezende, 2024; Poder 360, 2023a; Poder 360, 2023b)³⁸.

Necessidade de harmonização global da regulação. A IA é uma tecnologia predominantemente privada, que não observa as fronteiras nacionais. As empresas operam globalmente e não costumam sequer ter sua sede nos principais centros de seus negócios. Dados podem ser coletados e alimentar o treinamento de sistemas em diferentes partes do mundo. Em tais condições,

38 Estima-se que não há grande interesse em se conter notícias falsas ou na moderação de conteúdo. Quanto mais notícias falsas, maior o engajamento do usuário e maior a interação nas redes, portanto, maior é a produção de dados, matéria-prima das *big techs*.

o modo de funcionar da IA coloca em xeque alguns elementos essenciais do direito, tal como o praticamos. Tais elementos são: a oponibilidade de direitos fundamentais e humanos aos Estados (e não propriamente a agentes privados) e o alcance das jurisdições nacionais, que encontram limite nas soberanias dos demais países. Além disso, o tratamento regulatório heterogêneo do tema, nos distintos países, pode gerar fuga de investimentos e obstáculos ao desenvolvimento tecnológico em Estados restritivos e representar um convite a uma ampla violação a direitos em locais mais permissivos.

2. Alguns esforços de regulação

No plano internacional, algumas iniciativas envolvendo proposições não vinculantes (*soft law*) foram marcantes. Entre elas, destacam-se: a) a Recomendação do Conselho sobre Inteligência Artificial, da OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico), de 2019 (OCDE, 2019)³⁹; e b) a Recomendação sobre Ética na Inteligência Artificial, da Unesco, de 2021 (Unesco, 2023)^{40, 41}. Ambos os documentos procuram responder aos riscos já indicados acima, são convergentes e complementares e reúnem princípios bastante gerais sobre a IA, a serem detalhados pelas normas domésticas dos respectivos países.

Em âmbito nacional, os Estados Unidos da América editaram, no final de 2023, uma longa *Executive Order* (EO) sobre IA⁴². Trata-se de uma normativa ampla, que alcança múltiplas áreas de risco da tecnologia, por meio da qual o presidente dos EUA se dirigiu essencialmente às agências federais, conforme sua expertise, determinando que estabelecessem *standards* e medidas para testar, assegurar a segurança e a confiabilidade da tecnologia, evitar fraudes, impedir a discriminação algorítmica, a violação a direitos fundamentais dos cidadãos, de consumidores, competidores e estudantes. A EO previu, ainda, a identificação dos conteúdos produzidos por IA com marcas d'água. Estabeleceu a definição de boas práticas e a realização de estudos sobre os impactos

39 Essa recomendação foi igualmente adotada pelo G-20.

40 O documento elenca os seguintes 10 princípios: 1 - Proporcionalidade e não produção de dano; 2 - Segurança; 3 - Justiça e não discriminação; 4 - Sustentabilidade; 5 - Privacidade e proteção de dados; 6 - Supervisão e determinação humanas; 7 - Transparência e explicabilidade; 8 - Compreensão e educação; 9 - Responsabilização e controle; 10 - Pluralidade de participantes, governança adaptável e colaboração.

41 A Organização das Nações Unidas adotou, ainda, Princípios para o Uso Ético da IA no Sistema das Nações Unidas, bastante similares àqueles objetos da recomendação da Unesco (Ceb, 2022).

42 A *Executive Order* é um diploma normativo, uma espécie de diretiva, editado pelo Presidente dos Estados Unidos da América, voltada à gestão do governo federal. É semelhante a um decreto, no Brasil. Encontra limites quanto à sua possibilidade de normatização, por não se tratar de uma lei produzida pelo Legislativo, e pode ser alterada por decisão do próximo presidente.

da IA nas relações de trabalho, com medidas para mitigá-los. Contemplou o financiamento para pesquisa e apoio a pequenas empresas no acesso a assistência técnica, a recursos e a mercado em IA, bem como a atração de novos talentos por meio de medidas de imigração. Determinou que desenvolvedores de modelos fundacionais que possam apresentar riscos para a segurança nacional, para a economia nacional e para a saúde pública notifiquem o Poder Público quando do treinamento dos seus sistemas e compartilhem com ele o resultado dos seus testes de segurança (*red-team safety tests*). E apelou ao Congresso para que aprovasse uma lei tutelando o direito à privacidade e protegendo os dados dos cidadãos.

Já a União Europeia (EU) aprovou, em março de 2024, o Ato da Inteligência Artificial (EU AI Act). A regulação proposta no âmbito da EU, diferentemente do que ocorre com a *Executive Order* norte-americana, caracteriza-se por estabelecer diretamente regras e sanções em matéria de desenvolvimento, implementação e operação da IA. Ela prevê, ainda, a atuação concentrada de determinados órgãos na sua vigilância e implementação. Tais normas são, contudo, proporcionais ao risco oferecido pela tecnologia (*risk based approach*) para pessoas e bens (União Europeia, 2021, 2023). Nessa linha, os sistemas são classificados em três níveis: a) sistemas sujeitos a riscos inaceitáveis, cuja implementação é proibida⁴³; b) sistemas de alto risco, cuja implementação é permitida, desde que atendam a normas obrigatórias⁴⁴; e c) sistemas de IA que não oferecem alto risco, para os quais se preveem incentivos à adoção voluntária de códigos de conduta, uma espécie de autorregulação (União Europeia, 2024).

No Brasil, tramitam no Congresso Nacional o Projeto de Lei (PL) n. 21/2020 e o PL n. 2.338/2023, havendo por aqui uma tendência de aproximação aos *standards* previstos nas propostas de norma da União Europeia (Brasil, 2023). Em linhas gerais, as propostas buscam: a) garantir direitos às pessoas diretamente afetadas pelos sistemas de IA; b) estabelecer responsabilidades de acordo com os níveis de riscos impostos por sistemas e algoritmos orientados por esse tipo de tecnologia; e c) estabelecer medidas de governança aplicáveis a empresas e a organizações que explorem esse campo.

43 Nessa categoria se inserem tecnologias de ranqueamento social (*social scoring*), identificação biométrica em locais públicos para fins de aplicação da lei (salvo exceções específicas), bem como práticas subliminares de manipulação de pessoas e/ou de exploração de vulnerabilidades de grupos vulneráveis.

44 Nessa categoria se incluem as tecnologias de ranqueamento social (*social scoring*), identificação biométrica em locais públicos para fins de aplicação da lei (salvo exceções específicas), bem como práticas subliminares de manipulação de pessoas e/ou de exploração de vulnerabilidades de grupos vulneráveis.

3. Algumas diretrizes

À luz de tudo o que foi exposto até aqui, é possível extrair alguns valores, princípios e objetivos que devem pautar a regulação da IA, para que essas tecnologias sirvam à causa da humanidade, potencializando-lhes os benefícios e minimizando os riscos. Tal regulação deve voltar-se à defesa dos direitos fundamentais, à proteção da democracia e à promoção da boa governança. A seguir, alguns elementos e aspectos ligados a cada uma dessas finalidades.

3.1 Defesa dos direitos fundamentais

a) Privacidade. O uso da IA deve respeitar os dados individuais das pessoas físicas e jurídicas, sem poder utilizá-los sem consentimento. A vigilância invasiva (*invasive surveillance*), como reconhecimento facial, biometria e monitoramento de localização deve ter emprego restrito e controlado. E, tendo em vista a vastidão de dados utilizados para se alimentar a IA, deve haver mecanismos adequados de segurança contra vazamentos.

b) Igualdade (não discriminação). A igualdade de todas as pessoas, em sua dimensão formal, material e de reconhecimento, é um dos mais valiosos pilares da civilização contemporânea. Já se alertou aqui, anteriormente, para os perigos da discriminação algorítmica. É preciso que a regulação da IA impeça que as pessoas sejam desequiparadas com base em categorias suspeitas, que exacerbem vulnerabilidades, como gênero, raça, orientação sexual, religião, idade e outras características. Há maus antecedentes nessa matéria (Dastin, 2018; Larson *et al.*, 2016; Obermeyer *et al.*, 2019; Heaven, 2021).

c) Liberdades. No que toca à autonomia individual, o uso da neurociência e da publicidade dirigida (*microtargeting*) tem o poder de manipular o comportamento e a vontade das pessoas, pelo sentimento do medo, do preconceito, da euforia e de outros vieses cognitivos, induzindo-as a comprar bens, contratar serviços ou adotar comportamentos contrários ao seu interesse, violando sua liberdade cognitiva ou autodeterminação mental. Além disso, o direito à informação, ao pluralismo de ideias e à liberdade de expressão podem ser comprometidos por algoritmos de recomendação ou de moderação, que filtram, direcionam e excluem conteúdos, em condutas equivalentes a uma censura privada.

3.2 Proteção da democracia

a) Combate à desinformação. A democracia é um regime de autogoverno coletivo, que pressupõe a participação esclarecida e bem informada dos cidadãos. Por isso mesmo, a circulação da desinformação e das teorias conspiratórias enganam ou geram medos infundados nas pessoas, comprometendo seu discernimento e suas escolhas. Como já observado, tudo isso é agravado pelas *deep fakes*, que simulam vídeos e falas inexistentes, com aparência de realidade. Todos nós somos educados para acreditar no que vemos e ouvimos. Manipulações dessa natureza quebram os paradigmas da experiência (Filimowicz *apud* Filimowicz, 2022, p. x e xi)⁴⁵ e são destrutivas da democracia.

b) Combate aos discursos de ódio. Desde que consagrado historicamente o sufrágio universal, a democracia envolve a participação igualitária de todas as pessoas. Discursos de ódio consistem em ataques a grupos vulneráveis, manifestações racistas, discriminatórias ou capacitistas relativamente a negros, *gays*, pessoas com deficiência e indígenas, entre outros. Ao pretender desqualificar, enfraquecer ou calar alguns grupos sociais, os discursos de ódio minam a proteção da dignidade humana e fragilizam a democracia.

c) Combate aos ataques às instituições democráticas. As redes sociais, auxiliadas pela IA, têm sido instrumentais na articulação de ataques às instituições democráticas, visando à sua desestabilização. Atos insurrecionais como o 6 de janeiro de 2021, nos Estados Unidos, ou o 8 de janeiro, no Brasil, com tentativas golpistas de desrespeito ao resultado das eleições colocam em risco a democracia e não podem ser tolerados (Ramonet, 2022).

3.3 Promoção da boa governança

À luz das recomendações e dos atos normativos internacionais, regionais e domésticos já referidos, e do amplo debate público em curso, na academia, na sociedade civil e na imprensa, é possível extrair alguns consensos sobrepostos no tocante à governança da IA, alinhavados nas cinco diretrizes expostas a seguir.

a) Centralidade do bem comum. A IA deve ser desenvolvida e estar orientada ao bem-estar das pessoas, dos países e do planeta. Seus benefícios devem ser

⁴⁵ A experiência acumulada nos induz a compreender vídeos e registros fotográficos como elementos de atestação da veracidade das informações. Contudo, a IA baseada em tecnologias de aprendizado profundo permite a produção de mídias fraudulentas, mas ultrarrealistas, que confundem as mentes e permitem a produção sintética de falsas representações da realidade.

distribuídos de maneira justa entre todos e seus impactos negativos devem ser mitigados por meio da legislação e da regulação⁴⁶.

b) Governança plural. A governança da IA deve contemplar, em suas distintas etapas, com a proporcionalidade própria, a participação de um conjunto variado de atores, que inclui o Poder Público, cientistas e pesquisadores, sociedade civil, academia, empresas e entidades de direitos humanos. A diversidade de perspectivas e o sopesamento de valores e de interesses são muito importantes para a legitimidade das decisões e normatizações adequadas.

c) Transparência e explicabilidade. A transparência identifica o conhecimento mínimo do usuário sobre o funcionamento do sistema e a informação de que está interagindo com um sistema de IA. A explicabilidade significa tornar inteligíveis as razões das decisões tomadas, inclusive para permitir eventuais questionamentos dos resultados. Ambas as exigências se conjugam para mitigar preocupações com a precisão e a imparcialidade dos algoritmos, assim como para incentivar o uso responsável das tecnologias de automação (Bender, 2022, p. 12).

d) Segurança. Os sistemas de IA devem ser internamente seguros no sentido de evitar erros que produzam resultados indesejados, bem como devem, igualmente, estar protegidos contra ataques externos. A segurança no uso da IA inclui análise de impacto, cuidados com a qualidade dos dados, com a cybergurança e o mapeamento dos processos e decisões que integram o ciclo de vida da IA (*traceability*).

e) Controle e responsabilidade. A supervisão ou controle humanos são fundamentais para que a IA esteja operando dentro das balizas da legalidade, da ética e da justiça. Apesar da relativa autonomia nos seus processos decisórios, a responsabilidade será sempre de uma pessoa física ou jurídica. Em caso de uso indevido ou malicioso, uma delas ou ambas estarão sujeitas à responsabilização civil, administrativa e penal.

46 A regulação deve ser vista como uma condição necessária, mas insuficiente. O tratamento dos riscos associados à inteligência artificial, nesse sentido, perpassa a dimensão do direito para alcançar, igualmente, outros campos, entre os quais se destaca a ética aplicada à economia e à programação. Para Lucrecio Rebollo: “Conceber o direito como única forma de ordenar e equalizar a sociedade digital é um erro grave. O direito deve ser, como sempre foi, uma forma de se resolverem os conflitos sociais com uma perspectiva de bem comum, mas em todos os casos ele necessita da colaboração de outras áreas do conhecimento, de todos os elementos que conformam a estrutura social” (Rebollo Delgado, 2023, p. 52).

Conclusão

O papel do conhecimento é confortar os aflitos e afligir os confortados (Shedden, 2014)⁴⁷. O presente artigo tem a pretensão de haver cumprido esse papel. A inteligência artificial, como aqui demonstrado, apresenta potencialidades e riscos em quase todas as áreas em que pode ser aplicada. No plano político, pode ajudar a aprimorar o sistema representativo e a captar melhor o sentimento e a vontade dos cidadãos. Mas pode, também, massificar a desinformação, os discursos de ódio e as teorias conspiratórias, enganando os eleitores, fragilizando grupos vulneráveis ou disseminando temores infundados, extraíndo o pior das pessoas.

No plano econômico, a IA pode contribuir para o aumento da produtividade em áreas diversas, do agronegócio à indústria, bem como aprimorar significativamente o setor de serviços. Mas pode, também, concentrar riquezas nos setores mais favorecidos e nas nações mais ricas, aumentando a desigualdade no mundo. No plano social, pode ser um instrumento importante no equacionamento de problemas ligados à pobreza e às desigualdades injustas, mas pode, por outro lado, levar ao desemprego massas de trabalhadores. Existem, também, dualidades éticas. Uma maior compreensão da natureza humana pode elevar o patamar humanístico ou espiritual no mundo, mas não é descartável a perda da centralidade da pessoa humana.

Em suma, vivemos uma era de ambiguidades e de escolhas decisivas. Na visão dos autores, a história do mundo tem sido um fluxo constante – embora não linear – na direção do bem, da justiça e do avanço civilizatório. Viemos de tempos de asperezas, sacrifícios humanos e despotismos, até chegarmos à era dos direitos humanos. Por essa razão, é possível termos uma visão e uma atitude construtivas em relação à inteligência artificial. Sem medos paralisantes, mas, também, sem ingenuidades ou fantasias. Vamos precisar de legislação, de regulação e, sobretudo, de educação e conscientização de cientistas, empresas e cidadãos para não nos perder pelo caminho. E, como já referido, a bússola, o rumo indicado pelas estrelas, são os valores que conduzem à vida boa: virtude, razão prática e coragem moral. Se perdermos as referências do bem, da justiça e da dignidade humana, aí seria o caso, mesmo, de deixar as máquinas tomarem conta e apostar que poderão fazer melhor.

47 Esta frase é uma paráfrase de *The job of the newspaper is to comfort the afflicted and afflict the comfortable*, atribuída a um personagem de ficção – Mr. Dooley –, criado pelo jornalista Finley Peter Dunne, do Chicago Evening Post.

Mas não há de ser assim. Talvez, paradoxalmente, a inteligência artificial possa ajudar a resgatar e a aprofundar a nossa própria humanidade, valorizando a empatia, a fraternidade, a solidariedade, a alegria, a capacidade de amar e demais atributos que sempre nos diferenciarão de máquinas.

Referências

ACEMOGLU, Daron e SIMON, Johnson. *Power and progress*. N. York, Public Affairs, 2023.

ALVIM, Frederico Franco; ZILIO, Rodrigo López; CARVALHO, Volgane Oliveira. *Guerras cognitivas na arena eleitoral: o controle judicial da desinformação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 69.

ANGWIN, Julia; LARSON, Jeff; MATTU, Surya; KIRCHNER, Lauren. Machine Bias: There's Software Used across the Country to Predict Future Criminals. And It's Biased against Blacks. *ProPublica*, 23 maio 2016.

ARIEL GUSTAVO. Are artificial intelligence courts a discrimination risk? *European AI alliance*, 31 ago. 2021. Disponível em: <https://futurium.ec.europa.eu/en/european-ai-alliance/open-discussion/are-artificial-intelligence-courts-discrimination-risk>. Acesso em: 3 abr. 2014.

ARIYARATNE, Hasala. *ChatGPT and intermediary liability: why section 230 does not and should not protect generative algorithms*, p. 4-5, 16 maio 2023. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4422583.

BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 1262, 2019.

BARROSO, Luís Roberto; BARROSO, Luna van Brussel. Democracia, mídias sociais e liberdade de expressão: ódio, mentiras e a busca pela verdade possível. *Direitos fundamentais e Justiça*, ano 17, n. 49, p. 285-311, jul./dez. 2023.

BARROSO, Luís Roberto; BARROSO, Luna van Brussel. Democracy, Social Media, and Freedom of Expression: Hate, Lies, and the Search for the Possible Truth, *Chicago Journal of International Law*, v. 24, n. 50, 2023.

BECKETT, Lois; PAUL, Kari. Bargaining for our very existence: why the battle over AI is being fought in Hollywood. *The Guardian*, 22 jul. 2023. Acesso em: 17 jan. 2024.

- BEIGUELMAN, Giselle. *Políticas da imagem: vigilância e resistência na dadosfera*. São Paulo: Ubu, 2021.
- BENDER, Sarah M. L. Algorithmic Elections. *Michigan Law Review*, v. 121, n. 3, p. 489-522, 2022.
- BERGHEL, Hal. Malice Domestic: The Cambridge Analytica Dystopia. *Computer*, p. 84-89, maio 2018.
- BOMMASANI, Richi *et al.* On the Opportunities and Tasks of Foundation Models. Center for Research on Foundation Models. *Stanford University*, p. 4-12, 12 jul. 2022.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 21/2020*, iniciativa Deputado Eduardo Bismark, situação: aprovado com alterações no Plenário e remetido ao Senado. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>. Acesso em: 17 fev. 2024.
- BRASIL. Senado Federal. *PL 2338/2023*, iniciativa Senador Rodrigo Pacheco, relator atual Senador Eduardo Gomes, situação: com a relatoria. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acesso em: 17 fev. 2024.
- BROWN, Sara. Machine learning, explained. *MIT Management Sloan School*. 21 abr. 2021. Disponível em: https://mitsloan.mit.edu/ideas-made-to-matter/machine-learning-explained?utm_source=mitsloangooglep&utm_medium=social&utm_campaign=machinelearnexp&gad_source=1&gclid=Cj0KCQiAtaOtBhCwARIsAN_x-3KnfPNYty2tnOgUTP0F_NMirqdswn7etv0WLC6YxWMNvm3jH1sxEJwaAp0REALw_wcB. Acesso em: 18 jan. 2024.
- CACZAN, Luciana. Tetraplégico recupera movimentos após implantar chips de inteligência artificial no cérebro. *CNN Brasil*, 20 jul. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/tecnologia/tetraplegico-recupera-movimentos-apos-implantar-chips-de-inteligencia-artificial-no-cerebro/>. Acesso em: 14 fev. 2024.
- CAMPOS MELLO, Patrícia. *A máquina do ódio*. Companhia das Letras, 2020.
- CHATGPT. *Página Inicial*, [20-]. Disponível em: <https://chat.openai.com/auth/login>. Acesso em: 17 jan. 2024.
- CITRON, Danielle; SOLOVE, Daniel J. Privacy Harms. *Boston University Law Review*, v. 102, p. 793-863, 2022.

COECKELBERGH, Mark. *Ética na inteligência artificial*. Rio de Janeiro: Ubu, 2023.

COX, Joseph. Data Broker Is Selling Location Data of People Who Visit Abortion Clinics. *Vice*, 2022. Disponível em: <https://www.vice.com/en/article/m7vzjb/location-data-abortion-clinicssafegraph-planned-parenthood>. Acesso em: 17 jan. 2024.

DASTIN, Jeffrey. Amazon Scraps Secret AI Recruiting Tool That Showed Bias Against Women, *Reuters*, 10 out. 2018. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G/>. Acesso em: 12 fev. 2024.

DAVENPORT, Thomas; KALACOTA, Ravi, The potential for Artificial Intelligence in healthcare. *Future Healthcare Journal*. v. 6, n. 94, 2019.

DEGLI-ESPOSTI, Sara. *La ética de la inteligencia artificial*. Madrid: Catarata, 2023.

DILSIZIAN, Steven E.; SIEGEL, Eliot L. Artificial intelligence in medicine and cardiac imaging: harnessing big data and advanced computing to provide personalized medical diagnosis and treatment. *Current cardiology reports*, v. 16, p. 1-8, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11886-013-0441-8>. Acesso em: 14 fev. 2024.

DREYFUS, Hubert L.; DREYFUS, Stuart E. Making a Mind Versus Modeling the Brain: Artificial Intelligence Back at a Branchpoint. *Daedalus*, v. 1, n. 117, p. 15-44, 1988. Disponível em: https://www.amacad.org/sites/default/files/daedalus/downloads/Daedalus_Wi98_Artificial-Intelligence.pdf. Acesso em: 17 jan. 2024.

DURÃES, Uesley. Reconhecimento facial: erros expõem falta de transparência e viés racista. *Uol*, 28 abr. 2024. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2024/04/28/reconhecimento-facial-erros-falta-de-transparencia.htm>. Acesso em: 7 maio 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The New York Times v. Microsoft Corporation, OpenAI Inc., OpenAI LP, OpenAI GP LLC, OpenAI LLC, OpenAI OpCo LLC, OpenAI Global LLC, OAI Corporation, LLC, OpenAI Holdings, LLC. Federal District Court of Manhattan, 27 dez. 2023. Disponível em: https://nytco-assets.nytimes.com/2023/12/NYT_Complaint_Dec2023.pdf. Acesso em: 12 fev. 2024.

EUBANKS, Virgínia. The Allegheny Algorithm. In: EUBANKS, Virgínia. *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*. Nova Iorque: St. Martin's Press, 2015. Disponível em: <https://acrobat.adobe.com/link/review?uri=urn:aaid:scds:US:92531b35-dd7b-3c72-8721-ee7781ddb786>. Acesso em: 17 jan. 2024.

FILIMOWICZ, Michael. Introduction. In: FILIMOWICZ, Michael. *Deep Fakes. Algorithms and Society*. New York: Routledge, 2022, p. X-XI.

FISHER, Max. *A máquina do caos*. Como as redes sociais reprogramaram nossa mente e nosso mundo. São Paulo: Todavia, 2023.

FREY, Carl B.; OSBOURNE, Michael A. The Future of Employment: How Susceptible Are Jobs to Computerisation?, *Future of Humanity Institute*, Jan. 2017. Disponível em: accessible through Harvard at <https://www-sciencedirect-com.ezp-prod1.hul.harvard.edu/science/article/pii/S0040162516302244>. Acesso em: 11 fev. 2024.

FUTURE OF LIFE. *Pause AI Giant experiments: an open letter*, 22 mar. 2023. Disponível em: <https://futureoflife.org/open-letter/pause-giant-ai-experiments/>. Acesso em: 12 fev. 2024.

GALAZ, Victor *et al.* Artificial intelligence, systemic risks, and Sustainability. *Technology in Society*, v. 67, p. 1-10, set. 2021.

GARCÍA-MATÍN, E. *et al.* Estimation of energy consumption in machine learning, J. Parallel Distributed. *Computing*, v. 134, p. 75-88, 2019.

GRYNBAUM, Michael M.; MAC, Ryan. The Times Sues OpenAI and Microsoft Over A.I. Use of Copyrighted Work. *The New York Times*, 27 dez. 2023. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2023/12/27/business/media/new-york-times-open-ai-microsoft-lawsuit.html>. Acesso em: 12 fev. 2024.

GUADIÁN, Carlos. Cómo va a afectar la Inteligencia Artificial las elecciones en 2024. *CludPad*, 25 de janeiro de 2024. Disponível em: [https://carlosguadian.substack.com/p/como-va-a-afectar-la-inteligencia?utm_source=post-email-title&publication_id=259698&post_id=141029307&utm_campaign=email-post-title&isFreemail=true&r=4n36v&utm_medium=email]. Acesso em: 21 abr. 2024.

HACKER, Philipp; ENGEL, Andreas; MAUER, Marco. Regulating ChatGPT and Other Large Generative Models. Working Paper. *ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, 12 maio 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1145/3593013.3594067>. Acesso em: 18 jan. 2023.

HAO, Karen. What is machine learning? *MIT Technology Review*, 17 nov. 2018. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/2018/11/17/103781/what-is-machine-learning-we-drew-you-another-flowchart/>. Acesso em: 18 jan. 2024.

HARARI, Yuval Noah. You can have the blue pill or the red pill, and we are out of blue pills. *New York Times*, 24 mar. 2023. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2023/03/24/opinion/yuval-harari-ai-chatgpt.html>. Acesso em: 28 maio 2024.

HARARI, Yuval. Yuval Noah Harari argues that AI has hacked the operating system of human civilisation. *The Economist*, 28 abr. 2023. Disponível em: https://www.economist.com/by-invitation/2023/04/28/yuval-noah-harari-argues-that-ai-has-hacked-the-operating-system-of-human-civilisation?dclid=CP691aS5kYMDFaWNrAId4O0GXA&utm_medium=cpc.adword.pd&utm_source=google&ppccampaignID=19495686130&ppcadID=&utm_campaign=a.22brand_pmax&utm_content=conversion.direct-response.anonymous&gad_source=1&gclid=CjwKCAjwupGyBhBBEiwA0UcqaHf0aSx4CKaU2YdHw_bw_3ep3pJdU9e8T4cykjwu-Y6E9eI6yr7OPxoCvEUQAvD_BwE&gclsrc=aw.ds. Acesso: 31 mar. 2024.

HARMS, William. Meeting online leads to happier, more enduring marriages. *UChicago News*, 3 jun. 2013.

HEAVEN, Will Douglas. Predictive Policing is Still Racist—Whatever Data it Uses, *MIT Technology Review*, 5 fev. 2021, <https://www.technologyreview.com/2021/02/05/1017560/predictive-policing-racist-algorithmic-bias-data-crime-predpol>. Acesso em: 7 maio 2024.

HEAWOOD, Jonathan. Pseudo-public political speech: Democratic implications of the Cambridge Analytica scandal. *Information Polity*, v. 23, p. 429-434, 2018.

HERE.AFTER. *Your stories and voice: forever*, [20-]. Página inicial. Disponível em: <https://www.hereafter.ai/>. Acesso em: 17 jan. 2024.

HOROWITZ, Jason. Who Will Take Care of Italy's Older People? Robots, Maybe. *The New York Times*, 25 mar. 2023. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2023/03/25/world/europe/who-will-take-care-of-italys-older-people-robots-maybe.html>. Acesso em: 17 jan. 2024.

HORTA, Ricardo Lins. Por que existem vieses cognitivos na tomada de decisão judicial? A contribuição da psicologia e das neurociências para o

debate jurídico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 3, dez. 2019, p. 85-122.

HUQ, Aziz. Constitutional Rights in the Machine Learning State. *Cornell Law Review*, v. 105, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3613282>. Acesso em: 11 fev. 2024.

HUTSON, Matthew. Can we stop runaway A.I.? Technologists warn about the dangers of the so-called singularity. But can anything actually be done to prevent it? *The New Yorker*, 16 maio 2023. Disponível em: <https://www.newyorker.com/science/annals-of-artificial-intelligence/can-we-stop-the-singularity>. Acesso em: 17 fev. 2024.

INNER CIRCLE. *Você tá a 1 clique de conhecer o crush dos seus sonhos*. Página Inicial. Disponível em: https://m.theinnercircle.co/?utm_campaign=brbrand2&campaignid=14801829816&source=google&medium=cpc&gad_source=1&gclid=CjwKCAiAkp6tBhB5EiwANTCx1P65xV0LpMJQ_D8-3aqirg454qwI6ddMMISoG0Y1f3C-eQjON337DBoCOicQAvD_BwE. Acesso em: 17 jan. 2024.

JACKSON, Vicki C. Knowledge Institutions in Constitutional Democracy: reflections on “the press”, *Journal of Media Law*, v. 14, n. 2, 2022.

JONES, Elliot. Explainer: What is a foundation model? *Ada Lovelace Institute*, 17 jul. 2023. Disponível em: <https://www.adalovelaceinstitute.org/resource/foundation-models-explainer/#table1>. Acesso em: 18 jan. 2024.

KAKUTANI, Michiko. *A morte da verdade*. Notas sobre a mentira na era Trump. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

KATYAL, Sonia K. Democracy and Distrust in an Era of Artificial Intelligence. *Daedalus*, n. 151, v. 2, p. 322-334, 2022.

KEYNES, John Maynard. *Economic Possibilities for our Grandchildren*, 1930. Disponível em: https://www.aspeninstitute.org/wp-content/uploads/files/content/upload/Intro_and_Section_I.pdf. Acesso em: 12 fev. 2024.

KISSINGER, Henry A.; SCHMIDT, Eric; HUTTENLOCHER, Daniel. *A era da IA*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2023.

KISSINGER, Henry A.; SCHMIDT, Eric; HUTTENLOCHER, Daniel. *The age of AI and our human future*. Nova York: Little, Brown and Company, 2021.

KISSINGER, Henry, SCHMIDT, Eric Schmidt e HUTTENLOCHER, Daniel. ChatGPT Heralds an Intellectual Revolution. *Wall Street Journal*, 24 fev. 2023.

Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/chatgpt-heralds-an-intellectual-revolution-enlightenment-artificial-intelligence-homo-technicus-technology-cognition-morality-philosophy-774331c6>. Acesso em: 21 maio 2024.

KLARE, Michael T. UN to address autonomous weapons systems. *Arms Control Association*, dez. 2023. Disponível em: <https://www.armscontrol.org/act/2023-12/news/un-address-autonomous-weapons-systems>. Acesso em: 28 mar. 2024.

LARSON, Jeff *et al.* How We Analyzed the Compas Recidivism Algorithm. *ProPublica*, 23 maio 2016. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>. Acesso em: 12 fev. 2024.

LEE, Kai-Fu. *Inteligência artificial*. Como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamentos, trabalhamos e vivemos. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

LENHARO, Mariana. AI consciousness: scientists say we urgently need answers. *Nature*, 21 dez. 2023.

LOHR, Steve. Generative A.I.'s Biggest Impact Will Be in Banking and Tech, Report Says. *The New York Times*, 1 fev. 2024. Disponível em: https://www.nytimes.com/2024/02/01/business/ai-impact-jobs.html?unlocked_article_code=1.SE0-W1k.6YLx1J6GM3Uc&smid=wa-share. Acesso em: 11 fev. 2024.

MAHESHWARI, Sapha. A.I. Fuels a New Era of Product Placement. *The New York Times*. The New York Times, 1 fev. 2024. Disponível em: https://www.nytimes.com/2024/02/01/business/media/artificial-intelligence-product-placement.html?unlocked_article_code=1.SE0.p-JV.iFEjWII2qW-4&smid=wa-share. Acesso em: 11 fev. 2024.

MAKHNOUMI, Ali. How AI Could Potentially Manipulate Consumers. *Duke Fuqua School of Business*, 10 jan. 2024. Disponível em: <https://www.fuqua.duke.edu/duke-fuqua-insights/how-ai-could-potentially-manipulate-consumers>. Acesso em: 17 fev. 2024.

MANYIKA, James. Getting AI right: Introductory notes on AI & society. *Daedalus*, v. 151, n. 2, p. 5-27, 2022.

MCCARTHY, John; MINSKY, Marvin L.; ROCHESTER, Nathaniel; SHANNON, Claude E. *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial*

Intelligence. 31 ago. 1955. Disponível em: <http://raysolomonoff.com/dartmouth/boxa/dart564props.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2024.

MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello; RUDOLF, Renata H. S. B. A. Redes Sociais e Democracia: Disrupção Tecnológica, Erosão Democrática e Novas Perspectivas. In: FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; CASIMIRO, Matheus (Org.). *Direito e Política: Um Diálogo Possível?* Londrina: THOTH Editora, p. 53-78, 2023.

MINDBANK.AI go beyond. *Duplicate yourself with a personal digital twin*, [20-]. Página inicial. Disponível em: <https://www.mindbank.ai/>. Acesso em: 17 jan. 2024.

MINOW, Martha. *Saving the Press: Why the constitution calls for government action to preserve freedom of speech*. Oxford University Press, 2021.

MOHAMMAD, Shabina; JAN, Raghad A.; ALSAEDI, Saba L. Symptom, Mechanisms, and Treatments of Video Game Addiction. *Cureus*, v. 15, n. 3, 31, mar. 2023. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC10065366/#:~:text=Video%20game%20addiction%20is%20defined,in%20many%20aspects%20of%20life>. Acesso em: 17 fev. 2024.

MOROZOV, Evgeny. *Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. São Paulo: Ubu, 2018.

MORRISON, Sara. This outed priest's story is a warning for everyone about the need for data privacy laws. *Vox*, 21 jul. 2021. Disponível em: <https://www.vox.com/recode/22587248/grindr-app-location-data-outed-priest-jeffrey-burrill-pillar-data-harvesting>. Acesso em: 17 fev. 2024.

MUÑOZ VELA, José Manuel. *Retos, riesgos, responsabilidad y regulación de la inteligencia artificial*. Un enfoque de seguridad física, lógica, moral y jurídica. Pamplona: Arazandi, 2022.

NAÇÕES UNIDAS. Chief Executives Board for Coordination. *Principles for the Ethical Use of Artificial Intelligence in the United Nations System*, 20 set. 2022. Disponível em: https://unsceb.org/sites/default/files/2022-09/Principles%20for%20the%20Ethical%20Use%20of%20AI%20in%20the%20UN%20System_1.pdf. Acesso em: 15 maio 2024.

NUNES, Dierle José Coelho; ANDRADE, Otávio Morato de. O uso da inteligência artificial explicável enquanto ferramenta para compreender decisões automatizadas: possível caminho para aumentar a legitimidade e

confiabilidade de modelos algorítmicos? *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 18, n. 1, 2023.

OBERMEYER, Ziad *et al.* Dissecting Racial Bias in an Algorithm Used to Manage the Health of Populations. *Science*, 25 out. 2019. Disponível em: <https://www.science.org/doi/full/10.1126/science.aax2342>. Acesso em: 12 fev. 2024.

OCDE. Recommendation of the Council on Artificial Intelligence. *OECD/LEGAL/0449*, 2019. Disponível em: <https://oecd.ai/en/wonk/documents/g20-ai-principles>. Acesso em: 13 fev. 2024.

OECD. *Opportunities, guidelines and guardrails for effective and equitable use of AI in education*. Paris: OECD Publishing, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/education/ceri/Opportunities,%20guidelines%20and%20guardrails%20for%20effective%20and%20equitable%20use%20of%20AI%20in%20education.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2024.

PASQUALE, Frank. *The Black BoX Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. E-book.

PAUWELS, Eleonore. Artificial Intelligence and Data Capture Technologies in Violence and Conflict Prevention. *Global Center on Cooperative Security: Policy Brief*, set. 2020. Disponível em: https://www.globalcenter.org/wp-content/uploads/GCCS_AIData_PB_H-1.pdf. Acesso em: 17 fev. 2024.

PODER 360. *Google inclui texto contra PL da fake news na página inicial do buscador*. Big tech exhibe link para artigo nomeado “PL das fake news pode aumentar a confusão entre o que é verdade ou mentira no Brasil”, 1 maio 2023b. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/tecnologia/google-inclui-texto-contrapl-das-fake-news-na-home-do-buscador/>. Acesso em: 19 jan. 2024.

PODER 360. *PL das fake news dá “poderes de censura” ao governo, diz Telegram*, 9 maio 2023a. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/tecnologia/pl-das-fake-news-da-poderes-de-censura-ao-governo-diz-telegram/>. Acesso em: 19 jan. 2024.

PORTO, Fábio Ribeiro; ARAÚJO, Walter Shuenquener; e GABRIEL, *Inteligência Artificial generativa no Direito*, 2024. (mimeo).

PRADO, Michelle. *Tempestade ideológica*. Bolsonarismo: a altright e o populismo iliberal no Brasil. São Paulo: Todos Livros, 2023.

RAMIREZ, Vanessa Bates. Grief tech uses AI to give you (and your loved ones) digital immortality. *Singularity hub*, 16 ago. 2023. Disponível em: <https://singularityhub.com/2023/08/16/grief-tech-uses-ai-to-give-you-and-your-loved-ones-digital-immortality/>. Acesso em: 17 jan. 2024.

RAMONET, Ignacio. *La era del conspiracionismo: Trump, el culto a la mentira y el asalto al Capitolio*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2022.

RE, Richard M.; SOLOW-NIEDERMAN, Alicia. Developing Artificially Intelligent Justice. *Stan. Tech. L. Rev.*, n. 22, p. 242-289, 2019.

REBOLLO DELGADO, Clicerio. *Inteligencia artificial y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2023.

REINO UNIDO. High Court of Justice Business and Property Courts of England and Wales. *EWHC 30390*. Getty Images (US) Inc, Getty Images International UC, Getty Images UK Limited, Getty Images Devco UK Limited, Istockphoto LP, Thomas M Barwick Ink v. Stability AI Ltd. Case No. IL-2023-000007, 1 dez. 2023. Disponível em: <https://www.documentcloud.org/documents/24183636-getty-images-v-stability-ai-uk-ruling>. Acesso em: 12 fev. 2024.

REZENDE, Constança. PF conclui que Google e Telegram agiram de modo abusivo contra PL das Fake News. Empresas, que lançaram ofensiva contra projeto no ano passado, negam irregularidades. *Folha de São Paulo*, 31 jan. 2024. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2024/01/pf-conclui-que-google-e-telegram-agiram-de-modo-abusivo-contra-pl-das-fake-news.shtml?utm_source=sharenativo&utm_medium=social&utm_campaign=sharenativo. Acesso em: 31 jan. 2024.

RUSSEL, Stuart; PERSET, Karine; MARKO, Grobelnik. Updates to the OECD's definition of an AI system explained. *OCDE AI: policy observatory*, 29 nov. 2023. Disponível em: <https://oecd.ai/en/wonk/ai-system-definition-update>. Acesso em: 17 jan. 2024.

RUSSELL, Stuart. *Inteligência artificial a nosso favor*. Como manter o controle sobre a tecnologia. São Paulo: Cia das Letras, 2021.

SCHICK, Nina. *Deep Fakes and the Infocalypse*. What You Urgently Need to Know. London: Monoray, 2020, p. 11.

SCHMIDT, Albrecht. Augmenting Human Intellect and Amplifying Perception and Cognition. *IEEE Pervasive Computing*, v. 16, n. 1, p. 6-10, jan./mar. 2017.

SHEDDEN, David. Today in Media History: Mr. Dooley: 'The job of the newspaper is to comfort the afflicted and afflict the comfortable'. *Poynter*, 7 out. 2014. Disponível em: <https://www.poynter.org/reporting-editing/2014/today-in-media-history-mr-dooley-the-job-of-the-newspaper-is-to-comfort-the-afflicted-and-afflict-the-comfortable/>. Acesso em: 7 maio 2024.

SILBERG, Jake; MANYIKA, James. Notes from the AI Frontier: Tackling Bias in AI (and in Humans). *McKinsey Global Institute*, jun. 2019. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/featuredinsights/artificial-intelligence/tackling-bias-in-artificial-intelligence-and-in-humans#>. Acesso em: 17 jan. 2024.

SUNSTEIN, Cass R. Governing by algorithm? No noise and (potentially) less bias. *Duke Law Journal*, v. 71, n. 6, p. 1175–1206, 2022.

TAMBIAMA, Madiega. Briefing: EU Legislation in Progress. Artificial Intelligence Act. EPRA – European Parliamentary Research Service, jun. 2023.

TAULLI, Tom. *Introdução à Inteligência Artificial*. Uma abordagem não técnica. São Paulo: Novatec, 2020.

THE FEED. ChatGPT witnesses massive rise, chatbot gains 100 million users in two months. *Economic Times*, 5 mar. 2023. Disponível em: <https://economictimes.indiatimes.com/news/new-updates/chatgpt-witnesses-massive-rise-chatbot-gains-100-million-users-in-two-months/articleshow/98428443.cms?from=mdr>. Acesso: 31 mar. 2024.

TINDER. *Página Inicial*, [20-]. Disponível em: <https://tinder.com/pt>. Acesso em: 17 jan. 2024.

TROPIANO, Dolores. More internet marriages are leading to happy marriages. *Arizona State University News*, 20 jan. 2023. Disponível em: <https://news.asu.edu/20230119-university-news-more-internet-matches-are-leading-happy-marriages>. Acesso em: 31 mar. 2024.

TUFEKCI, Zeynep. We need to take our privacy back. *The New York Times*, 2022. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2022/05/19/opinion/privacy-technology-data.html>. Acesso em: 17 jan. 2024.

UNESCO. *AI and education: a guide for policy makers*. 2021. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/in/documentViewer.xhtml?v=2.1196&id=p::usmarcdef_0000376709&file=/in/rest/annotationSVC/DownloadWatermarkedAttachment/attach_import_761bcdad-d1e3-40c9-819d-03c4ac725f26%3F_%3D376709eng.pdf&locale=en&multi=true&ark=/ark:/48223/pf0000376709/PDF/376709eng.pdf#AI%20in%20education_pages.indd%3A.14084%3A1005. Acesso em: 31 mar. 2024.

UNESCO. *Recommendation on the ethics of artificial intelligence*, 23 nov. 2021. Disponível em: <https://www.unesco.org/en/articles/recommendation-ethics-artificial-intelligence>. Acesso em: 13 fev. 2024.

UNESCO. *Recommendation on the ethics of artificial intelligence*, 2021. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455#:~:text=AI%20actors%20and%20Member%20States,law%2C%20in%20particular%20Member%20States>!. Acesso em: 26 mar. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Directorate-General for Research and Innovation. *Quarterly R&I literature review: The impact of AI on R&I*, n. Q2, 11 jul. 2023a.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa. Artificial Intelligence and Electoral Integrity. *Concept Paper*, 2022. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/electoral-management-bodies-conference/concept-paper-2022>. Acesso em: 21 abr. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. *EU Artificial Intelligence Act*, 2024. Disponível: <https://artificialintelligenceact.eu/the-act/>. Acesso em: 15 maio 2024. Acesso em: 14 fev. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. European Commission. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules in Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending certain Union Legislative Acts*, 21 abr. 2021. Disponível: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>. Acesso em: 15 maio 2024.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. *Artificial Intelligence Act: deal on comprehensive rules for trustworthy AI*, 12 set. 2023b. Disponível em: <https://artificialintelligenceact.eu/the-act/>. Acesso em: 14 fev. 2024.

URUEÑA, René. *Regulating the Algorithmic Welfare State in Latin America*. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*. Research Paper No. 2023-27, 20 dez. 2023.

UUK, Risto; GUTIERREZ, Carlos Ignacio; TAMKIN, Alex. *Operationalising the Definition of General Purpose AI Systems: Assessing Four Approaches*. Working Paper. *Stanford University*, 1 jun. 2023.

VERMA, Pranshu. *The never-ending quest to predict crime using AI*. *The Washington Post*, 15 jul. 2022.

VINCENT, Jame. Getty Images is suing the creators of AI art tool Stable Diffusion for scraping its content. *The Verge*, 17 jan. 2023. Disponível em: <https://www.theverge.com/2023/1/17/23558516/ai-art-copyright-stable-diffusion-getty-images-lawsuit>. Acesso em: 12 fev. 2024.

VLACHOS, Scott. The link between mis-, dis-, and malinformation and domestic extremism. *Council for Emerging National Security Affairs*, June 2022. Disponível em: MDM_22.617b.pdf (censa.net). Acesso: 21 abr. 2024.

WEBB, Michael. *The Impact of Artificial Intelligence on the Labor Market*, 6 nov. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3482150. Acesso em: 11 fev. 2024.

WILLIAMS, Matthew. *A ciência do ódio*. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2021, p. 207.

WINSTON, Patrick Henry. *Artificial intelligence demystified*. Minuta de 30 set. 2018. (mimeo).

ZUBOFF, Shoshana. Surveillance Capitalism or Democracy? The Death Match of Institutional Orders and Politics of Knowledge in Our Information Civilization. *Organization Theory*, v. 3, p. 1-79, 2022.

Foro por prerrogativa de função: oscilações jurisprudenciais

Special jurisdiction: judicial oscillations

Foro por prerrogativa de función: fluctuaciones
jurisprudenciales

Gilmar Ferreira Mendes

Doutor em direito pela Universidade de Münster, Alemanha. Professor de direito constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Evolução institucional do foro por prerrogativa de função; 2.1 O que significam tantas mudanças?; 3. O pecado original: a dubiedade do art. 53, § 1º, da Constituição Federal; 3.1 A regra da atualidade; 3.2 A regra da contemporaneidade; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo endereça a oscilação de entendimentos do Supremo Tribunal Federal sobre o foro por prerrogativa de função à luz da evolução do instituto na história constitucional, como resultado natural de se equilibrarem dois comandos: garantir-se a proteção de certas funções fundamentais da República e ao mesmo tempo evitar-se o abuso de tais prerrogativas por seus ocupantes.

PALAVRAS-CHAVE: foro; prerrogativa de função; crimes funcionais; STF: AP 937-QO, HC 232.627, Inq 4.787.

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction; 2. Institutional evolution of the forum by prerogative of function; 2.1 What does it mean so many changes?; 3. The original sin: the dubiousness of art. 53, § 1st, of the Brazilian Constitution; 3.1 The rule of topicality; 3.2 The rule of contemporaneity; 4. Conclusion; References.

ABSTRACT: The article addresses the oscillation in the rulings of the Federal Supreme Court regarding the special jurisdiction enjoyed by certain authorities in light of the evolution of said institute throughout the Brazilian constitutional history, as a natural result of enforcing two commands: to guarantee the protection of certain fundamental functions of the Republic and at the same time prevent the abuse of such prerogatives by their occupants.

KEYWORDS: special jurisdiction; prerogative powers; functional crimes; STF: AP 937-QO, HC 232.627, Inq 4.787.

CONTENIDO: 1. Introducción; 2. Evolución institucional del fuero por prerrogativa de función; 2.1 ¿Qué nos dicen tantos cambios?; 3. Pecado original: la duda del art. 53 § 1º de la Constitución Federal; 3.1 La regla de la actualidad; 3.2 La regla de la contemporaneidad; 4. Conclusión; Referencias.

RESUMEN: El artículo aborda la oscilación de las interpretaciones del Tribunal Supremo Federal acerca de la prerrogativa de foro por función a la luz de la evolución del instituto en la historia constitucional brasileña, como resultado natural del equilibrio de dos mandatos: garantizar la protección de ciertas funciones fundamentales de la República y al mismo tiempo impedir el abuso de tales prerrogativas por parte de sus ocupantes.

PALABRAS CLAVE: foro; prerrogativa de función; delitos funcionales; STF: AP 937-QO, HC 232.627, Inq 4.787.

1. Introdução

Em contundente artigo intitulado *O STF e a bananosa do foro por prerrogativa de função*, o advogado criminalista Alberto Zacharias Toron criticava a oscilação do entendimento da Suprema Corte sobre o foro especial criminal de parlamentares ao longo dos quase sessenta anos que separam 1962 e 2018, dois importantes marcos na matéria (Toron, 2020, p. 111-112).

Tal movimento ainda contaria um passo adicional dado pela Corte, em setembro de 2024, em processos de minha relatoria: HC 232.627 e Inq 4.787-AgR-QO. Nesses casos, o Tribunal decidiu de forma a buscar posição equilibrada. Ao mesmo tempo que reconheceu as dificuldades práticas encontradas por composições anteriores da Corte, partilhou da crítica de Toron e procurou calibrar as expectativas sociais, fixando regra clara e doravante estável.

Neste artigo, em préstimo à louvável iniciativa do lançamento da *Revista Plenário*, busca-se reconstruir o problema interpretativo criado pelo foro por prerrogativa de função, considerada a atividade parlamentar.

Tal reconstrução conjugará recortes temporal e analítico: num primeiro passo, separando os diferentes núcleos de sentido do texto contidos no art. 53, § 1º, da Constituição de 1988, para, na sequência, associá-los à sua repercussão prática em leitura periodicizada da jurisprudência da Corte Constitucional.

Sobre o instituto do foro especial, demonstrar-se-á como a última interpretação dada pelo STF atende às expectativas da Constituição de 1988 e resolve os problemas das interpretações anteriores, contextualizando o que, em verdade, foi uma evolução institucional da garantia do foro por prerrogativa de função.

2. Evolução institucional do foro por prerrogativa de função

Em sua sabatina, no Senado Federal, em 2017, o ministro Alexandre de Moraes pontuava, ao responder a questionamento do senador Lasier Martins, que a Constituição de 1988 é a que tem a maior quantidade de prerrogativas de foro, e que, por isso, equiparava-se às constituições europeias em grau de proteção (Anjos, 2017).

O contraste entre as formas como o instituto é disciplinado pelas constituições brasileiras denota inequívoca evolução da garantia.

Em estudo de 2015, com atualização em 2021, intitulado *Foro por prerrogativa de função no direito comparado*, a Consultoria da Câmara dos Deputados, em

detalhada análise, iluminou esse caminho (Tavares Filho, 2021), que aqui é reproduzido apenas em linhas gerais.

A Constituição de 1824, ressaltando a irresponsabilidade do imperador, dividia o foro especial em dois grupos. O primeiro, de competência judicativa do Senado, abrangia os delitos individuais cometidos pelos membros da família imperial, ministros e conselheiros de Estado, bem como senadores e deputados durante o período da legislatura (art. 47). O segundo, de competência judicativa do Supremo Tribunal de Justiça, compreendia os delitos e erros do ofício cometidos por seus ministros, os das relações, os empregados no corpo diplomático e os presidentes das províncias (art. 164, II).

A Carta de 1891, a primeira Constituição republicana, reduziu o foro especial à figura do presidente, que respondia perante o Supremo Tribunal Federal, após o aval da Câmara dos Deputados, por crimes comuns, e perante o Senado, por crimes de responsabilidade (art. 53).

Na Constituição de 1934, a competência da Suprema Corte expandiu-se para processar e julgar originariamente nos crimes comuns o presidente da República e os ministros da Corte; nos crimes comuns e de responsabilidade, os ministros de Estado, o procurador-geral da República, os juízes dos tribunais federais e das cortes de apelação dos estados, do Distrito Federal e dos territórios, os ministros do Tribunal de Contas e os embaixadores e ministros diplomáticos; e, apenas nos crimes de responsabilidade, os juízes federais (art. 76, I).

A Constituição de 1937 alterou parte da sistemática anterior, submetendo os ministros do STF, nos crimes de responsabilidade, ao Conselho Federal (art. 100). Ademais, criou foro especial também nas unidades federadas para os juízes estaduais, então julgados, nos crimes comuns e de responsabilidade, pelos tribunais de apelação nos estados, Distrito Federal e territórios (art. 103, e).

Na sequência, o texto de 1946 estendeu foro especial aos juízes dos Tribunais Superiores e dos Tribunais Regionais do Trabalho (art. 101, I, c), o que, na Constituição de 1967, incluía os juízes do trabalho e os ministros dos Tribunais de Contas da União, dos estados e do Distrito Federal (art. 114, I, b).

Conforme pontuado pelo ministro Alexandre de Moraes, a Carta Cidadã de 1988 aumentou o rol de foros especiais, para incluir autoridades como o vice-presidente da República, comandantes das Forças Armadas, governadores, prefeitos, membros do Ministério Público (arts. 52, I; 96, III; 102; 105, b e c) e, pela primeira vez na história republicana, os membros do Congresso Nacional (art. 53, § 1º).

Dado o princípio da simetria, ficam autorizadas as constituições estaduais a atribuir foro especial aos deputados estaduais e vice-governadores. Todavia, não podem, de acordo com a jurisprudência do Supremo, estender o foro ao vice-prefeito e a vereadores, diante do que teria sido um silêncio eloquente do constituinte ao determinar, no art. 29, X, que o prefeito (sem referência às demais autoridades regionais) seja julgado pelo Tribunal de Justiça.⁴⁸

2.1 O que significam tantas mudanças?

Parece evidente que a história constitucional brasileira é a história do progressivo aumento dos foros especiais a certas autoridades. Teria o direito brasileiro andado bem? A resposta parece-me insofismavelmente afirmativa. Para esclarecê-la, algumas observações sobre o instituto são necessárias.

Como é sabido, quando se fala em foro, está-se a referir ao foro judicial criminal, porque é basicamente a ele que se referem as constituições (cf. arts. 53, § 1º, e 102, I, *b*), com ressalvas às Casas Legislativas quando operam em função atípica, adjudicante.

No direito brasileiro, a competência judicial é em regra determinada em razão da matéria. O foro especial, determinado *ratione personae*, é exceção. A regra justifica-se pela noção já intuitiva de que todos devem ser processados pelos mesmos órgãos jurisdicionais, em atenção aos mandamentos constitucionais dos princípios republicano (art. 1º), do juiz natural (art. 5º, LIII) e da igualdade (art. 5º, *caput*). A exceção, por seu turno, ampara-se na necessidade de se equilibrar a administração da justiça com a proteção funcional de altos cargos públicos.

Em termos mais simples: algumas autoridades – em razão do cargo, não do ocupante –, dada a posição que ocupam no sistema jurídico, notadamente porque suas decisões podem afetar mais amplamente a sociedade e o Estado, demandam tratamento jurisdicional diferenciado para que sejam garantidas a imparcialidade e a independência necessárias ao bom desempenho de sua função.

48 ADI 558 e ADI 6.842, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, julgadas em: 19/4/2021 e 21/6/2021, respectivamente. Cf., ainda, ADI 2.553, com redação para o acórdão do ministro Alexandre de Moraes, DJe 17/8/2020. Cuida-se, é verdade, de debate complexo, a tomar pela redação aberta do art. 125, § 1º, da mesma Constituição, pelo qual “a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado”. Sobre o tema, cf. orientação prévia da Corte – ADI 2.587, ADI 541 e HC 70.474.

O foro por prerrogativa de função garante imparcialidade e independência de maneira bilateral. A premissa, bastante razoável, é de que uma Corte Superior é mais bem guarnecida, por um lado, contra as forças que poderiam vulnerabilizar o réu em juízo (como inimigos políticos) e igualmente contra as forças que, por outro lado, poderiam empoderá-lo.

Cuida-se de entendimento antigo do Supremo Tribunal Federal, exposto pelo ministro Victor Nunes Leal, no julgamento da Rcl 473, ainda em 1962:

A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com alto grau de independência, que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuaram contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, **uma garantia bilateral**, garantia contra e a favor do acusado. (Brasil, 1962, grifo nosso)

Disso conclui-se que a corrente tradução do instituto como privilégio de foro, além de atécnica, perde algo fundamental: o foro especial poderá ser desfavorável ao réu, ao menos da perspectiva de seus interesses pessoais, egoísticos, sempre que mal-intencionados.

Além de regra de imparcialidade, o foro especial é também regra de racionalização e eficiência da função pública. A uma porque, sem ela, diante da acusação de infração criminal cometida pelo presidente da República, admitida pela Câmara dos Deputados, poderia um juiz singular, no início de carreira, suspender o chefe do Executivo de suas atribuições por até 180 dias (no exemplo do art. 86 da CF). A duas porque, do contrário, as funções mais relevantes na República certamente não seriam ocupadas pelos melhores quadros, diante do risco a que se submeteriam. Nesse sentido, valiosa a lição de Jorge Octávio Lavocat Galvão (2018, p. 1.053):

A exposição inerente a determinados cargos faz com que seus ocupantes fiquem mais suscetíveis a responderem a ações judiciais movidas por paixões de toda ordem. Apenas para citar como exemplo, à época das privatizações do governo FHC, foram propostas várias medidas judiciais contra os membros da cúpula do governo, notadamente contra o Advogado-Geral da União, que, apesar de estar incumbido de dar contorno jurídico à política pública em questão, não possuía foro de prerrogativa

de função. Em pouco tempo, inúmeras ações foram ajuizadas em várias comarcas brasileiras contra o AGU, o que, então, levou o presidente da República a editar, em 2001, uma medida provisória elevando o referido cargo à condição de ministro de Estado.

Percebe-se, pois, que a principal vantagem adquirida com a extensão do foro privilegiado ao Advogado-Geral da União foi a unificação do foro para julgamento de diversas ações ajuizadas, que passaram a ser de competência do STF. Tal medida apresentou-se essencial para dar tranquilidade ao ocupante do cargo que, caso contrário, teria que passar mais tempo com a contratação de advogados e elaborando sua defesa do que efetivamente se dedicando às importantes tarefas de sua função pública. Sem tal garantia, dificilmente pessoas gabaritadas aceitariam o convite para assumir o cargo de Advogado-Geral da União.

A evolução do instituto no Brasil, como demonstra o histórico aqui sintetizado, é um fenômeno natural: as crescentes investidas no Judiciário para se intimidarem autoridades com função socialmente impactante criaram a necessidade de se resguardá-las e, assim, de se garantirem as melhores condições institucionais para que exercessem suas atribuições de forma independente.

A oscilação jurisprudencial, nesses termos, observa semelhante curva de aprendizado na difícil tarefa de garantir a proteção de certas funções fundamentais da República e, ao mesmo tempo, evitar o abuso de tais prerrogativas por seus ocupantes.

Tais premissas serão cruciais para as considerações que seguem.

3. O pecado original: a dubiedade do art. 53, § 1º, da Constituição Federal

O tema do foro especial, embora amplo, é geralmente associado ao trabalho parlamentar. Não há nada de surpreendente nisso. Seja em razão da quantidade de representantes, seja em razão da maior exposição pública – notadamente dado o papel árduo e nobre de amplificar as opiniões de quem representam, sobretudo as críticas e reivindicativas –, seja, por fim, em razão da própria rivalidade do processo seletivo, mediante voto popular, a função parlamentar está especialmente sujeita a ações que visam a criminalizá-la.

A Carta de 1988, como antecipado, foi a primeira dentre as constituições republicanas a garantir aos membros do Congresso Nacional foro especial. Assim o fez, todavia, de maneira extremamente sucinta, nos termos do art. 53, § 1º,

segundo o qual “os deputados e senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal” (Brasil, 1988).

Diante do texto, duas interpretações emergem, dentre as mais naturais. Este trabalho adotará a divisão proposta pelo mestre italiano Riccardo Guastini (2014, p. 370 *et seqs.*), a mais conhecida e bem sistematizada de que se tem notícia.

De acordo com a primeira interpretação, de caráter literal (ou gramatical), teria o constituinte submetido toda e qualquer ação penal contra parlamentar federal ao Supremo Tribunal Federal. Isso se justificaria pela ênfase no momento de diplomação e pela ausência de discriminação sobre os crimes considerados.

Na interpretação literal, em síntese, o foro por prerrogativa de função se atrela ao exercício atual da função parlamentar. Essa concepção é ampliativa sobre o tipo de crime (vale para qualquer um), mas restritiva sobre o período, seja da prática do crime, seja de seu julgamento.

Consoante a segunda interpretação, de caráter intencional (ou sistemático), teria o constituinte tencionado submeter apenas os crimes praticados no exercício das funções, pressupondo-se um vínculo entre a infração e as atribuições do cargo. O art. 130 da Constituição da República Portuguesa, por exemplo, adotou este parâmetro: “Por crimes praticados no exercício das suas funções, o presidente da República responde perante o Supremo Tribunal de Justiça” (Portugal, 1976, art. 130).

Na interpretação intencionalista, em suma, o foro por prerrogativa de função se atrela ao exercício contemporâneo da função parlamentar. Essa perspectiva é restritiva sobre o tipo de crime, mas ampliativa sobre o período de julgamento.

Como já exposto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é oscilante sobre o tema e tem perfilhado ambas as regras, incluídas suas combinações.

A seguir, cada uma será submetida ao devido escrutínio analítico, limitando-se o histórico jurisprudencial – ao contrário do que foi feito nos votos do HC 232.627 e do Inq 4.787-AgR-QO – aos casos de foro especial para parlamentar.

3.1 A regra da atualidade

A interpretação mais longeva no Supremo Tribunal Federal, ao menos desde o advento da Constituição de 1988, endossava a regra de atualidade. De 1999 a 2018, prevaleceu essa regra na acepção ampla: com a investidura no cargo,

o foro especial se tornava competente para todas as investigações e ações penais instauradas contra o parlamentar, inclusive quanto a delitos praticados antes da posse no cargo e os que não guardavam relação com as funções exercidas. O afastamento do cargo, porém, importava a imediata remessa dos autos para a primeira instância.

Dessa singela descrição emerge o calcanhar de Aquiles da regra em questão: ela se deixa manipular pelo réu, que, tal qual num *forum shopping*, escolhe se quer ser julgado no foro comum ou no especial.

Como observado, o foro especial não é rigorosamente um privilégio; é, antes, uma garantia bilateral que assegura a imparcialidade do julgamento: de um lado, a proteção contra a vulnerabilidade do réu diante de inimizades políticas e, de outro, a inibição no uso de influência por força de suas amizades.

Com efeito, a renúncia ao mandato, sob a regra da atualidade, leva à declinação da competência especial, e, dada a consequente remessa dos autos à primeira instância, o julgamento da causa é ao cabo retardado. No limite, isso pode provocar a prescrição da pretensão punitiva.

Diante desse cenário, não demorou para a Corte reagir.

A primeira iniciativa ocorreu na AP 396, de relatoria da ministra Cármen Lúcia (DJe 28/4/2011). O acusado, deputado federal, renunciara ao mandato na véspera da sessão de julgamento e requerera a remessa dos autos à Justiça local. Ao constatar no ato tentativa de fuga do foro – em outros termos, de verdadeiro abuso do direito, mediante fraude à Constituição –, o Plenário considerou a renúncia ineficaz para fins de deslocamento de competência e prosseguiu no julgamento, condenando o ex-deputado Natan Donadon a treze anos, quatro meses e dez dias de reclusão.

Na AP 536-QO, de relatoria do ministro Roberto Barroso (DJe 12/8/2014), o Plenário, por maioria absoluta, reconheceu a necessidade de um critério objetivo para servir de parâmetro no exame de eventual abuso processual. Na ocasião, todavia, não se formou maioria quanto ao marco temporal sugerido pelo relator, para quem, uma vez recebida a denúncia, o fato de o parlamentar renunciar não produziria o efeito de deslocar a competência do STF para qualquer outro órgão judicial. Tampouco houve maioria absoluta em relação a outros marcos temporais que foram objeto de debate. Diante do impasse, a Corte deliberou por deixar a definição do critério para outra oportunidade.

Finalmente, na AP 606-QO, também de relatoria do ministro Roberto Barroso (DJe 18/9/2014), a Primeira Turma avançou no debate do tema, a fim de fixar um critério geral para a perpetuação da competência originária dos tribunais.

Segundo o voto do relator, havia três propostas em discussão: o momento da inclusão do processo em pauta (posição do ministro Dias Toffoli); o fim da instrução processual (posição da ministra Rosa Weber); e o recebimento da denúncia (posição do relator).

Ao final, prevaleceu a posição intermediária, sustentada pela ministra Rosa Weber, de que “a renúncia de parlamentar, após o final da instrução, não acarreta a perda da competência do Supremo Tribunal Federal” (Brasil, 2014b). A Turma estabeleceu, assim, um instrumento para inibir a manipulação da regra da atualidade.

3.2 A regra da contemporaneidade

Sob a égide da Constituição de 1988, o primeiro caso emblemático surge no julgamento do Inq 571-QO, de relatoria do saudoso ministro Sepúlveda Pertence (DJ 5/3/1993), em que figurava como réu o então deputado federal Jabes Pinto Rabelo.

Àquela altura, o parâmetro acerca do foro especial era a Súmula 394, editada na sessão plenária de 3 de abril de 1964.

Assim dispunha o verbete:

Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício. (Brasil, 1964)

Como se percebe, a súmula endossava a dita regra da contemporaneidade.

Contudo, na referida ação, ao identificar que “o fato do processo é anterior à diplomação”, o Tribunal reconheceu que “com a extinção do mandato, cessou o foro por prerrogativa de função de que gozava e, em consequência, a competência do Tribunal” (Brasil, 1993).

Adotou-se, portanto, regra que, na prática, conjugava atualidade e contemporaneidade: nos delitos praticados durante o exercício funcional, a competência especial se conservava mesmo com a cessação daquele exercício (regra da contemporaneidade, nos termos da Súmula 394); já nos delitos praticados antes do exercício funcional, a competência especial perdia o objeto e o caso seria remetido à jurisdição ordinária, conforme a regra *ratione materiae* (regra da atualidade).

Tal orientação seria revista em 1999, com o julgamento do Inq 687-QO, de relatoria do ministro Sydney Sanches (DJ 9/11/2001), ainda sobre as condutas do deputado Jabes Rabelo, cassado em 1992.

Na ocasião, o Tribunal reviu sua jurisprudência e decidiu que o foro especial não subsistiria após a perda do mandato, inclusive para crimes cometidos durante o exercício das funções. O novo entendimento resultou no cancelamento da Súmula 394.

Na oportunidade, prevaleceu a posição do ministro relator Sidney Sanches, para quem a Constituição não assegurou explicitamente a prerrogativa de foro para autoridades que, por qualquer razão, deixaram o cargo. Por isso, a perda do mandato encerraria a competência do Tribunal, já que “as prerrogativas de foro, pelo privilégio que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos” (Brasil, 2001).

Nesse precedente, o Tribunal consagrou a regra da atualidade em sua acepção mais pura, sem ressalvas. O foro por prerrogativa de função despontava com a investidura no cargo; cessava, porém, com o término das funções, pouco importando a natureza do delito.

Como antecipado, apenas em 2018 a regra da contemporaneidade foi reinserida. Isso se deu com o precedente fixado na AP 937-QO (DJe 11/12/2018), de relatoria do ministro Roberto Barroso. Na oportunidade, fazendo alusão à evolução jurisprudencial dos últimos anos, preocupado com o *forum shopping* pelos parlamentares e com o risco de prescrição de processos, bem como à necessidade de se resguardar o princípio republicano (art. 1º) e a igualdade (art. 5º, *caput*), o relator entendeu que a teleologia do foro por prerrogativa de função, à luz da regra da contemporaneidade – embora sem usar o termo –, reduzia os crimes a atrair a competência excepcional apenas àqueles cuja prática estaria, de alguma forma, relacionada ao exercício da função.

Essa, como é sabido, tornou-se a posição vencedora, segundo a qual “para assegurar que a prerrogativa de foro sirva ao seu papel constitucional de garantir o livre exercício das funções – e não ao fim ilegítimo de assegurar a impunidade – é indispensável que haja relação de causalidade entre o crime imputado e o exercício do cargo” (Brasil, 2018). À época, ponderei que, rigorosamente, a teleologia do instituto – pelas razões indicadas no item 2.1 – não permite tal redução de objeto.

O raciocínio é simples: também os crimes praticados por autoridade com foro especial sem qualquer relação com o ofício deverão, de todo modo, ser julgados, e nessa oportunidade a garantia de imparcialidade – garantia bilateral – se impõe igualmente.

Além desse aspecto da posição vencedora, outro chamava a atenção: o Plenário, na ocasião, manteve o entendimento de que a cessação do exercício das funções importaria a remessa dos autos para o juízo de primeiro grau, ressalvadas as ações em que a instrução processual já tivesse sido concluída.

Nessa hipótese, a competência seria perpetuada até o desfecho do processo. A tese de julgamento ficou assim redigida:

(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. (Brasil, 2018)

Esse amálgama indica que a superação da jurisprudência ocorreu pela metade.

O Plenário passou a definir a prerrogativa de foro por um critério material, em função da fisionomia do delito (regra da contemporaneidade), mas, paradoxalmente, manteve a principal consequência da regra da atualidade – declínio da competência com o término do exercício funcional.

Com esse arranjo, o precedente firmado na AP 937-QO reúne o que há de mais restritivo nas duas regras examinadas – uma interpretação que desborda dos limites do texto constitucional.

O resultado disso é a subversão da finalidade do foro por prerrogativa de função. Basta que o parlamentar não seja reeleito ou que o agente público se aposente para que os atos praticados no exercício do cargo sejam julgados não pelo órgão designado pelo legislador constituinte, mas por outra instância jurisdicional.

Tome-se como exemplo o senador que, ao fim do mandato, é eleito para o cargo de deputado federal, ou vice-versa. Ou, ainda, do vice-presidente que assume o cargo de presidente da República, depois da renúncia do titular. A aplicação da tese firmada na AP 937-QO importaria a remessa dos inquéritos e das ações para a primeira instância, e o acusado ficaria exposto aos riscos que a lei buscou conter ao estabelecer o foro especial.

A falha é tão gritante que o Tribunal foi obrigado a relativizar a regra geral para estabelecer que a prerrogativa de foro subsiste quando o parlamentar federal é eleito, sem interrupção do mandato, para a outra Casa Legislativa, conforme Inq 4.342-QO, de relatoria do ministro Edson Fachin (DJe 13/6/2022).

Para piorar, o precedente mantém aberta a brecha do *forum shopping*: o parlamentar pode, por exemplo, renunciar antes da fase de alegações finais, para forçar a remessa dos autos a um juiz que lhe pode parecer mais simpático aos interesses da defesa. A falha não passou despercebida pelo ministro Roberto Barroso, que já defendeu a antecipação desse marco para o momento de recebimento da denúncia, no citado precedente, a AP 606-QO, de relatoria de Sua Excelência.

4. Conclusão

Foi diante desse conjunto de coisas – uma jurisprudência que, frise-se, nunca endosse – que submeti a matéria ao escrutínio de meus pares, por ocasião da relatoria do HC 232.627 e do Inq 4.787 AgR-QO, e votei para se fixar a seguinte tese:

A prerrogativa de foro para julgamento de crimes praticados no cargo e em razão das funções subsiste mesmo após o afastamento do cargo, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados depois de cessado seu exercício. (Brasil, 2024a)

Propus, na esteira de entendimento longo – vejam-se as questões de ordem suscitadas no Inq 687, de relatoria do ministro Sydney Sanches, e na AP 937, de relatoria do ministro Roberto Barroso –, a aplicação imediata da nova interpretação aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior.

Com isso, espero que finalmente seja atingida posição de equilíbrio sobre o tema, apta a satisfazer o preceito constitucional da segurança jurídica. A evolução do foro por prerrogativa de função, ao longo da história brasileira, revela esforço contínuo para conciliar a proteção das funções públicas essenciais com a necessidade de se evitarem abusos.

Esse equilíbrio é fundamental para se garantir que as autoridades possam exercer suas atividades sem o temor de perseguições políticas, ao mesmo tempo que assegura que a justiça prevaleça, independentemente do cargo ocupado. Assim, ao se consolidar interpretação mais clara e estável sobre o foro especial, reforça-se a confiança nas instituições e na própria democracia.

Além disso, o fortalecimento da segurança jurídica não deve ser visto apenas como um objetivo em si, mas como um meio para se fomentar um ambiente onde a ética e a responsabilidade pública sejam priorizadas.

A prática do foro por prerrogativa de função deve servir como instrumento que não apenas protege as funções estatais, mas também promove a transparência e o *accountability*. Com essa perspectiva, será possível vislumbrar um futuro no qual a justiça e a integridade das instituições caminhem lado a lado, contribuindo para uma sociedade mais justa.

Referências

ANJOS, Anna Beatriz. Constituição de 1988 é a que mais garante foro privilegiado. *Agência Pública*. 21 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://apublica.org/checagem/2017/02/truco-constituicao-de-1988-e-a-que-mais-garante-foro-privilegiado/>. Acesso em: 20 nov. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Planalto. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 396*. Relatora: ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, publicado em 28/4/2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2316196>. Acesso em: 18 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 536 QO*. Relator: ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, publicado em 12/8/2014. 2014a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3884382>. Acesso em: 18 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 606 QO*. Relator: ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, publicado em 18/9/2014. 2014b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4068536>. Acesso em: 18 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 937 QO*. Relator: ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, publicado em 11/12/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4776682>. Acesso em: 20 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 232.627*. Relator: ministro Gilmar Mendes, Plenário Virtual de 29/3/2024 a 8/4/2024. 2024a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6742436>. Acesso em: 20 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 571*. Relator: ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, publicado em 5/3/1993. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1521782>. Acesso em: 18 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 687*. Relator: ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, publicado em 9/11/2001. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1540800>. Acesso em: 18 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 4.342 QO*. Relator: ministro Edson Fachin, Plenário Virtual, publicado em 13/6/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5090101>. Acesso em: 18 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 4.787 AgR-QO*. Relator: ministro Gilmar Mendes, Plenário Virtual de 29/3/2024 a 8/4/2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5696197>. Acesso em: 20 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 473*. Relator: ministro Victor Nunes, Tribunal Pleno, julgado em 31/6/1962. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87387>. Acesso em: 20 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 394*. Publicada em 8/5/1964, p. 1.239. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula394/false>. Acesso em: 20 jan. 2025.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Foro privilegiado: três razões para mantê-lo. In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado. *A Constituição entre o direito e a política: o futuro das instituições*. Rio de Janeiro: GZ, 2018.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoarepublicaportuguesa.aspx>. Acesso em: 20 nov. 2024.

TAVARES FILHO, Newton. *O foro por prerrogativa de função no direito comparado*. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015 (atualizado em 2021).

TORON, Alberto Zacharias. O STF e a bananosa do foro por prerrogativa de função. In: TORON, Alberto Zacharias *et al.* *Decisões controversas do STF: direito constitucional em casos*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Vetores constitucionais da propriedade intelectual

Constitutional vectors of intellectual property

Vectores constitucionales de la propiedad intelectual

José Antonio Dias Toffoli

Ministro do Supremo Tribunal Federal. Ex-presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça (2018-2020) e ex-presidente do Tribunal Superior Eleitoral (2014-2016).

Walter Godoy dos Santos Jr.

Juiz auxiliar do gabinete do ministro Dias Toffoli. Juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Professor do curso de pós-graduação *stricto sensu* em direito da Universidade Nove de Julho. Doutor e mestre em direito comercial pela Universidade de São Paulo.

RESUMO: Este artigo busca fornecer panorama a respeito dos fundamentos constitucionais que guiam a compreensão do instituto jurídico da propriedade intelectual. Para tanto, adota-se como premissa o delicado equilíbrio entre, de um lado, a justa recompensa pelo esforço intelectual garantida pela proteção exclusiva e, de outro, o estímulo à evolução industrial e cultural, que requer a temporalidade dessa proteção visando garantir o posterior acesso ao domínio público. Diante desse cenário, a presente análise percorre a evolução histórica da proteção à propriedade intelectual no Brasil, desde o período colonial até a Constituição Federal de 1988, perpassa por conceitos doutrinários pertinentes e, ao final, examina a interpretação conferida ao tema pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.529, especialmente no que tange à função social da propriedade intelectual e à livre concorrência.

PALAVRAS-CHAVE: propriedade intelectual; função social da propriedade; livre concorrência; desenvolvimento econômico.

ABSTRACT: This article provides an overview of the constitutional foundations underlying the legal concept of intellectual property. It is based on the premise of a delicate balance between the fair reward for intellectual effort – secured through exclusive protection – and the promotion of industrial and cultural development, which requires the temporariness of such protection to ensure subsequent access to the public domain. Within this framework, the analysis traces the historical development of intellectual property protection in Brazil, from the colonial period to the 1988 Federal Constitution, incorporates relevant doctrinal perspectives, and examines the interpretation given by the Federal Supreme Court in its judgment of Direct Action of Unconstitutionality 5,529, particularly regarding the social function of intellectual property and the principle of free competition.

KEYWORDS: intellectual property; social function of property; free competition; economic development

RESUMEN: Este artículo ofrece un panorama de los fundamentos constitucionales que sustentan la comprensión del instituto jurídico de la propiedad intelectual. Parte de la premisa de que existe un delicado equilibrio entre, por un lado, la justa recompensa al esfuerzo intelectual —garantizada mediante la protección exclusiva— y, por otro, el fomento del desarrollo industrial y cultural, el cual requiere la temporalidad de dicha protección para asegurar el posterior acceso al dominio público. En este marco, el análisis recorre la evolución histórica de la protección de la propiedad intelectual en Brasil, desde el período colonial hasta la Constitución Federal de 1988, incorpora conceptos doctrinarios relevantes y examina la interpretación dada por el Supremo Tribunal Federal en el juicio de la Acción Directa de Inconstitucionalidad 5.529, en particular en lo que respecta a la función social de la propiedad intelectual y a la libre competencia.

PALABRAS CLAVE: propiedad intelectual; función social de la propiedad; libre competencia; desarrollo económico.

O desenvolvimento da propriedade intelectual, expressão que compreende os institutos da propriedade industrial e dos direitos autorais, tem levado ao distanciamento cada vez maior de seus fundamentos, de maneira que, muitas vezes, é difícil estabelecer-se a relação entre as categorias de direito criadas para atender às novas realidades de mercado e seus vetores constitucionais, o que acarreta a perda da sistematização necessária à organização desse ramo da ciência do direito.

De fato, no campo da propriedade intelectual, em que é fértil a criação de novos direitos, discute-se, de maneira apaixonada, a tensão entre a necessidade de proteção adequada das criações intelectuais e os obstáculos que uma proteção demasiada poderia trazer em desfavor dos vetores de desenvolvimento tecnológico, econômico e social que as fundamentam.

O que se põe em causa é o tênue equilíbrio entre a justa recompensa do esforço intelectual humano consistente na concessão de uma proteção exclusiva e o estímulo à evolução industrial e cultural, que aconselha impor-se um prazo a essa proteção, findo o qual as referidas criações intelectuais passam ao domínio público.

O ato criativo, denominado pelos italianos de *magia*, é a fonte primária desses direitos, reconhecidos desde a Constituição imperial de 1824, tendo-se reservado ao legislador ordinário a tarefa de conferir a forma e a extensão de seu exercício, as quais devem impulsionar o desenvolvimento tecnológico e econômico, tendo em vista o interesse social do país (art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988).

No Brasil, a proteção da propriedade industrial remonta ao período colonial, conforme se extrai do texto do Alvará de 28 de abril de 1809, expedido pelo príncipe regente de Portugal, Dom João:

VI. Sendo muito conveniente que os inventores e introdutores de alguma nova máquina, e invenção nas artes, gozem do privilégio exclusivo além do direito que possam ter ao favor pecuniário, que sou servido estabelecer em benefício da indústria e das artes; ordeno que todas as pessoas que estiverem neste caso apresentem o plano do seu novo invento à Real Junta do Comércio; e que esta, reconhecendo a verdade, e fundamento dele, lhes conceda o privilégio exclusivo por quatorze anos, ficando obrigadas a publicá-lo depois, para que no fim desse prazo toda a nação

goze do fruto dessa invenção. Ordeno outrossim, que se faça uma exata revisão dos que se acham atualmente concedidos, fazendo-se público na forma acima determinada, e, revogando-se todos os que por falsa alegação, ou sem bem fundadas razões, obtiveram semelhantes concessões.

No plano constitucional, a proteção da propriedade intelectual tem origem em 1824. A Constituição imperial estabelecia, em seu art. 179, inciso XXVI, que:

[...] os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda, que hajam de sofrer pela vulgarização.

Alargando o escopo de proteção da matéria, nossa primeira Constituição republicana, de 1891, previa, em seu art. 72, § 25, o seguinte:

[...] Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento.

O § 26 do mesmo artigo esclarecia, ainda, que:

[...] aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

E, finalmente, no § 27, aparece, pela primeira vez, uma tímida, porém relevante, referência às marcas: “A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica”.

Caminhando pela história das constituições brasileiras, cumpre destacar que a de 1934 estabelecia, em seu art. 113, número 18, que “os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou concederá justo prêmio, quando a sua vulgarização convenha à coletividade”.

Adicionalmente, dilatou-se a proteção conferida aos sinais distintivos, estipulando-se, no número 19 do mesmo artigo, que “[...] é assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do uso do nome comercial”. O número 20 desse artigo completava a proteção à propriedade imaterial, declarando o seguinte: “Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas é assegurado o direito exclusivo de produzi-las. Esse direito transmitir-se-á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar”.

Na contramão dos movimentos constitucionais anteriores, a Constituição Federal de 1937 conferiu ao legislador ordinário ampla autonomia para regulamentar a proteção da propriedade intelectual, porquanto o art. 122, número 14, estabelecia que:

[...] a Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

14. [...] o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício.

A Constituição Federal de 1946, por muitos apontada como o mais belo trabalho do legislador constitucional brasileiro até os dias atuais, remonta, por sua vez, à Constituição de 1891, estabelecendo, em seu art. 141, §§ 17, 18 e 19, que:

[...] os inventos industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio. É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do uso do nome comercial [...] [e que] aos autores de obras literárias artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar.

Na mesma linha, a Constituição Federal de 1967, em seu art. 150, § 24, estabelecia que “[...] a lei garantirá aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização e assegurará a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do nome comercial”, aglutinando, num mesmo parágrafo, a proteção patentária e marcária.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 mostrou-se especialmente rica em disposições concernentes ao sistema de propriedade intelectual, bastando verificar o disposto em diversos incisos do art. 5º:

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

[...]

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Note-se que, embora a orientação a respeito do objetivo de se alcançar o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil estivesse presente em algumas constituições anteriores, a de 1988 é a primeira a trazê-la refletida expressamente nos incisos concernentes à propriedade intelectual.

Por essa razão, apesar do decurso do tempo e do desenvolvimento notável da disciplina da propriedade intelectual nas universidades e nos tribunais, deve-se sublinhar que os dispositivos constitucionais transcritos aqui mantêm a subordinação da proteção conferida aos institutos jurídicos compreendidos por esse ramo do direito ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil.

Trata-se, portanto, de matéria com finalidade determinada pela Constituição e que não se circunscreve a um direito individual, pois diz respeito à coletividade e ao desenvolvimento do país.

A esse respeito, Newton Silveira ensina o seguinte:

As constituições modernas contemplam, ao lado da liberdade de iniciativa, a utilidade social, criando mecanismos de controle da atividade econômica coordenada a fins sociais. Tal atitude se reflete diretamente sobre a tutela dos chamados bens imateriais resultantes da criação intelectual, limitando sua duração para o fim de harmonizá-los com o progresso técnico e cultural e a tutela do consumidor, buscando delimitar tais direitos, em especial no campo industrial. (Silveira, 1985, p. 18-23)

Na mesma vertente, Denis Borges Barbosa ressalta que:

Não menos essencial é perceber que o art. 5º, XXIX, da Carta estabelece seus objetivos como um triângulo, necessário e equilibrado: o interesse social, o desenvolvimento tecnológico e o econômico têm de ser igualmente satisfeitos. Foge ao parâmetro constitucional a norma ordinária

ou regulamentar que, tentando voltar-se ao desenvolvimento econômico captando investimentos externos, ignore o desenvolvimento tecnológico do país, ou o nível de vida de seu povo. (Barbosa, 2002, p. 25)

Assim, os vetores fundamentais, ao redor dos quais gravita o conjunto de disposições normativas que rege o sistema de proteção ao esforço intelectual humano, são constituídos, indiscutivelmente, pelo interesse social e pelo desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil.

A propósito, Tullio Ascarelli, em sua *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, considera como base do direito industrial o interesse geral no progresso cultural e técnico e o interesse do consumidor.

Karin Grau-Kuntz anota que, não obstante o art. 5º, inciso XXIX, da Constituição de 1988 preveja um direito individual, o escopo maior da norma é incrementar o bem-estar social, o que ocorre por duas vias:

- a) pela garantia do privilégio (uma vantagem concorrencial), que funciona como incentivo para os inventores assumirem os riscos vinculados a investimentos em projetos de desenvolvimento de novas tecnologias (inventos);
- b) pelo incremento da concorrência de imitação ao fim do privilégio, fator que gera alternativas nos mercados, preços e qualidades melhores (temporiedade/adequação econômica da duração do privilégio). (Kuntz, 2021, p. 156)

Tomando-se como exemplo a patente, por ser um dos principais institutos desse sistema, deve-se esclarecer que ela é um instrumento de incentivo à inovação e ao desenvolvimento tecnológico, pois possibilita aos inventores – ou seja, àqueles que dedicaram tempo e recursos para criar algo novo e útil a toda a sociedade – a apropriação dos resultados econômicos do invento, mediante a estipulação de instrumentos jurídicos destinados à dissuasão e à repressão civil e penal da imitação e da exploração indevida por terceiros.

Dessa maneira, a patente é um instrumento que favorece o investimento em pesquisa e desenvolvimento no setor da indústria, ao possibilitar o retorno financeiro aos que assumiram o risco da inovação.

Repita-se, por oportuno, que o art. 5º, inciso XXIX, da CF/88 determina que seja assegurada por lei a proteção à propriedade industrial mediante um privilégio temporário, com observância do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Por consistir em uma exclusividade para exploração de determinado produto ou processo produtivo, a patente traduz-se em um privilégio, além de um

instrumento de reserva de mercado, sendo que, embora seja relevante para remunerar e incentivar a inovação, ela deve ser necessariamente temporária, tendo em vista sua aptidão para barrar a concorrência, para impor uma única política de preços e para reduzir consideravelmente a capacidade de escolha dos consumidores.

Foi exatamente a essa conclusão que se chegou no julgamento da ADI 5.529/DF, na qual o Supremo Tribunal Federal considerou que a temporalidade prevista no texto constitucional deve ser interpretada à luz do escopo da proteção patentária, que não se restringe a tutelar os interesses dos inventores das patentes, garantindo, também, o usufruto do invento por toda a sociedade, (i) a partir de regras claras e (ii) em prazo razoável.

Vale lembrar que o objeto da mencionada ADI envolveu a discussão sobre a constitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da Lei n. 9.279/1996 (Lei da Propriedade Industrial), que permitia a dilação do prazo de proteção de patentes proporcionalmente ao tempo de tramitação do processo administrativo no Instituto de Propriedade Intelectual (Inpi).

Nesse cenário, concluiu o Supremo Tribunal Federal que a vantagem concorrencial concedida a autores de invenções deve ter vigência determinada e previsível, de forma que não só o beneficiário mas também os demais atores da indústria possam aferir com exatidão a data do término da vigência da patente.

Nesse diapasão, o ministro e professor Eros Grau, ao responder a consulta formulada pela Associação Brasileira das Indústrias de Química Fina, Biotecnologia e Especialidades (Abifina) acerca do dispositivo questionado na ADI 5.529/DF, apontou que:

[...] Privilégio temporário, no contexto da totalidade normativa que a Constituição do Brasil compõe, é privilégio concedido por prazo certo, predeterminado, conhecido pelo mercado. De modo distinto – mais do que distinto, adverso – privilégio por tempo indeterminado é o concedido por prazo incerto, não determinado, não conhecido pelo mercado.

O art. 5º, XXIX, da Constituição do Brasil, repita-se, concede privilégio temporário de utilização de patentes. Temporário, no contexto do preceito, é o que perdura por tempo determinado, provisoriamente, transitoriamente. O preceito constitucional, diversamente do que o parágrafo único do art. 40 da Lei n. 9.279/1996 enseja, não diz que a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio por tempo indeterminado.

Por isso, à toda evidência, o parágrafo único do art. 40 da Lei n. 9.279/1996 afronta a Constituição. [...]

Ora, o caráter temporário da proteção patentária não pode significar uma mera limitação do privilégio no tempo, pois há direitos individuais e coletivos que surgem a partir da extinção da patente e que demandam regras claras e segurança jurídica para sua plena satisfação. Dessa forma, um prazo determinado mostra-se essencial para a observância da regra constitucional que impõe temporariedade à exclusividade concedida à exploração econômica de invenções e modelos de utilidade.

Além de vigência determinada e previsível, a patente deve vigor por prazo razoável. Consoante aponta Karin Grau-Kuntz, se, de um lado, “um privilégio garantido por pouco tempo não seria suficiente como incentivo para os inventores assumirem os riscos vinculados ao desenvolvimento de novas soluções técnicas”, de outro, “o privilégio garantido por um período muito longo tem por efeito gerar poder de mercado, *i.e.*, uma nova falha de mercado”, razão pela qual a autora conclui que:

[...] um dos ingredientes principais que faz a receita de sucesso do sistema de patente é encontrado na medida ideal de duração do privilégio. Esta, a seu turno, seguindo o *standard* internacional (art. 33 do Acordo de TRIPS), aparece determinada no art. 40 da LPI: 20 anos a contar da data do depósito. (Kuntz, 2021, p. 156-157)

Destaco que a busca pelo equilíbrio entre os interesses público e privado alicerça a propriedade intelectual e o Acordo TRIPS, conforme se depreende dos objetivos e dos princípios inscritos nos arts. 7 e 8 do documento:

Art. 7º

Objetivos

A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

Art. 8º

Princípios

1. Os membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e

para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento socioeconômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo.

2. Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia.

No caso da ADI 5.529/DF, o prazo de extensão de proteção de patentes previsto no parágrafo único do art. 40 da Lei de Propriedade Industrial, posteriormente revogado pelo Congresso Nacional, também ensejava violação da função social da propriedade intelectual.

Nesse sentido, deve-se reafirmar que a natureza imaterial dos bens que compõem a cesta de direitos da propriedade intelectual não os torna imunes à imposição constitucional de observância da função social da propriedade (verdadeira hipoteca social) e, como tal, demanda a harmonização de interesses individuais e coletivos, o que é realizado, entre outros instrumentos previstos pela Lei de Propriedade Industrial, pela previsão de extinção da patente pela expiração do prazo de sua vigência ou mesmo pela imposição de licença compulsória, com a consequente liberação para a atuação dos demais concorrentes.

É importante mencionar também a livre concorrência que figura no art. 170, inciso IV, da Constituição Federal como um princípio da ordem econômica e diz respeito à liberdade dos agentes econômicos para o exercício de suas atividades, dentro de determinado mercado, sem embaraços por parte do Estado e protegidos do abuso de poder econômico “que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º, da CF/1988).

A esse respeito, José Afonso da Silva ensina que:

A livre concorrência está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Ela é uma manifestação da liberdade de iniciativa, e, para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º). (Silva, 2009)

Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira antisocial. Cabe, então ao Estado intervir para coibir o abuso (Silva, 2009. p. 795).

Embora a livre concorrência não comporte intervenções arbitrárias por parte do Estado, cabe a ele agir proativamente para garantir que os agentes econômicos usufruam da liberdade em situação igualitária, sem abuso de poder econômico. Nesse sentido, na ordem econômica constitucional, a liberdade é a regra, e a restrição, a exceção.

De igual forma, a defesa do consumidor consta como princípio da ordem econômica, nos termos do art. 170, inciso V, estando, por sua vez, intimamente ligada à ideia de livre concorrência.

Isso porque a Constituição Federal, ao promover uma ordem econômica em que haja competição entre os agentes do mercado de forma igualitária, busca garantir, também, a liberdade de escolha dos consumidores, cujo exercício depende da multiplicidade de opções. Assim sendo, sem livre concorrência, não há que se falar em livre escolha de consumo.

Por natureza, a concessão de uma patente importa em quebra da igualdade de condições dos atores da indústria, pois se concedem, por questões de mérito evolutivo, a um ou a alguns deles a exclusividade temporária na exploração econômica de determinado invento e, conseqüentemente, o poder de estipular preços e de auferir os lucros correspondentes livres da pressão dos concorrentes.

A obtenção de patente, todavia, é um privilégio constitucionalmente garantido e plenamente justificável que deve ser interpretado restritivamente, diante da função que exerce no incentivo à inovação e ao desenvolvimento tecnológico, conforme já mencionado.

A Constituição Federal concede o privilégio da proteção à propriedade intelectual mas garante que, a partir de determinado prazo, os demais agentes da indústria tradicional e cultural venham a se igualar ao titular do direito na possibilidade de exploração do objeto protegido, liberando-o à dinâmica concorrencial do mercado.

O direito de propriedade intelectual, para ser exercido, deve ser considerado necessário e adequado para o fim a que se destina, sem incorrer em agressão

ou abandono dos demais preceitos constitucionais aplicáveis, como os princípios que regem a ordem econômica.

Convidado a refletir sobre a qualidade da proteção à propriedade intelectual que se almeja para o país, tendo em vista, também, os objetivos da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária, o Supremo Tribunal Federal respondeu, na ADI 5.529/DF, que todos os vetores e princípios constitucionais devem ser igualmente observados pelo Estado e pelos titulares desses direitos.

A propósito, é emblemática a manifestação da ministra Rosa Weber sobre o caso:

O art. 5º, XXIX, da Constituição da República dispõe que “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país”. A redação do texto constitucional deixa clara a natureza peculiar desta espécie jurídica: privilégio concedido ao particular, com vista à realização de um fim social. A fruição desse privilégio pelo particular, todavia, somente é possível se cumpridas as exigências previstas na legislação.

[...]

Como dito anteriormente, o art. 5º, XXIX, da Lei Maior condiciona o legislador, na concessão do privilégio temporário ao autor de invento industrial, a ter em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico.

[...]

A Constituição submete a proteção patentária, assim, à satisfação de uma finalidade que a justifica. Para ser legítima perante a ordem constitucional o privilégio temporário concedido ao autor de invenção deve cumprir com a finalidade de promover o interesse social e o desenvolvimento tecnológico.

[...]

A adequada compreensão do sistema de proteção da propriedade intelectual, pois, é a que não o divorcia da sua finalidade constitucional, a qual consiste, na expressa dicção do art. 5º, XXIX, em promover “o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país”. Na expressa e literal dicção do preceito constitucional, o privilégio temporário de utilização exclusiva, a ser conferido aos inventores por meio do sistema de patentes, somente se legitima quando voltado à promoção do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

A legitimidade dos desenhos normativos produzidos na seara do direito patentário em absoluto pode se divorciar da sua conformação histórica, dos princípios que lhe são inerentes e, especialmente, da teleologia inscrita na cláusula constitucional que o instituiu.

Não foi outro o entendimento manifestado pelo ministro Edson Fachin:

É sabido que a proteção reconhecida constitucionalmente para a propriedade industrial materializa-se por meio da concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade, cujo principal objetivo é recompensar o inventor pelo trabalho, pelo tempo e pelas despesas feitas para desenvolver o produto.

Importante registrar que a norma constitucional também garante, no âmbito de proteção do direito fundamental expressamente previsto no inciso XXIX do art. 5º do texto constitucional, a atenção para os seguintes objetivos: i) interesse social do país; ii) desenvolvimento tecnológico do país; e iii) desenvolvimento econômico do país.

Assim sendo, além da temporariedade do privilégio de proteção, a norma constitucional e o sistema nela embutido garantem a todos os cidadãos brasileiros a possibilidade de aproveitar a criação industrial, após o prazo de vigência da exclusividade de exploração.

[...]

Os direitos decorrentes da propriedade intelectual em geral, e da propriedade industrial em particular, permitem que uma pessoa física ou jurídica controle o uso de uma parcela específica do conhecimento, em virtude de um monopólio que geralmente é concedido pela legislação.

Percebe-se que, pela evidência dos fatos, alguns bens sejam mais suscetíveis de apropriação do que outros. A ideia original ou invenção só pode estar sob o poder de um indivíduo ou grupo de indivíduos enquanto não for compartilhada com os demais indivíduos da comunidade, pois a partir do momento em que a ideia ou invenção é divulgada passa imediatamente ao domínio de todos. Peculiar, nesse contexto, é o fato de que ninguém deixa de ser possuidor de uma ideia porque outros também a possuem.

É possível afirmar, portanto, que a exclusividade que se cria a partir do instituto de patentes é uma construção artificial do legislador ou, em outras palavras, um artifício da legislação empregado para que a ideia inovadora, na condição de bem imaterial, possa ocupar um lugar e ter o seu valor no mercado.

Assim, os direitos de exclusividade decorrentes do regime de patentes cumprem a importante função de incentivo à produção dos bens imateriais, cumprindo o principal e importante objetivo de gerar bem-estar

social, a partir de determinação constitucional específica (art. 5º, XXIX, parte final, da CRFB).

Na verdade, os sujeitos que são excluídos da posse da ideia inovadora, bem imaterial, no momento em que se garante o direito exclusivo de sua exploração, anteriormente disponível a todos, e artificialmente transformado pelo ordenamento jurídico em bem de exploração econômica exclusiva, transmudam-se em sujeitos beneficiários do bem imaterial difuso ou coletivo, em face do progressivo incremento do bem-estar geral por ele proporcionado, o que acaba por garantir um estímulo à própria eficiência econômica.

Assim posto, pode-se dizer que o conhecimento, naturalmente, não permite sua apropriação privada por meio dos mecanismos econômicos, de modo que para que se estabeleça o regime de patentes, torna-se necessária a utilização do aparato jurídico do Estado, a fim de gerar uma forma particular de monopólio que, se num primeiro momento exclui a utilização ampla do bem, num momento imediatamente seguinte serve ao propósito de incrementar, sob algum aspecto, a vida em sociedade.

[...]

Nesse contexto, importante dizer que o exercício do direito de propriedade industrial não pode transmudar-se em abuso do poder, pressupondo, portanto, que seja respeitado um regime de concorrência que conduza a uma participação na economia de mercado pelo uso estratégico do poder, a fim de garantir competitividade, renovação e desenvolvimento. (ADI 5.529/DF)

Esclarece, a propósito e com firmeza, o ministro Alexandre de Moraes que:

[o] binômio constitucional consagrado no art. 5º, XXIX, da CF, de proteção à propriedade e ao interesse coletivo, se equilibra tenuemente na temporariedade das patentes. O parágrafo único do art. 40 permite um desequilíbrio nesse binômio, permite que essa temporariedade seja prolongada *ad aeternum* ou por prazo absolutamente injustificado. No momento em que passa a existir a impossibilidade de previsibilidade da duração da patente, exatamente em face da previsão do termo inicial ser absolutamente discricionária, potestativa à Administração, parece que temos realmente uma inconstitucionalidade.

Aqui se inverte, fica como se a regra fosse a duração *ad aeternum* da patente, que gera inúmeros problemas, todos detalhados pelo eminente ministro Dias Toffoli, com fundamento em informações apresentadas nos autos pelo Inpi sobre o estado de fato relacionado ao trâmite dos pedidos de patente, como o estoque atual de pedidos de patente pendentes, o tempo de espera conforme a divisão técnica (setor tecnológico), o tempo médio de espera, também conforme o setor, e a indicação de

quantas patentes estariam em vigor há mais de 20 anos, entre outros detalhamentos.

A partir disso, segurança jurídica, impessoalidade, eficiência, razoável duração do procedimento administrativo estão sendo absolutamente ignoradas.

Mais do que isso, também não me parece que continue sendo respeitado o binômio que a Constituição consagrou de forma direta no art. 5º, XXIX, da CF, com base na temporariedade. Essa possibilidade de prorrogação *ad infinitum* simplesmente mitiga os prazos definidos, fixos e razoáveis, que encontram paralelo no ordenamento jurídico internacional. Não desrespeitam, em sua previsão abstrata, nenhum tratado internacional do qual o Brasil seja signatário, pois são prazos que respeitam o indivíduo, a propriedade e o coletivo, após um determinado período.

Dessa forma, essa injustificada e injustificável condição potestativa, absolutamente discricionária do Poder Público, leva aos problemas que o eminente professor e ex-ministro desta Casa, professor e ministro Eros Grau, apontou do ponto de vista sistemático, em parecer escrito apresentado nos autos da presente ação direta.

Prolongar injustificadamente o privilégio de exploração exclusiva de produtos e processos industriais acaba gerando um monopólio, porque prejudica aqueles que eventualmente querem, após o prazo fixado em lei, entrar na livre concorrência. A incerteza quanto à extensão da proteção conferida ao detentor da patente, que pode ir muito além do prazo original de 20 anos, desestimula a ação de outros agentes econômicos, do investimento em processos produtivos com tecnologias de domínio público, o que é de grande interesse social.

Inibe-se, portanto, a livre concorrência, pois a prorrogação da patente limita o acesso a tecnologias e mercados, beneficiando de forma desproporcional o titular da patente. Veja-se que a delonga no trâmite administrativo igualmente inibe que potenciais concorrentes formulem qualquer outro pedido, de modo a competir no mesmo mercado em igualdade de condições. E há a possibilidade, por parte da administração pública, de retardamento do processo de análise, não só por problemas administrativos e de estrutura, mas por problemas de preferência, vamos dizer assim, quebrando a impessoalidade.

Parece-me que só essa indagação resolveria a questão: qual o prazo final de vigência de uma patente no Brasil? Ninguém pode, antes da concessão da patente, afirmar com segurança qual é o termo final da mesma, de modo a definir a partir de quando é possível realizar um investimento sem violar direitos de terceiros.

Ora, isso afeta o binômio estabelecido pelo art. 5º, XXIX, da CF.

Volto a insistir: como também destacado pelo ministro relator, fere a segurança jurídica, a eficiência da Administração e, acrescento, fere a impessoalidade e a livre concorrência, princípios da ordem econômica.

Por fim, o ministro Gilmar Mendes ponderou que a solução jurídica da norma também não está de acordo com os postulados da eficiência, da liberdade econômica e da defesa do consumidor, apresentando em seu voto dados que revelam que a dilatação do prazo de vigência em relação a medicamentos, por exemplo, provoca custo adicional de bilhões de reais.

Assim, ao examinar o caso paradigma na área de propriedade intelectual, o Supremo Tribunal Federal constatou, objetivamente, a necessidade de revisar os vetores constitucionais da matéria para verificar se estavam sendo respeitados os preceitos neles expressos.

Concluiu o Tribunal que o Brasil não pode continuar sendo o “paraíso” dos países desenvolvidos, mantendo monopólios, por décadas, sobre produtos que já caíram em domínio público naquelas jurisdições, nas quais podem ser adquiridos por preços muito mais acessíveis do que no Brasil.

O modelo atual, que tem sido habilmente lapidado pelo Congresso Nacional, não pode levar à oneração desproporcional do Estado e dos cidadãos brasileiros. Monopólios intermináveis, além de serem irracionais, sufocam a concorrência e a inovação, desestimulando o ingresso de novos empreendedores nos nichos monopolizados.

Todas essas conclusões ficaram devidamente assentadas no voto vencedor que proferi – na qualidade de relator da ADI 5.529/DF – a partir do qual se consolidou o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a preocupação da Constituição de 1988 não se restringiu ao fato de que os direitos de propriedade intelectual devem ser concedidos e exercidos com algumas limitações em favor do interesse comum⁴⁹, mas também de que sejam propulsores do desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil,

49 Para Miguel Reale, “O direito, porém, não visa a ordenar as relações dos indivíduos entre si para satisfação apenas dos indivíduos, mas, ao contrário, para realizar uma convivência ordenada, o que se traduz na expressão: ‘bem comum’. O bem comum não é a soma dos bens individuais, nem a média do bem de todos; o bem comum, a rigor, é a ordenação daquilo que cada homem pode realizar sem prejuízo do bem alheio, uma composição harmônica do bem de cada um com o bem de todos. Modernamente, o bem comum tem sido visto, – e este é, no fundo, o ensinamento do jusfilósofo italiano Luigi Bagolini, – como uma estrutura social na qual sejam possíveis formas de participação e de comunicação de todos os indivíduos e grupos”. (Reale, 2001, p. 55)

em razão do que não são tolerados abusos⁵⁰ em nome de interesses ilegítimos⁵¹ de seus titulares⁵².

Referências

BARBOSA, Denis Borges. *Bases constitucionais da propriedade intelectual*.

2002. Disponível em: <https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/bases-constitucionais-da-propriedade-intelectual.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2025.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Direito civil da propriedade intelectual*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, ano 139, 11 jan. 2002.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. 1. ed., v. 1, t. 1. Rio de Janeiro: Fonense, 1946.

GIACCHETTA, André Zonaro. *A evolução do direito industrial e a sua relação com o direito da concorrência*. Trabalho apresentado em curso de pós-graduação na Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

50 Para Pedro Marcos Nunes Barbosa, “[...] caso a liberdade do dono da patente ultrapasse as finalidades constitucionais de uso do direito de excluir, ele ‘despreza o direito fundamental de cada um à independência da arbitrariedade que obriga de outros e abusa do poder estatal para fazer valer sua arbitrariedade privada [...] ele qualitativamente não se distingue do despotismo qualquer’. [...] E tal deslize material fica ainda mais evidente quando se enxerga o titular da patente como alguém que recebe um poder jurídico na condição de promovê-lo dentro das metas constitucionais” (Barbosa, 2016, p. 65-66).

51 André Giacchetta aponta que “a exploração dos direitos advindos da propriedade industrial não podem ficar sujeitos tão-somente ao arbítrio do seu titular, que deve se amoldar às funções sociais e econômicas do privilégio desenvolvido. E é nesse compasso que a defesa da concorrência exercerá papel importante para a delimitação das práticas concorrenciais saudáveis à ordem econômica”. E continua: “o direito industrial é uma ferramenta de desenvolvimento econômico e como tal deve também se submeter à ordem econômica” (Giacchetta, 2004, p. 4). Afirma, ainda, que, se por um lado, “o exercício dos direitos industriais pode ocorrer de forma natural e legal ou pode derivar de atos ou condutas que visem tão-somente o alcance de interesses individuais, em desprezo aos interesses coletivos” e “os fatores econômico e social da propriedade industrial estão, dessa forma, relacionados à maneira pela qual o título concedido ao particular é por ele utilizado, posto que concedido com o fim único de sustentar o desenvolvimento econômico e tecnológico do país”, por outro lado, vê-se “necessidade de fiscalização pelo Estado da exploração dos direitos industriais, para que, de um lado, seja preservada a leal concorrência e, de outro lado, seja preservada a ordem econômica, pela manutenção da exploração da propriedade industrial dentro dos limites sociais e coletivos” (Giacchetta, 2004, p. 11).

52 Gama Cerqueira adverte, nesse sentido, que “As leis da propriedade industrial podem ainda ser interpretadas e aplicadas tendo-se em vista a ordem pública, grandemente interessada nessa matéria, de modo que não se lhes sobreponham meros interesses individuais e, principalmente, convenções privadas que possam afetar os interesses da coletividade e burlar a aplicação do direito. Não se deve, porém, abusar desse conceito, invocando, sem propósito ou a propósito de tudo, os interesses da ordem pública ou da coletividade para cercear o exercício dos direitos da propriedade industrial e prejudicar injustamente as classes interessadas” (Cerqueira, 1946, p. 78). *Vide*, ainda a respeito, o disposto nos arts. 187 e 1.228 do Código Civil.

KUNTZ, Karin Grau. Parecer Prof^a Karin Grau-Kuntz. 12, dez. 2020. In: SVENSSON, Gustavo (org.). *As Inconstitucionalidades da extensão dos prazos das patentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 151-198. Disponível em: https://ibpieuropa.org/wp-content/uploads/2021/05/PDF_As-Inconstitucionalidades-da-Extensao-dos-Prazos-das-Patentes.pdf. Acesso em: 27 mar. 2025.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, Newton Silveira. Garantias constitucionais aos bens imateriais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 60, p. 18-23, out./dez. 1985. Disponível em: <https://rdm.org.br/wp-content/uploads/2024/09/018-023.-SILVEIRA-Newton.-Garantias-constitucionais-aos-bens-imateriais-1.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2025.

Equilíbrio institucional brasileiro: o papel da Advocacia-Geral da União na relação entre os três Poderes da República

Brazilian institutional balance: the role of the Attorney General of the Union in the relationship among the three Branches of Government

Equilibrio institucional brasileño: el papel de la Abogacía General de la Unión en la relación entre los tres Poderes de la República

Jorge Rodrigo Araújo Messias

Advogado-geral da União, doutor e mestre pela Universidade de Brasília (UnB). Foi professor-colaborador da UnB, subchefe para assuntos jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, subchefe de análise e acompanhamento de políticas governamentais da Casa Civil da Presidência da República, secretário de regulação e supervisão da educação superior do Ministério da Educação, consultor jurídico do Ministério da Educação e do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação e procurador do Banco Central do Brasil. É procurador da Fazenda Nacional.

RESUMO: Este artigo analisa o papel da Advocacia-Geral da União (AGU) na promoção e na manutenção do equilíbrio institucional entre os Poderes da República no Brasil, especialmente no contexto de crises políticas e tensões institucionais. Discute-se a importância dos princípios constitucionais da independência e harmonia entre os Poderes, bem como a atuação da AGU na defesa da Constituição, na resolução de conflitos e no fortalecimento do diálogo interinstitucional. O artigo destaca, ainda, o papel da AGU no controle de constitucionalidade e na mediação de conflitos envolvendo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, contribuindo para a estabilidade e a governança democráticas.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia-Geral da União; diálogo interinstitucional; separação de poderes; democracia.

ABSTRACT: This article analyzes the role of the Attorney General of the Union (AGU) in promoting and maintaining institutional equilibrium among the branches of government in Brazil, especially in the context of political crises and institutional tensions. It discusses the importance of the constitutional principles of independence and harmony among the branches, as well as the AGU's function in defending the Constitution, resolving conflicts, and fostering interinstitutional dialogue. The article further highlights the AGU's involvement in constitutional review and in mediating conflicts among the Executive, Legislative, and Judiciary branches, thereby contributing to democratic stability and effective governance.

KEYWORDS: Attorney General of the Union; interinstitutional dialogue; separation of branches of government; democracy

RESUMEN: Este artículo analiza el papel de la Abogacía General de la Unión (AGU) en la promoción y en el mantenimiento del equilibrio institucional entre los Poderes de la República en Brasil, especialmente en el contexto de crisis políticas y tensiones institucionales. Se aborda la importancia de los principios constitucionales de independencia y armonía entre los poderes, así como la actuación de la AGU en la defensa de la Constitución, la resolución de conflictos y el fortalecimiento del diálogo interinstitucional. El artículo también destaca la participación de la AGU en el control de constitucionalidad y en la mediación de conflictos que involucran a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, contribuyendo así a la estabilidad y la gobernanza democráticas.

PALABRAS CLAVE: Abogacía General de la Unión; diálogo interinstitucional; separación de poderes; democracia.

No dia 10 de dezembro de 2024, foi apresentado o resultado da pesquisa quantitativa “A democracia que temos e a democracia que queremos” (Ipespe, 2024), promovida pelo Observatório da Democracia da Advocacia-Geral da União (AGU) e pelo Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas (Ipespe).

Com efeito, quando se realiza uma pesquisa quantitativa a respeito de qualquer tema, busca-se auscultar a opinião pública de maneira a se identificar o pensamento da população, bem como promover e estimular a maior participação dos cidadãos.

Nessa senda, observo que constou da explicação daquele estudo que “[...] pesquisas e debates sobre a democracia contribuem para educar os cidadãos sobre os princípios de garantia de direitos fundamentais, **fortalecimento das instituições, independência dos Poderes**, participação popular, e **resolução pacífica de conflitos**” (grifo nosso). Mas não só. Ouvir “[...] a opinião pública ajuda a identificar frustrações com o funcionamento da democracia e sinais de suas fragilidades que podem ser explorados por movimentos autoritários”.

Dentre os dados ali colhidos, entendo importante destacar a opinião dos entrevistados sobre os Poderes da República, de maneira que, independentemente de posição político-ideológica do questionado, apenas 14% acreditam que eles sejam totalmente independentes. Em linhas gerais, 18% entendem que eles são independentes na maior parte do tempo, enquanto 31% responderam que, frequentemente, um interfere no outro. Por sua vez, impressiona que 27% pensem que não são independentes, havendo total interferência de um sobre o outro.

Interessante perceber ainda que cerca de 2/3 dos entrevistados (65%) enxergam a relação entre os Poderes como conflituosa, em detrimento de 25% que a veem como harmoniosa, apesar de a independência e a harmonia serem princípios fundamentais da nossa Constituição Federal (art. 2º).

Pois bem. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 2º, tratou do princípio fundamental da independência e da harmonia entre os Poderes da República Federativa do Brasil, pormenorizando que, sem qualquer subordinação, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são independentes e harmônicos entre si.

A preservação de tal princípio, preocupação do legislador constituinte, que arrolou a separação dos Poderes dentre as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, III), justifica-se pela necessidade de se garantir a boa relação entre as instituições de Estado, notadamente porque a independência harmoniosa entre os Poderes é fundamental para a proteção da democracia.

Nessa linha de entendimento, Georges Abboud (2019, p. 1.272) assevera que “a separação de Poderes é princípio estruturante de nossa democracia constitucional, portanto, constitui parâmetro normativo para controle e adequação de todos os atos de quaisquer Poderes, inclusive aqueles emanados da jurisdição constitucional”.

Vejamus que o princípio da separação dos Poderes foi alicerçado na ideia de prevenção do arbítrio e na proteção da sociedade contra arroubos autoritários. Por isso, repartir as funções do Estado entre órgãos distintos evitaria a indesejada concentração de poderes em um órgão, entidade ou pessoa. Seria necessário, portanto, limitar o poder.

A definição e a difusão do princípio da separação dos Poderes foram fortemente influenciadas pelas ideias de Montesquieu e pela Revolução Francesa. No entanto, esse conceito já havia sido sugerido anteriormente por pensadores como Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também desenvolveram teorias sobre a divisão dos Poderes. Esse princípio foi consolidado juridicamente nas constituições das ex-colônias inglesas da América e formalizado na Constituição dos Estados Unidos de 1787. Com a Revolução Francesa, tornou-se um dogma constitucional, sendo reconhecido no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que afirmava que uma sociedade sem separação de Poderes não poderia ser considerada constitucional. Esse entendimento reforça a relevância da separação dos Poderes como mecanismo fundamental para a garantia dos direitos humanos, papel que continua a desempenhar até os dias atuais (Silva, 2011, p. 109).

É preciso compreender ainda que o constitucionalismo se desenvolveu por séculos, tendo como principal mote coibir os excessos do Poder Público, de modo que “[é] o fenômeno político-jurídico do constitucionalismo que coloca freios e racionaliza o poder” (Abboud, 2019, p. 1.279).

No entanto, como assinala Uadi Lammêgo Bulos, a doutrina clássica da separação dos Poderes estabelece a distinção entre legislação, administração e jurisdição, conferindo essas funções a órgãos distintos e independentes, princípio que influenciou tanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 16, quanto a Constituição Federal de 1988, no art. 2º. Ressalva, porém, que no contexto brasileiro essa separação deve ser interpretada de forma relativa, considerando a necessidade de equilíbrio e colaboração entre os Poderes para o funcionamento do Estado, razão pela qual o equilíbrio entre os Poderes no Brasil não pode ser rigidamente conduzido conforme a proposta dos teóricos clássicos, especialmente Montesquieu,

uma vez que a dinâmica institucional do país exige uma interpretação mais flexível da separação dos Poderes (Bulos, 2010, p. 1.041).

Na mesma direção, o professor José Afonso da Silva leciona que o princípio da separação dos Poderes não configura a mesma rigidez de outrora, já que “[a] ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de Poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário” (Silva, 2011, p. 109). O sistema de freios e contrapesos impõe uma calibrada interferência para o atingimento do interesse público e em benefício último da coletividade.

Numa visão mais tradicional e no constitucionalismo clássico, o Poder Legislativo, por exercer o importante múnus de editar normas jurídicas para os Poderes Executivo e Judiciário aplicarem, sempre ostentou uma posição privilegiada e expressiva de todas as outras funções (Bulos, 2010, p. 1.040).

O ministro Luís Roberto Barroso, em obra acadêmica, consigna que, até a consolidação do Estado Constitucional de Direito, a partir do final da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), prevalecia um modelo conhecido como “Estado Legislativo de Direito”, no qual a Constituição era vista principalmente como um documento político, cujas normas não possuíam aplicabilidade direta e dependiam do desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Registra, outrossim, que o controle de constitucionalidade pelo Judiciário era inexistente ou, quando presente, possuía papel secundário e pouco impacto. Nesse contexto, a lei ocupava posição central, e o Parlamento exercia supremacia sobre as demais instituições.

Afirma, ainda, o autor que, com a transição para o Estado Constitucional de Direito, a Constituição passou a ser reconhecida como norma jurídica vinculante, não apenas determinando a forma de produção das leis e atos normativos, mas também estabelecendo limites para seu conteúdo e impondo deveres de atuação ao Estado. Esse novo modelo deslocou o eixo de poder, conferindo primazia à Constituição e ao controle judicial, consolidando a supremacia do Judiciário, especialmente por meio de um tribunal constitucional ou suprema corte, responsável pela interpretação final e vinculante das normas constitucionais (Barroso, 2013, p. 240).

Para a melhor compreensão do tema, é preciso reconhecer, em primeiro lugar, que o próprio papel e a organização do Estado – e não só do Poder Judiciário – variam conforme as conjunturas históricas e os contextos nacionais.

Como registrado pelo ministro Barroso, sobretudo no período pós-Segunda Guerra Mundial, o papel desempenhado pelo Poder Judiciário expandiu-se

significativamente, e, em especial, o papel das Cortes Supremas. O Poder Judiciário assumiu um papel central na proteção dos direitos humanos, na promoção da justiça em nível nacional e internacional e no restabelecimento de um sistema internacional mais justo e equilibrado.

No entanto, é preciso reconhecer, também, que o próprio papel e o tamanho do Poder Público – e não só do Poder Judiciário – variam conforme as conjunturas históricas e os contextos nacionais. Em termos absolutos e relativos, o Estado, em suas três funções, é maior hoje do que foi no século dezoito. Além disso, a capacidade de atuação e os recursos disponíveis para o Estado variam consideravelmente entre diferentes países.

Ora, ao analisarmos o Estado durante a Revolução Industrial no Reino Unido e, posteriormente, com a consolidação do Estado Social, percebemos um fortalecimento notório da função executiva. Um exemplo claro é o aumento expressivo dos gastos públicos, que saltaram de cerca de 10% do Produto Interno Bruto (PIB), no século XIX, para aproximadamente 45% após 1945. Esse aumento reflete a expansão das responsabilidades do Estado em áreas como saúde, educação, seguridade social e infraestrutura.

Portanto, é importante termos em mente que os processos históricos, econômicos e sociais transformam o Estado, o direito, e, conseqüentemente, o equilíbrio entre os Poderes.

Ainda para ilustrar o crescente papel do Poder Judiciário na reconstrução dos novos paradigmas de Justiça, no pós-Segunda Guerra Mundial, podemos citar o caso da Corte de Warren, que se refere ao período da história da Corte Suprema dos EUA, de 1953 a 1969, marcado por decisões progressistas que abriram caminho para a afirmação dos direitos civis das populações afrodescendentes. Dentre algumas decisões importantes desse período, está, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas, bem como a declaração de inconstitucionalidade de lei que proibia o uso de contraceptivos por casais casados, reconhecendo o direito à privacidade.

Essa ascensão do Judiciário, observada em diferentes países, não está isenta de críticas ou conflitos. A postura proativa e de retração dos tribunais, não raras vezes, são objeto de críticas, *v.g.* Ao discorrer sobre ativismo judicial e autocontenção, Luís Roberto Barroso diferencia ativismo judicial e autocontenção judicial com base em abordagens metodológicas. O ativismo judicial, quando legitimamente exercido, busca extrair ao máximo as potencialidades do texto constitucional, interpretando seus princípios e conceitos jurídicos

indeterminados para construir regras específicas de conduta. Já a autoconsciência se caracteriza por conceder maior espaço para a atuação dos Poderes políticos, adotando uma postura de deferência às decisões do Legislativo e do Executivo, tanto em suas ações quanto em suas omissões.

Além disso, Barroso enfatiza que, quando não estão em questão direitos fundamentais ou procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem respeitar as escolhas legítimas do legislador e demonstrar deferência ao exercício razoável da discricionariedade administrativa, evitando substituir essas decisões por sua própria valoração política (Barroso, 2014).

Ao analisar a ADI 5.468/DF, de relatoria do ministro Luiz Fux, além de julgar o mérito da ação, o Pleno aprovou a fixação da seguinte tese:

Salvo em situações graves e excepcionais, não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação de Poderes, interferir na função do Poder Legislativo de definir receitas e despesas da administração pública, emendando projetos de leis orçamentárias, quando atendidas as condições previstas no art. 166, § 3º e § 4º, da Constituição Federal. (grifo nosso)

No mesmo sentido, ao julgar o RE 684612-RG (Tema de Repercussão Geral 698), relatoria para o acórdão do ministro Roberto Barroso, fixou a tese abaixo:

1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos Poderes.
2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à administração pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado. 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (Oscip). (grifo nosso)⁵³

Para Abboud (2019, p. 1.276), “[...] o ativismo se apresenta a partir da invasão de um Poder na esfera do outro, sem autorização constitucional para tanto”.

53 No mesmo sentido o Tema 220 da Repercussão Geral: “É lícito ao Judiciário impor à administração pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes” (RE 592581-RG/RS, relator ministro Ricardo Lewandowski).

De acordo com o prestigiado autor, uma análise mais aprofundada sobre a separação dos Poderes no Brasil deve ir além das classificações tradicionais das funções estatais, concentrando-se na verificação de possíveis violações ao princípio da limitação do poder, essencial para qualquer democracia constitucional. Nesse sentido, é necessário avaliar-se em que medida essa limitação está sendo respeitada, especialmente no que se refere à atuação do Poder Judiciário e sua relação com os demais poderes da República (Abboud, 2019, p. 1.281).

Por evidente, a nossa Constituição de 1988 já possui remédio para esses e outros problemas decorrentes da eventual e indesejada sobreposição de um Poder sobre o outro.⁵⁴ Para evitá-los ou minimizá-los, deve-se prezar pelo diálogo entre os três Poderes da República. É por isso que deve ser lembrado que os Poderes no Brasil não são e não devem ser apenas independentes,⁵⁵ mas também harmônicos (Abboud, 2019, p. 1.272).⁵⁶

Ocorre que, desde 2013, o Brasil viveu uma crise política com profundas consequências sobre as relações entre os Poderes. A partir de 2019, a crise mudou de patamar, já que, relativamente fortalecido, o Executivo federal buscou, por meio de distintos instrumentos, subjugar os Poderes Legislativos e Judiciário, assim como a oposição política, e mesmo os demais entes federativos. O resultado foi uma série de crises entre os Poderes, com graves repercussões sobre a governança democrática.

54 O STF já decidiu que, “[e]m 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*” (RE 1297884-RG/DF – Tema 1.120, relator ministro Dias Toffoli).

55 A Suprema Corte já deliberou que: “**A fiscalização legislativa da ação administrativa do Poder Executivo é um dos contrapesos da CF à separação e independência dos Poderes:** cuida-se, porém, de interferência que só a Constituição da República pode legitimar. Do relevo primacial dos ‘pesos e contrapesos’ no paradigma de divisão dos poderes, segue-se que à norma infraconstitucional – aí incluída, em relação à federal, a constituição dos estados-membros –, **não é dado criar novas interferências de um Poder na órbita de outro que não derive explícita ou implicitamente de regra ou princípio da Lei Fundamental da República.** O poder de fiscalização legislativa da ação administrativa do Poder Executivo é outorgado aos órgãos coletivos de cada câmara do Congresso Nacional, no plano federal, e da assembleia legislativa, no dos estados; nunca aos seus membros individualmente, salvo, é claro, quando atuem em representação (ou apresentação) de sua Casa ou comissão” (ADI 3.046/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; grifo nosso). No mesmo sentido: ADI 2.911/ES, de relatoria do ministro Ayres Britto; e ADI 3.252-MC/RO, de relatoria do ministro Gilmar Mendes.

56 Abboud defende que “[...] é requisito essencial para o correto combate ao ativismo judicial no direito brasileiro, a separação de Poderes será o ponto de partida de nossa análise”. Para o referido autor, “[a] **existência de separação de Poderes é condição de possibilidade para impedir que o Judiciário se sobreponha aos demais Poderes mediante atuação ativista**” (Abboud, 2019, p. 1.272, grifo nosso).

Evidentemente, a democracia demanda competição, exposição de conflitos, oposição, crítica e independência. Para que opere de maneira funcional, não se degenere para a tirania ou demagogia, é preciso também diálogo, respeito às minorias e cooperação entre governo e oposição, entre os Poderes da República e entre os entes federativos.

Ora, sabemos que o populismo autoritário tende a criar sucessivas crises institucionais. O constante enfrentamento com o Congresso Nacional, a mídia e o Judiciário fazem parte do arsenal clássico de lideranças carismáticas e autoritárias. As crises eclodem frequentemente por razões artificiais, uma vez que ajudam a manter a base de apoiadores energizada. Observamos com clareza esse processo no Brasil ao longo dos últimos anos.

Entretanto, é preciso interromper tal dinâmica. Por isso que, desde o ano de 2023, buscamos encontrar acordo entre os diferentes, valorizando ainda mais a atividade política. O reestabelecimento da relação harmônica entre os Poderes tem sido a nossa tônica.

Em artigo publicado na *Folha de São Paulo* em 31/6/2023, passados apenas 6 meses do novo governo, pude ressaltar que a redução da litigiosidade no Supremo Tribunal Federal demonstrava a retomada da normalidade democrática decorrente

[...] de um claro movimento de distintos setores governamentais que, cumprindo diretriz do presidente da República, trabalharam para a retomada da normalidade democrática e, com isso, contribuíram para o distensionamento da relação do Executivo com os outros Poderes e com os demais entes federativos. (A redução [...], *Folha de São Paulo*, 2023)⁵⁷

Dessa forma, oportuno assinalar o importante papel da Advocacia-Geral da União (AGU) na promoção e manutenção da harmonia entre os Poderes, já que, sem dúvida, esse fomento ao equilíbrio é intrínseco às suas atribuições constitucionais e legais.

57 Dados do Sistema AGU de Inteligência Jurídica (Sapiens) mostram que, nos seis primeiros meses desses últimos quatro anos, foram ajuizadas na Suprema Corte os seguintes quantitativos de ações de controle concentrado: 72 (2019); 144 (2020); 105 (2021); e 89 (2022). Tais números, como se observa, revelam alto nível de litigiosidade em reação a medidas tomadas pelo governo anterior. Por outro lado, novas informações extraídas do Sapiens, relativas ao primeiro semestre de 2023, mostraram expressiva redução das ações de controle concentrado na comparação com os primeiros semestres do quadriênio anterior. Nesse ano, em igual período, foram propostas ao STF apenas 46 demandas dessa natureza. A notável redução impressiona ainda mais quando se leva em consideração o aumento do acervo geral da Corte, da ordem de 17,7% (3.000 processos) na comparação entre os primeiros semestres de 2022 e 2023.

A Constituição Federal de 1988, ao atribuir à AGU o importante papel de compor as funções essenciais à Justiça, conferiu-lhe a missão de contribuir para a consolidação do Estado Democrático de Direito e para a efetividade do sistema jurídico brasileiro. Ao passo que, ao Advogado-Geral da União, enquanto chefe dessa instituição dotada de autonomia funcional e administrativa, cabe a tarefa de preservar a segurança jurídica e a supremacia da Constituição.

Como órgão consultivo do Executivo e de representação da União, os advogados públicos federais promovem segurança jurídica às políticas públicas e defendem os atos de todos os três Poderes, buscando sempre a prevenção e a resolução das divergências institucionais para a concretização de direitos fundamentais.

A representação de toda a União insere a AGU em uma posição privilegiada para contribuir com a independência e o diálogo harmônico entre os Poderes e com os demais entes federativos. Ademais, a função consultiva coloca os membros da instituição em todos os ministérios, autarquias e fundações federais, permitindo a participação nos ciclos de políticas públicas em todo o território nacional.

Como órgão consultivo do Poder Executivo e de representação da União, a instituição dá segurança jurídica às políticas públicas e defende os atos de todos os Poderes do Estado brasileiro. Buscam-se a prevenção e a resolução das divergências institucionais, para concretização de direitos fundamentais. Vivemos, porém, na era do diálogo e é relevante pontuar, em especial, a atuação moderadora da AGU por meio dos métodos consensuais de pacificação.

Por isso, merece realce a atuação mediadora por meio dos métodos consensuais de pacificação de conflitos. Ora, num contexto de crescentes crises institucionais e tensões políticas, a AGU vem se destacando ao buscar soluções conciliatórias que visam restabelecer o diálogo e fortalecer a governabilidade.

Assim, para que as contendas não descambem para sucessivas crises institucionais, especialmente originadas de razões artificiais, é preciso manter-se a porta aberta para o diálogo interinstitucional franco entre as diferentes forças, entes federativos e Poderes, sempre em busca da construção de novos consensos.

Como instituição, a Advocacia-Geral da União evoluiu na promoção da harmonia entre os Poderes – fortalecendo, conseqüentemente, a desejada independência –, oferecendo soluções concretas para crises institucionais complexas que poderiam ser agravadas pela falta de diálogo.

Na mediação extrajudicial, destacam-se a existência e o sucesso da Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Federal (CCAF), cujo fim é a resolução administrativa de conflitos interfederativos que envolvam órgãos públicos, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

No âmbito judicial, sobretudo, a AGU adquiriu importante papel junto ao STF, destacando-se as manifestações jurídicas que auxiliam esse Tribunal na composição de litígios no âmbito de ações de controle e de repercussão geral. Vale lembrar três importantes exemplos, em que o impasse deu lugar ao consenso: a homologação do acordo da Bacia do Rio Doce (Pet 13.157/DF, de relatoria do ministro Roberto Barroso), os critérios de fornecimento de medicamentos pelo SUS (RE 1366243-RG/SC – Tema de Repercussão Geral 1.234, de relatoria do ministro Gilmar Mendes), e as novas regras de distribuição das emendas parlamentares (ADPF 854/DF, de relatoria do ministro Flávio Dino).

O acordo da Bacia do Rio Doce (Brasil, 2024a) conduzido pela AGU é um bom exemplo disso! Após anos de negociações e diálogos, repactuamos e melhoramos a proposta de 2022, com o incremento dos valores a serem pagos pelas empresas (R\$ 170 bilhões) e a promoção da reparação das vítimas e do meio ambiente.

Outra forte atuação mediadora foi a definição de critérios a serem observados nas ações judiciais de fornecimento de medicamentos pelo SUS. Não é de hoje a discussão jurídica sobre a distribuição de fármacos, mormente quando não incorporados ao sistema público de saúde. Anos passaram-se e diversas decisões foram proferidas, muitas vezes divergentes entre si. Não havia qualquer perspectiva para uma solução. Mais uma vez imperou o consenso.

Conseguimos contribuir para o desenlace da definição de critérios a serem observados nas ações judiciais de fornecimento de medicamentos pelo SUS (Tema de Repercussão Geral 1.234) (Brasil, 2024b). Avançamos para um amplo acordo sobre competência judicial, custeio, critérios de fornecimento e transparência. O impacto desta solução vai além da organização estrutural, resgatando a decisão baseada em evidências científicas. Ganham a saúde, a ciência e a população brasileira.

Por último, cumpre destacar o esforço da AGU, em parceria com o Congresso Nacional, na construção de novas regras para a adequada distribuição das emendas parlamentares. O resultado desse encontro, entre governo, Congresso Nacional e STF, já proporcionou, nos autos da ADPF 854/DF, de relatoria do ministro Flávio Dino, a homologação (Brasil, 2025) pelo Pleno da Suprema

Corte do plano de trabalho elaborado em conjunto pelos Poderes Executivo e Legislativo, que detalhou novas providências para dar maior transparência à execução das emendas parlamentares ao orçamento da União.

Esses e outros exemplos levam-nos à conclusão de que o conflito é melhor resolvido pela harmonia e congruência. Não se trata de se ignorar o papel relevante do julgador de dizer o direito, mas de se conferir também aos atores sociais a responsabilidade pela interpretação da Constituição. Deveras, o diálogo institucional é a chave para se solucionarem as disputas entre os Poderes, tendo a AGU o papel primordial de órgão conciliador.

Em tempos de polarização, o fortalecimento de uma cultura de conciliação e cooperação é vital para se resolverem disputas de forma pacífica e construtiva, apontando para o diálogo institucional como a chave mestra para solucionar as disputas entre os Poderes.

Ademais, é importante sublinhar que o protagonismo do Legislativo na atividade legiferante não prescinde da atuação e interação com os demais Poderes. Enquanto expressão do Poder Legislativo, a atividade de legislar, é bom que se diga, não ocorre de maneira isolada, exigindo uma interlocução com o Poder Executivo e, eventualmente, com o Judiciário.

Digo isso porque a relação dialógica, eventualmente obstaculizada por incompreensões próprias das tensões entre Poderes, exige mecanismos de coordenação e de resolução de conflitos. Destaca-se, portanto, o papel da AGU como instituição constitucionalmente vocacionada à defesa da juridicidade e da harmonia entre os Poderes da República.

E é nesse contexto que a AGU também consegue desempenhar relevante papel para a promoção da harmonia entre os Poderes, seja pela sua competente consultoria e assessoramento jurídico ao Executivo, seja pela defesa da constitucionalidade de atos normativos junto ao Supremo Tribunal Federal.

Como defensora do interesse público primário, a Advocacia-Geral da União tem plenas condições de atuar em prol da preservação do equilíbrio entre os Poderes e assegurar que o processo legislativo respeite a Constituição.

Nesse sentido, considerando-se que o Poder Executivo é responsável pela sanção e promulgação das leis, além de sua regulamentação e execução, a AGU apoia o presidente da República e seus ministérios na elaboração de decretos e outros atos normativos, assegurando que estes estejam de acordo com a Constituição e as leis vigentes.

Por sua vez, faz-se necessário sublinhar uma outra importante faceta da AGU. O nosso Texto Magno prescreveu condições e ritos específicos para possibilitar a cada um dos Poderes da República a realização do controle de constitucionalidade das normas frente à Constituição de 1988.

Como sabemos, no Brasil, o referido controle é predominantemente realizado por via jurisdicional, porquanto a Constituição Cidadã confiou ao Supremo Tribunal Federal (STF), órgão dotado de legitimidade, a missão de guardião da Constituição.

Dentre outras, a função de *defensor legis* atribuída ao Advogado-Geral da União ganha destaque no âmbito do referido controle e estabelece relação íntima e dinâmica com a atuação do Poder Legislativo. Isso porque o AGU oferece perspectiva técnica e jurídica, sem interferências políticas, atuando como verdadeiro interlocutor entre os poderes da República no controle de constitucionalidade, de forma a corroborar com o fortalecimento do sistema de freios e contrapesos.

Ao Supremo Tribunal Federal, dentre outras caras funções, a Constituição Federal atribuiu a competência para processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) de lei ou ato normativo federal, assim como a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), decorrente da CF de 1988.

Ao tratar da propositura de ADI e de ADC, a nossa Constituição outorgou ao Advogado-Geral da União, após citado, a defesa da norma ou ato impugnado, quando apreciada, em tese, a sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103, § 3º (Brasil, 1988).⁵⁸

Ainda que uma primeira interpretação, a gramatical, leve ao entendimento de que o Advogado-Geral da União sempre defenderá o ato ou o texto impugnado, o STF, ao longo do tempo, promoveu progressiva e substancial mudança de interpretação do referido dispositivo constitucional.

No julgamento da ADI 72-QO/ES, o ministro Sepúlveda Pertence, então relator do feito, consignou que “ao Advogado-Geral da União ou a quem lhe faça as vezes – instituído ‘curador especial à presunção de constitucionalidade do ato

58 “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

[...]

§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.”

normativo impugnado' -, não é dado argumentar e concluir pela procedência da ação direta”.

Em 2001, ao julgar a ADI 1.616/PE, de relatoria do ministro Maurício Corrêa, a Suprema Corte evoluiu passando a entender que “O múnus a que se refere o imperativo constitucional (CF, art. 103, S 3º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade”. Naquela oportunidade, constou do voto do relator o que segue:

O múnus a que se refere o imperativo constitucional (CF, art. 103, § 3º), ao que penso, deve, **pela obviedade das hipóteses em que, de modo reiterado a jurisprudência do Tribunal já consolidou a favor de tese contrária ao ato impugnado, ser entendido com temperamentos**, de tal sorte que a manifestação do Advogado-Geral da União não se converta, em casos dessa ordem, como gesto insurrecional, mas de **lógica** e de **bom senso**. (grifo nosso)

Como se vê, não se mostraria lógica e razoável a regra de submissão do AGU à defesa incondicional das normas infraconstitucionais, notadamente nos casos em que a iterativa jurisprudência da Corte elidiria a presunção de constitucionalidade da norma a ser defendida.

Ademais, a atuação do AGU na ação direta de inconstitucionalidade é essencial para se garantir o equilíbrio entre os Poderes da República. A autonomia concedida à AGU não a autoriza - e nem deveria - a atuar de forma isolada ou contra os interesses do Poder Legislativo. Ao contrário, a AGU colabora com o Legislativo, oferecendo subsídios técnicos para a elaboração de leis e atuando como um parceiro na construção de um sistema jurídico mais eficiente e justo.

Além disso, essa atuação do AGU é estratégica para se preservar a presunção de constitucionalidade das leis e para se defender a regularidade do processo legislativo, reforçando a legitimidade dos atos normativos aviados no Parlamento.

O reconhecimento da interpretação finalística à norma colabora com a relevância política e jurídica do cargo, sendo que o fortalecimento da independência funcional e da autonomia da AGU garante a imparcialidade e a cooperação com as demais instituições na defesa da Constituição. Aliás, fortalece a própria missão constitucional do AGU enquanto defensor da Constituição e da estabilidade do sistema político.

Como pôde ser visto até aqui, o Advogado-Geral da União (AGU) tem um papel crucial dentro do sistema jurídico brasileiro, especialmente no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Essa função envolve a defesa da constitucionalidade das normas que emanam do processo legislativo e o assessoramento jurídico do Poder Executivo. A atuação do AGU como curador das normas reflete a relação complexa e interdependente entre os três Poderes da República na formulação e implementação das leis.

Vimos também que a atividade legiferante no Brasil ocorre em um ambiente de constante interação entre os três Poderes da República, expressão do sistema de freios e contrapesos, de maneira que a preservação do equilíbrio entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário – essencial para o funcionamento do Estado Democrático de Direito –, encontra na atuação da AGU uma das suas principais garantias. Ao promover a juridicidade, a segurança jurídica e a cooperação interinstitucional, a AGU reforça a legitimidade da ação legislativa e contribui para a estabilidade democrática.

É por isso que não tenho dúvidas de que devemos apostar na reabilitação da política como local para convergência de posições e criações de consenso, bem como na retomada do diálogo respeitoso e harmonioso entre os Poderes para redução de tensões desnecessárias.

Tal perspectiva é uma versão modesta da afirmação aristotélica de que o homem é, por sua natureza, um animal político e não é um solitário, na medida em que “o ser humano é um ser social e destinado naturalmente à vida coletiva” (Aristóteles, 2020, p. 275).

Nesse sentido, inclusive, a lição de Jeremy Waldron (2003, p. 109): “é na legislatura que nossos representantes discutem sobre a justiça; é na legislatura que discordamos sobre justiça, onde temos segundos pensamentos sobre a justiça, onde revemos o nosso senso de justiça ou nos atualizamos”.

Nessa linha de entendimento, acredito que, a despeito das dificuldades e das ameaças – e os ataques de 8 de janeiro não nos deixam esquecer –, a democracia brasileira vem sendo fortalecida pela retomada do diálogo e da concertação entre os Poderes e os entes federativos, de maneira que as políticas públicas já estão se beneficiando desse novo momento.

Não há dúvidas de que os trabalhos dos três Poderes só se desenvolverão a bom termo se todos se subordinarem ao princípio da harmonia, o qual não significa o domínio de um pelo outro e nem a usurpação de atribuições, construindo-se, portanto, uma consciência de colaboração e controle recíproco, de modo a se evitarem distorções e desmandos (Silva, 2011, p. 111).

Importante assinalar que a demonstrada performance da AGU segue o trilho do efetivo cumprimento do texto constitucional, já que não há outro caminho a ser perseguido a não ser o do efetivo cumprimento da Constituição Federal de 1988.

Por fim, as funções de legislar, julgar e executar não são mais estanques umas das outras, devendo-se atentar também para o caráter atípico de cada uma delas (Bulos, 2010, p. 1.041). No entanto, os traços próprios e intrínsecos das atividades de cada um dos Poderes são responsáveis pela harmonia e cooperação entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, evitando, com a exitosa atuação da Advocacia-Geral da União, grandes impasses que repercutam no plano institucional.

Referências

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 3. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

A REDUÇÃO da litigiosidade no Supremo. *Folha de São Paulo*, 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2023/07/a-reducao-da-litigiosidade-no-supremo.shtml>. Acesso em: 20 mar. 2025.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco* [livro eletrônico]. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 1. reimpr., Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. Advocacia Geral da União. *Celebrado acordo sobre fornecimento de medicamentos de alto custo pelo SUS*. 2024b. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/celebrado-acordo-sobre-fornecimento-de-medicamentos-de-alto-custo-pelo-sus>. Acesso em: 20 mar. 2025.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Planalto. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 mar. 2025.

BRASIL. Presidência da República. *Novo acordo de Mariana é homologado pelo STF*. 2024a. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2024/11/novo-acordo-de-mariana-e-homologado-pelo-stf>. Acesso em: 20 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF homologa plano que dá transparência às emendas ao Orçamento da União*. 2025. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-tem-maioria-para-homologar-plano-que-da-transparencia-as-emendas-ao-orcamento-da-uniao/>. Acesso em: 20 mar. 2025.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual., de acordo com a Emenda Constitucional n. 64/2010, São Paulo: Saraiva, 2010.

INSTITUTO DE PESQUISAS SOCIAIS, POLÍTICAS E ECONÔMICAS. *A democracia que temos e a democracia que queremos*. 2024. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/70-da-populacao-preferem-a-democracia-a-qualquer-outra-forma-de-governo/PESQUISA_OBSERVATRIODEMOCRACIAIPESPEFEBRABAN.pdf. Acesso em: jan. 2025.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Diálogos institucionais e controle de constitucionalidade: caminhos para interpretação do inciso X do art. 52 da Constituição Federal

Institutional dialogues and constitutional review: paths for interpreting item X of article 52 of the Federal Constitution

Diálogos institucionales y control de constitucionalidad: caminos para la interpretación del inciso X del artículo 52 de la Constitución Federal

Bruno Dantas

Ministro do Tribunal de Contas da União. Doutor e mestre em direito pela PUC-SP. Possui pós-doutorado em direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Atualmente é *hauser senior global fellow from practice & government*, na Universidade de Nova Iorque. Realizou pesquisas como *visiting researcher* na Cardozo School of Law (Nova Iorque), *Post-doctoral scientific guest* do Max Planck Institute for Regulatory Procedural Law (Luxemburgo) em 2017 e pesquisador visitante no Institute de Recherche Juridique da Universidade de Paris 1 Panthéon-Sorbonne em 2019.

Guilherme Mazarello

Doutorando em direito constitucional pela Universidade de São Paulo. Mestre em direito constitucional pela Universidade de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Mestre em direito processual pela Uerj. Bacharel em direito pela Universidade de Brasília, com período de mobilidade internacional na Universidade de Paris III Sorbonne-Nouvelle.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Premissa teórica: diálogos institucionais; 3. A tensão dialógica entre as instituições; 4. O art. 52, inciso X, da Constituição Federal, e a força do precedente no direito brasileiro; 5. O art. 52, inciso X, da Constituição Federal, como mecanismo de diálogo institucional; 6. Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo examina a interpretação do inciso X do art. 52 da Constituição Federal, que atribui ao Senado a competência para suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Analisa a evolução jurisprudencial do dispositivo, com ênfase na tese da mutação constitucional e na abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. O estudo é fundamentado na teoria dos diálogos institucionais, e explora as tensões entre os Poderes Judiciário e Legislativo. A pesquisa propõe uma abordagem dialógica para a interpretação do dispositivo citado, conferindo-lhe aptidão de técnica de diálogos institucionais entre Corte e Parlamento, na adoção de posturas minimalistas da jurisdição constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: diálogos institucionais; controle de constitucionalidade; art. 52, inciso X, da Constituição Federal; Senado Federal; Supremo Tribunal Federal; minimalismo.

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction; 2. Theoretical premise: institutional dialogues; 3. The dialogical tension between institutions; 4. Article 52, item X, of the Federal Constitution and the strength of precedents in Brazilian law; 5. Article 52, item X, of the Federal Constitution, as a mechanism for institutional dialogue; 6. Conclusion; References.

ABSTRACT: The article examines the interpretation of article 52, item X, of the Federal Constitution, which grants the Senate the power to suspend the enforcement of laws declared unconstitutional by the Supreme Federal Court. It analyzes the jurisprudential evolution of this provision, with an emphasis on the theory of constitutional mutation and the abstraction of diffuse judicial review. The study is based on the theory of institutional dialogues, exploring the tensions between the Judiciary and the Legislative branches. The research proposes a dialogical approach to the interpretation of the cited provision, framing it as a technique for institutional dialogues between the Court and Parliament, aimed at adopting minimalist stances in constitutional jurisdiction.

KEYWORDS: institutional dialogues; judicial review; article 52, item X, of the Federal Constitution; Federal Senate; Supreme Federal Court; minimalism.

CONTENIDO: 1. Introducción; 2. Premisa teórica: diálogos institucionales; 3. La tensión dialógica entre las instituciones; 4. El artículo 52, inciso X, de la Constitución Federal y la fuerza del precedente en el derecho brasileño; 5. El artículo 52, inciso X, de la Constitución Federal, como mecanismo de diálogo institucional; 6. Conclusión; Referencias.

RESUMEN: El artículo examina la interpretación del artículo 52, inciso X, de la Constitución Federal, que otorga al Senado la facultad de suspender la ejecución de leyes declaradas inconstitucionales por el Supremo Tribunal Federal. Analiza la evolución jurisprudencial de este dispositivo, con énfasis en la teoría de la mutación constitucional y la abstracción del control difuso de constitucionalidad. El estudio se basa en la teoría de los diálogos institucionales, explorando las tensiones entre el Poder Judicial y el Legislativo. La investigación propone un enfoque dialógico para la interpretación del dispositivo citado, otorgándole la aptitud de una técnica de diálogos institucionales entre la Corte y el Parlamento, con miras a la adopción de posturas minimalistas en la jurisdicción constitucional.

PALABRAS CLAVE: diálogos institucionales; control de constitucionalidad; artículo 52, inciso X, de la Constitución Federal; Senado Federal; Supremo Tribunal Federal; minimalismo.

1. Introdução

Pelo menos desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, a qual instituiu, dentre outras alterações, o regime da repercussão geral, persiste controvérsia doutrinária a respeito da interpretação a ser conferida ao inciso X do art. 52 da Constituição Federal. Referido dispositivo atribui ao Senado a competência privativa para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Isto é, conferiu ao Senado a faculdade de atribuir eficácia vinculante e efeito *erga omnes* a pronunciamentos que, na época da promulgação da Constituição, não seriam dotados de referidos conteúdos eficaciais. Críticos argumentam que esse modelo gera insegurança jurídica e morosidade procedimental, uma vez que a efetiva suspensão de norma inconstitucional depende de deliberação política do Senado.

Nos últimos anos, o dispositivo tem sido alvo de intensos debates, sobretudo em razão da tese da mutação constitucional, que propõe a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Este artigo revisa os principais entendimentos sobre o tema sob as perspectivas normativa, jurisprudencial e doutrinária.

O STF, ao longo dos anos, tem reinterpretado o dispositivo de modo a minimizar o papel do Senado Federal. No julgamento da Reclamação Constitucional 4.335/AC, os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau sustentaram que teria ocorrido mutação constitucional no art. 52, inciso X, que tornou desnecessária a edição de resolução pelo Senado para que decisões em controle difuso

produzissem efeitos *erga omnes*. Mais recentemente, esse entendimento foi fortalecido pelo julgamento da ADI3.406, no qual a maioria dos ministros reconheceu que o papel do Senado se restringiria à mera publicidade das decisões do STF e consolidou a abstrativização do controle difuso. O ministro Eros Grau, em harmonia com o voto apresentado pelo ministro Gilmar Mendes, compreendeu que se havia operado uma mutação constitucional.

Haveria, portanto, “una incongruencia entre la norma constitucional y la realidade constitucional” (Dau-Lin, 1998, p. 75), no sentido de que a norma extraída seria:

ao Senado Federal está atribuída competência para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

A doutrina apresenta visões divergentes sobre a mutação constitucional do art. 52, inciso X. Os defensores da mutação constitucional sustentam que a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil privilegia a eficácia imediata das decisões do STF, independentemente de ato do Senado. Argumentam ainda que o modelo tradicional gera insegurança jurídica e permite a sobrevivência de normas inconstitucionais, e que a valorização dos precedentes vinculantes das Cortes Superiores é tendência no ordenamento jurídico contemporâneo. Por outro lado, os críticos da mutação constitucional argumentam que a mudança de interpretação representa um desbordamento judicial que usurpa competências do Legislativo. Alegam que o art. 52, inciso X, foi concebido para assegurar harmonia entre os Poderes e permitir certo controle político sobre a suspensão de normas inconstitucionais. Também sustentam que a Constituição Federal já prevê mecanismos formais para alteração de normas, por meio de emendas constitucionais, não por mutações jurisprudenciais (Streck; Lima; Oliveira, 2007, p. 45-68; Carvalho Netto *apud* Oliveira, 2004; Pedron, 2015, p. 213-237; Pedron; Ommati; Soares, 2021, p. 205-221; Pedron, 2019).

A mutação constitucional do art. 52, inciso X, reflete um embate entre segurança jurídica e separação de Poderes. A jurisprudência do STF tem se inclinado para a abstrativização do controle difuso e reduzido o papel do Senado Federal. Contudo, essa tendência não é unânime na doutrina, que questiona a compatibilidade da mutação constitucional com o texto da Constituição de 1988. O debate continua aberto, e qualquer definição sobre o tema demandará

ou consolidação da jurisprudência do STF ou alteração formal da Constituição, por meio do processo legislativo adequado.

2. Premissa teórica: diálogos institucionais

Como reação à natureza desse discurso, nos Estados Unidos, sob a presidência do *Chief Justice* Warren, Alexander Bickel desenvolveu teoria sobre a utilização estratégica do poder de não decidir da Suprema Corte. Para Bickel, o silêncio sobre determinadas questões constitucionais é fundamental para se promover o debate na sociedade civil sobre o assunto, bem como para eventual tomada de decisão do Parlamento, que representa o povo (Bickel, 1962). Nas palavras de Bickel, tratar-se-ia do uso virtuoso do poder de não decidir.

Após esse trabalho seminal, foram efetuados vários estudos sobre a teoria dos diálogos constitucionais. A questão, antes limitada ao dualismo Parlamento *versus* Corte, muda de paradigma epistemológico. Sob a égide do paradigma dos diálogos institucionais ou diálogos constitucionais, as cortes não detêm o monopólio da interpretação constitucional, tampouco possuem a última palavra acerca da interpretação normativa da Constituição. Em miúdos, “existem mecanismos formais e informais de interação entre o poder judicial, os outros poderes e os agentes sociais que conferem ao processo de interpretação e aplicação da Constituição uma natureza política que não é tida em conta pelo conhecimento jurídico convencional” (Brandão, 2015, p. 4).

Nessa perspectiva, Roberto Gargarella destaca a tensão entre o constitucionalismo dialógico e o sistema clássico de freios e contrapesos descrito por Montesquieu e aperfeiçoado pelos *federalist papers* (Gargarella, 2013). Com efeito, a adoção de um paradigma dialógico de interpretação constitucional é capaz de gerar tensões entre as instituições e a sociedade civil, bem como tem aptidão para problematizar a concepção tradicional de democracia deliberativa (Dworkin, 1995, p. 2-11). Segundo Gargarella, um sistema constitucional baseado na ideia de constitucionalismo dialógico deve substituir o tradicional sistema de freios e contrapesos. Nessa concepção, os agentes sociais desempenham papel participativo na interpretação da Constituição por intermédio de mecanismos formais e informais de participação, o que permite o exercício de uma competência normativa também dos cidadãos (Rousseau, 2022, p. 75).

No entanto, esses estudos sobre diálogos constitucionais centram-se mais em controvérsias relacionadas à legitimidade das Cortes ou do Parlamento do que em uma análise concreta dos mecanismos que ampliam o debate. Em

miúdos, esses estudos tornaram-se um debate circunscrito à teoria constitucional, em detrimento de uma análise casuística das Cortes Constitucionais e dos instrumentos por meios dos quais esses diálogos são garantidos e, mais do que isso, capazes de dar respostas adequadas à resolução de problemas de direitos fundamentais.

Alguns trabalhos recentes abordam essa questão. Roberto Gargarella produziu breve comparação analítica entre os sistemas jurídicos do Canadá e dos Estados Unidos (Gargarella, 2013). No Brasil, Rodrigo Brandão publicou trabalho no qual compara os mecanismos de diálogo no Brasil e nos Estados Unidos (Brandão, 2015). Mais recentemente, Luiz Guilherme Marinoni dedicou obra ao tema, valendo-se igualmente das teorias dos diálogos constitucionais, em defesa de determinadas posturas decisórias de cortes, com evidente inspiração nas teorias minimalistas de Cass Sunstein (Marinoni, 2021).

Uma vez que a Corte Suprema não possui a última palavra, outras instituições e a sociedade civil podem reagir a quaisquer decisões da Corte com as quais discordam no que respeita à interpretação normativa da Constituição. A natureza empírica do constitucionalismo dialógico demonstra que essas interações existem naturalmente, mas por vezes não são estudadas como facetas de um mesmo fenômeno. É o caso, por exemplo, do efeito *backlash* do Parlamento. Como explica Rodrigo Brandão, “há mecanismos formais e informais de interação entre o Judiciário, os demais Poderes e agentes sociais que conferem uma natureza política ao processo de interpretação e aplicação da Constituição que não é capturada pelo conhecimento jurídico convencional” (Brandão, 2015, p. 4).

3. A tensão dialógica entre as instituições

As teorias dos diálogos constitucionais são consensuais quanto à existência de um impacto importante desse paradigma na interação entre as instituições e a separação de Poderes. Para alguns, o diálogo é produto necessário da separação de Poderes, como resultado do desenho institucional, não necessariamente da vontade dos Poderes em dialogar. Trata-se essencialmente de uma teoria empírica (Mendes, 2008; Bateup, 2006). A separação de Poderes não implica uma harmonia pacífica entre os Poderes, pois pode haver sobreposição entre si, seja pela obscuridade das zonas limítrofes entre os Poderes, seja porque criam voluntariamente áreas de disputa intrínsecas à organização do Poder. Efetivamente, a jurisdição constitucional “tem sido um veículo de modernização do conceito de separação de Poderes” (Roblot-Troizier, 2012, p. 92).

Essa zona de tensão dialógica pressupõe um embate pela definição do sentido normativo da Constituição. Manifesta-se, portanto, no bojo de um debate, excluído o uso de artifícios mobilizados com o fito de se constranger institucionalmente outro Poder. Rodrigo Brandão coloca luz, por exemplo, a determinados mecanismos tidos como reação do Parlamento às decisões judiciais as quais reputa incorretas. É a hipótese do controle por alteração do orçamento e salários de juízes e alteração de processo de nomeação, por exemplo (Brandão, 2022, p. 413); igualmente pode ser citado o *court packing* consistente na alteração da quantidade geral de magistrados na Corte com intenção subjacente de se impor um perfil ideológico na Corte.

Para outros, o constitucionalismo dialógico leva as teorias da separação de Poderes a serem repensadas. Roberto Gargarella sublinha a necessidade de certo equilíbrio entre os Poderes. Explica, por exemplo, a impossibilidade de o diálogo florescer em sistema político que concentra o poder nas mãos do Executivo, como seria o caso de alguns países da América Latina, que sofrem, segundo o autor, de certo presidencialismo hipertrofiado;⁵⁹ ou quando os parlamentos estão demasiado afastados da sociedade, o que denuncia falta de fidelidade da representação popular (Gargarella, 2013).

O caráter institucionalista das teorias dialógicas reside no fato de ultrapassarem a abordagem interpretativista que popularizou o debate sobre a legitimidade das Cortes. Anteriormente, a polêmica centrava-se nas diferentes concepções de interpretação constitucional, as chamadas teorias da decisão.⁶⁰ O diálogo, no entanto, reconhece a participação das Cortes como parte de um sistema institucional de organização dos Poderes. Os constitucionalismos dialógicos reconhecem não só que essas Cortes desempenham papel importante na definição de políticas (como já foi analisado), como também reconhecem o papel de outras instituições na interpretação constitucional, o que constitui golpe fatal à percepção de que o Poder judicial detém o monopólio da interpretação.

A separação de Poderes, pelo menos de acordo com a fórmula seminal desenvolvida por Montesquieu, está sujeita a várias concepções. É o caso do modelo proposto pelos federalistas, relativamente aos Estados Unidos, que partiam do princípio de que a natureza humana não é angelical nem adepta

59 Por vezes, os escritos de Gargarella sobre a América Latina padecem de tendência universalizadora generalista. Quanto à questão, tem razão Marcelo Leonardo Tavares, no sentido de que, no Brasil, se verifica um presidente fraco em uma presidência forte. (Tavares, 2017, p. 59-78).

60 Nos Estados Unidos, por exemplo, o debate sobre o interpretativismo e o não interpretativismo tem sido a pedra de toque da discussão sobre a legitimidade da Suprema Corte.

à consagração do bem comum pelos funcionários públicos. A separação de Poderes é necessária como mecanismo que evita a opressão mútua entre grupos (Gargarella, 2013, p. 11). Na realidade latino-americana, por outro lado, o modelo “purista” dos Estados Unidos deu lugar a uma visão corrupta, segundo Roberto Gargarella, com distribuição desigual de poder, especialmente com a centralização de poderes na figura do Executivo, o que teria criado um sistema fechado ao diálogo.⁶¹ No entanto, o constitucionalismo dialógico de Gargarella centra-se na interação entre os Poderes constituídos e na necessidade de se estabelecerem freios e contrapesos. Ignora a relação entre os Poderes e a sociedade civil, que é o ponto de partida do constitucionalismo dialógico proposto neste trabalho.

Uma vez que a Corte não possui a última palavra, outras instituições e a sociedade civil podem reagir a quaisquer decisões da Corte com as quais discordam no que respeita à interpretação normativa da Constituição. A natureza empírica do constitucionalismo dialógico demonstra que essas interações existem naturalmente, mas por vezes não são estudadas como facetas de um mesmo fenômeno. É o caso, por exemplo, do efeito *backlash* do Parlamento. Como explica Rodrigo Brandão, “há mecanismos formais e informais de interação entre o Judiciário, os demais Poderes e agentes sociais que conferem uma natureza política ao processo de interpretação e aplicação da Constituição que não é capturada pelo conhecimento jurídico convencional” (Brandão, 2015, p. 4).

Christine Bateup afirmou que a Corte Suprema só seria controlada se se afastasse demasiadamente das opiniões dos ramos políticos e de outras forças sociais. É até possível que, mesmo que a Corte se afaste objetivamente em direção à arena política, outros ramos políticos decidam não fazer nada, seja por inércia (Bateup, 2006, p. 1.139)⁶² ou por cálculo político.

No entanto, é de se notar que essas interações devem ser vistas como espaço de tensão permanente entre as instituições. À guisa de exemplo, Barry Friedman

61 “El sistema de frenos y contrapesos creado en el siglo 18, en cualquiera de sus dos versiones principales (ya sea en la versión más “pura” de los Estados Unidos, ya sea en la versión “desbalanceada” de América Latina) apareció desde entonces como un sistema poco favorable a la cooperación política y el diálogo. Más específicamente, el modelo en cuestión, antes que alentar la cooperación, buscaba contener la confrontación; antes que promover el diálogo, buscaba canalizar la agresión; antes que favorecer el aprendizaje y la ayuda mutua, buscaba impedir la destrucción de unos a otros” (Gargarella, 2013, p. 15).

62 “In these circumstances, the Court will only be checked if it steps too far out of line with the views of the political branches and other social forces. Additionally, it may not be checked at all if legislative inertia about a particular issue is too great, or if the political branches prefer the judiciary to maintain control over a particular issue. The result of this interactive process in which no branch dominates and in which constitutional meaning steadily forms is constitutional dialogue”.

observa que, no caso da Suprema Corte dos Estados Unidos, quando esta decide para além do que é considerado aceitável pelo Parlamento ou pelo povo, são-lhe impostas limitações políticas, como o efeito *backlash* ou a desaprovação popular. No constitucionalismo dialógico, essas interações passam a ser observadas como consequência natural da interação entre os Poderes, as instituições e a sociedade civil.

O reconhecimento dessa zona de tensão institucional é igualmente importante para definição do que é prescritivo ou descritivo nas teorias dialógicas. Luiz Guilherme Marinoni, em trabalhos dedicados ao tema, utiliza-se também das teorias dialógicas. Os escritos buscam referência tanto nos diálogos constitucionais quanto nas teorias do minimalismo judicial, que fará objeto de reflexões mais atentas na segunda parte deste trabalho. Contudo, verifica-se a utilização do dialogismo como argumento em defesa de certa postura mais comedida da Corte e para se fazer face à existência de uma suposta “ideologia” da supremacia judicial (Marinoni, 2023).⁶³

4. O art. 52, inciso X, da Constituição Federal e a força do precedente no direito brasileiro

A natureza da função das Cortes Superiores é fonte frutuosa de debates na doutrina brasileira. Insetos nessa fonte, Daniel Mitidiero (2018) e Luiz Guilherme Marinoni (2019, cap. 3) despontam como importantes defensores das Cortes Superiores, ditas de vértice, como Cortes Supremas incumbidas da função de interpretar (e pacificar a interpretação, na denominada função nomofilática) o direito constitucional (STF) e infraconstitucional (STJ), por intermédio da formação de precedentes – os quais seriam, para os autores, sempre dotados de força obrigatória (Mitidiero, 2018, p. 81).⁶⁴ Outra premissa consiste em se compreender que as Cortes Supremas são detentoras da última palavra (Mitidiero, 2018, p. 84).⁶⁵ Consectário natural dessa premissa reside na compreensão das Cortes Supremas como produtoras de precedentes dotados de força obrigatória.

63 É o que se extrai em diversas passagens de seus trabalhos dedicados ao tema, das quais vale mencionar: “Proveniente do uso da ideia de supremacia judicial como ideologia, o resultado da igualização entre precedente e monopólio da interpretação constitucional, não obstante imposto de forma sub-reptícia, é altamente prejudicial quando as pessoas se deparam com decisões que dizem respeito ao destino das suas vidas e dos seus filhos” (Marinoni, 2023, p. RB-5.3).

64 Daí por que a defesa de que o controle da aplicação do precedente não deveria recair na corte que o concebe, mas nas Cortes de Justiça, a quem deveriam ser endereçadas as reclamações.

65 Para Daniel Mitidiero, a Corte de Precedente está “encarregada de dar a última palavra sobre o significado do direito constitucional ou do direito federal”.

As Cortes Supremas produzem precedente, mas nem todo precedente detém eficácia vinculante, como dão pistas as previsões normativas que buscam conferir eficácia vinculante a pronunciamentos que, embora constituam precedente, não possuem *per se* essa aptidão eficaz. É o que se verifica, por exemplo, na norma insculpida no inciso X do art. 52 da Constituição Federal, em que se encontra prevista a possibilidade de suspensão da lei declarada inconstitucional em controle incidental de constitucionalidade, por juízo de conveniência do Senado Federal. Discorda-se, portanto, de Luiz Guilherme Marinoni, para quem a existência dessa regra em nada altera a força obrigatória de todos os precedentes judiciais, ao fundamento de que se presta a oportunizar ao Senado que, “mesmo que consciente da impossibilidade de os juízes aplicarem a lei, suspenda a sua execução para evitar que ela possa ser reeficazada ou reavivada pela própria Corte” (Marinoni, 2021, p. 962). Não se concorda com essa percepção, não apenas pelas motivações já expostas, mas também pela evidente, e indevida, importação de uma das razões de existir do *stare decisis*, do direito estadunidense, para o modelo brasileiro – o que o torna, em certa medida, bastante inverossímil.

Corolário lógico dessa disposição é compreender-se que nem todo precedente oriundo dessa modalidade de julgamento é dotado de eficácia vinculante. Essa evidência é confirmada quando se verifica que, no circuito de processamento de recurso extraordinário, no STF, a repercussão geral serve de filtro para a seleção de todos os recursos. Todavia, em alguns casos específicos, o recurso é julgado em uma sistemática diversa, e mais rara, em que se tem a delimitação de tema, com conseqüente formação de precedente com eficácia vinculante.⁶⁶

Há especial confusão em relação à polêmica acerca da força normativa dos precedentes e a dicotomia “vinculante ou não vinculante”, “obrigatório ou persuasivo”, que se verifica em parcela da doutrina. De mesmo modo, não raramente esse debate é circunscrito à dicotomia *common law* e *civil law*, em que se atribui, ao primeiro, a índole de serem todos os precedentes obrigatórios. Michele Taruffo alerta para a impropriedade desse argumento, não apenas em função da evidente aproximação dos dois sistemas, na atualidade, como também em razão da existência de precedentes não vinculantes no sistema de *common law* (Taruffo, 1994).

66 O tema é bem explorado por Paulo Mendes de Oliveira no artigo *Recurso extraordinário e seus circuitos processuais: O adequado entendimento do trâmite do recurso extraordinário auxiliará bastante na regulamentação do requisito da relevância do recurso especial*, disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/recurso-extraordinario-e-seus-circuitos-processuais-15102022>>, acessado em 7/1/2022.

Ao analisar questionamentos semelhantes, Neil Duxbury reconhece a inadequação da abordagem positivista que associa a norma jurídica exclusivamente à sua sanção. Alinhado com as ideias de Herbert Hart, Neil Duxbury argumenta que, ao decidir com base em precedentes, os juízes não agem por temor à imposição de uma sanção, mas porque o precedente é considerado, entre os magistrados, como prática correta – uma norma cujo desvio é percebido de maneira negativa. Prosseguindo, a compreensão precisa da eficácia do precedente implica em se reconhecerem as limitações dos paradigmas positivistas que concebem o direito como ordem coercitiva, que sujeita a norma à sanção.⁶⁷ Para Duxbury, a vinculação ao precedente significa que os juízes se verão obrigados por ele, ou, no mínimo, comprometidos a considerá-lo (Duxbury, 2008, p. 21). Isso não implica, contudo, na ausência de sanção em caso de violação à norma do precedente. Em outras palavras, como norma, o precedente pode ser mais adequadamente descrito não como regra legal, mas como instância de comunicação de um exemplo dotado de autoridade. Isto é, ainda que por vezes não dotado de força obrigatória, ou ausente seu caráter sancionador, o precedente é norma precisamente porque é considerado, do ponto de vista interno do ordenamento jurídico, como padrão de comportamento a ser perseguido.⁶⁸

5. O art. 52, inciso X, da Constituição Federal como mecanismo de diálogo institucional

O que parece escapar do pensamento tradicional é a aptidão que o multicitado dispositivo teria de se prestar como técnica de diálogo entre Corte e Parlamento. A existência de pronunciamentos, em sede de controle de constitucionalidade, que não são dotados de eficácia vinculante e efeito *erga omnes*, bem como a relativa discricionariedade da Corte em selecionar os casos que serão julgados em uma sistemática de formação de precedente vinculante (a repercussão geral como “técnica de julgamento”), revelam um campo inexplorado de aplicação da norma contida no art. 52, inciso X, ao realizar sua interpretação a partir de um paradigma dialógico de interpretação.

Isso possui especial relevância em casos que impliquem desacordos morais razoáveis, e, portanto, comportem soluções igualmente legítimas que demandariam provocação parlamentar. Nesse cenário, a Corte poderia reconhecer a

67 É o que se verifica, por exemplo, na obra de Hans Kelsen, para quem a norma jurídica vincula, em razão de seu conteúdo, sancionar, não obstante reconheça, em sua *Teoria pura do direito*, deveres jurídicos sem sanção, como são as obrigações naturais (Kelsen, 1985, p. 55-57).

68 Alguém poderia afirmar que, desse modo, precedente seria sinônimo de jurisprudência, o que se rejeita igualmente. A distinção entre ambos é quantitativa e qualitativa e é muito bem elaborada por Taruffo e De Teffé (2014).

inconstitucionalidade de determinada norma, mas, em postura deferente ao Parlamento, deslocar a amplitude de seus efeitos para avaliação do Senado.

Sem fazê-lo, o atual circuito de processamento do recurso extraordinário faculta, ao STF, o poder de determinar quais casos constitucionais merecem ser alçados para julgamento com eficácia vinculante e efeito *erga omnes*, e quais não “mereceriam” essa alçada. A instituição de uma ponte dialógica por intermédio do art. 52, inciso X, da Constituição não apenas confere densidade normativa (eficácia) ao dispositivo, como igualmente aprimora o controle de constitucionalidade à semelhança da ideia de “*second look*”.

As teorias do *second look* (Calabresi, 1991, p. 80-104)⁶⁹ ocupam-se em defender certa decisão provisória de invalidação da lei, com base na noção de que o Poder Judiciário não decide definitivamente, mas funciona como mecanismo de responsabilização do Parlamento, que o provoca a reexaminar o conteúdo de determinada lei. Essa teoria é frequentemente associada ao minimalismo judicial, cujo precursor foi Alexander Bickel com seu conceito de “virtudes passivas”, que ganhou grande importância em Cass Sunstein. Para os minimalistas, o juiz não deve dizer em uma decisão judicial mais do que o necessário para justificar um resultado, e deve deixar o máximo possível para a indecisão. A abordagem extremista manifesta-se no poder de não decidir para lançar a discussão no espaço público, de modo que outros agentes sociais possam debater a questão constitucional. Evidentemente, essa abordagem implica geralmente uma visão mais moderada e muitas vezes procedimentalista do controle jurisdicional.

Nesse sentido, essa técnica pode-se operar em favor de uma decisão meramente provisória de invalidação da lei, com base na noção de que o Poder Judiciário não decide definitivamente, mas funciona como mecanismo de responsabilização, que provoca o Parlamento a reexaminar o conteúdo de certa lei, mesmo que este acabe por decidir pela reintrodução da lei invalidada.

Em uma notícia de direito comparado, pode-se mencionar as *delayed declaration of invalidity*, igualmente denominadas *suspended declaration*, que têm, no direito canadense, especial relevância. A razão dessa importância é resultado de uma decisão, de 1985, da Suprema Corte do Canadá (Canadá, 1985),⁷⁰ em aparente contradição à expressa disposição contida no *Constitutional Act*, de

69 O juiz Guido Calabresi é bastante famoso nos Estados Unidos por sua teoria do *second look*.

70 Cuida-se do caso *Manitoba Language Reference*, em que a assembleia legislativa de Manitoba ignorava, por 95 anos, a disposição constitucional que ordenava que as leis fossem promulgadas nas duas línguas oficiais do país. Na oportunidade, a Corte compreendeu que seria desastrosa a mera declaração de inconstitucionalidade, visto que produziria um estado caótico de invalidação em cadeia de leis e demais atos normativos.

1982, a qual, na seção 52, explicita que “qualquer lei que seja inconsistente com as disposições da Constituição é, na medida da inconsistência, sem força ou efeito”. Nas declarações postergadas, a Corte deixa de pronunciar a invalidade da norma, ao menos por um período determinado, a partir do qual a decisão tem seu efeito imediato de invalidação. Aliás, essa técnica tornou-se a regra da jurisprudência canadense (Hoole, 2011, p. 105-148).

Inicialmente concebida para evitar efeitos jurídicos catastróficos com a declaração imediata de invalidação, a técnica passou a ser aplicada com espreque na ideia de que as Cortes estão adstritas à prerrogativa do Legislativo de selecionar, dentre opções possíveis para remediar a inconstitucionalidade, aquela que julgar mais adequada. A Corte igualmente pondera que o exercício dessa prerrogativa é fatalmente encerrado quando a Corte simplesmente expurga a norma do ordenamento (Hoole, 2011, p. 105-148).

Dessa maneira, a aplicação do multimencionado dispositivo pode ser associada a técnicas de julgamentos dialógicas, em que a Corte desloca ao Parlamento a faculdade de conferir eficácia vinculante a pronunciamentos que, deliberadamente, não foram dotados desse conteúdo eficaz. Cuida-se, portanto, de decisão judicial deferente, na qual a Corte defere a outro fórum decisório o poder de decidir sobre determinada questão constitucional. Na hipótese em apreço, a Corte deferiria ao Senado o poder de decidir a respeito do conteúdo eficaz de determinada decisão que, por decisão da Corte, não foi submetida à técnica de formação de precedentes de aplicabilidade compulsória.

6. Conclusão

A interpretação do art. 52, inciso X, da Constituição Federal tem sido um dos pontos centrais nos debates sobre o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro. A evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, notadamente com a tese da abstrativização do controle difuso, tem progressivamente minimizado o papel do Senado Federal no processo de consolidação dos efeitos de decisões de inconstitucionalidade. No entanto, em vez de ser tratado como resquício de um modelo superado, esse dispositivo pode ser reinterpretado à luz das teorias dos diálogos institucionais e das técnicas minimalistas de decisão constitucional e adquirir nova funcionalidade dentro da ordem constitucional vigente.

Sob essa perspectiva, o art. 52, inciso X, pode ser compreendido como mecanismo de *second look*, que permite ao Parlamento ter espaço institucional para avaliar as implicações normativas e políticas de certa decisão de inconstitucionalidade do STF antes que seus efeitos sejam amplificados para além do

caso concreto. Diferentemente de simples ato burocrático de publicidade, a suspensão da execução da norma pelo Senado pode ser encarada como filtro deliberativo que confere tempo e espaço para o diálogo interinstitucional, o que evita à Suprema Corte impor unilateralmente sua visão sobre a constitucionalidade de determinadas normas sem reflexão mais ampla.

Essa abordagem dialógica não compromete a autoridade do STF, mas reconhece que, em um sistema constitucional baseado na separação de Poderes, a última palavra sobre a revogação prática de certa norma pode envolver não apenas a jurisdição constitucional, mas também a esfera política. O minimalismo judicial, tal como formulado por Cass Sunstein, sugere que as cortes constitucionais devem evitar decisões de amplo alcance quando há incertezas normativas e sociais significativas. Assim, o art. 52, inciso X, pode operar como técnica para modular os efeitos das decisões do STF, e funcionar como mecanismo para que o Senado, em papel dialógico, participe da construção da normatividade resultante do controle de constitucionalidade.

Além disso, essa interpretação evita a armadilha da supremacia judicial irrestrita e permite um modelo em que o Parlamento pode desempenhar papel ativo na recepção dos precedentes judiciais e, eventualmente, dar ensejo a reformas legislativas necessárias para se aprimorar a coerência do ordenamento jurídico. Dessa forma, o dispositivo deixa de ser entrave burocrático para a eficácia das decisões do STF e passa a ser instrumento legítimo de interação entre os Poderes, o que fortalece a legitimidade democrática das decisões de inconstitucionalidade.

Diante disso, conclui-se que o art. 52, inciso X, deve ser reinterpretado sob um viés dialógico, no qual sua aplicação não se limita a um resquício de um modelo ultrapassado de controle de constitucionalidade, mas a uma técnica deliberativa que permite ao Senado Federal conferir efeitos a decisões do STF que a própria Corte deliberadamente optou por não revestir de eficácia vinculante. Essa abordagem reforça a legitimidade democrática das decisões constitucionais, resguarda a separação de Poderes e incentiva um modelo de governança constitucional mais interativo e responsivo aos desafios normativos do Estado contemporâneo.

Referências

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, New York, 71, 2006.

- BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2nd ed., New York: Yale University Press, 1962.
- BRANDÃO, Rodrigo. Mecanismos de diálogos constitucionais nos EUA e no Brasil. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. 1. ed. Rio de Janeiro, 2015.
- 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.
- CALABRESI, Guido. The Supreme Court 1990 Term: what the Bork-Brennan debate ignores. Massachusetts: *Harvard Law Review*, p. 80-104, 1991.
- CANADÁ. Suprema Corte. *Manitoba Language Rights*, 1 S.C.R. 721, 1985.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Cristian Förster. 1. ed., Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press. 2008.
- GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. Escuela de Derecho: Universidad Torcuato di Tella. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, v. 14, 2013.
- HOOLE, Grant R. Proportionality as a remedial principle: A framework for suspended declarations of invalidity in Canadian Constitutional Law. *Alberta Law Review*, Totonto, v. 49, n. 1, p. 107-148, 2011.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1985.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. 3. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de Poderes e deliberação*. 2008. Tese (doutorado em ciência política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Recurso extraordinário e seus circuitos processuais: o adequado entendimento do trâmite do recurso extraordinário auxiliará bastante na regulamentação do requisito da relevância do recurso especial. *Revista Jota*, Brasília, 15 out. 2024.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SOARES, João Paulo. A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção? *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, a. 21, n. 86, p. 205-221. Belo Horizonte, 2021.

PEDRON, Flávio Quinaud. O julgamento da Reclamação n. 4.335-AC e o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 207, p. 213-237, 2015.

PEDRON, Flávio Quindad. *A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. 2019. Tese (doutorado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.

ROBLOT-TROIZIER, Agnès. Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi. *Pouvoirs*, Paris, v. 143, n. 4, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Argumenta Journal Law*, Curitiba, v. 7, n. 7, p. 45-68. 2007.

TARUFFO, Michele; DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Precedente e jurisprudência. *Revista civilistica*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1-16. 2014.

TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Revista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 48, n. 2. 1994.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Semipresidencialismo no Brasil: por que não? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 54, n. 215, p. 59-78. jul./set. 2017.

Elaboração e desafios iniciais da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

The making of the “Lei n. 14.133/2021” statute and its initial challenges

Elaboración y retos iniciales de la nueva Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos

Antonio Augusto Junho Anastasia

Mestre em direito pela UFMG, em 1990, e graduado em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), em 1983. Foi professor de direito administrativo da Faculdade de Direito da UFMG, de 1993 a 2022. Atualmente é professor da Fundação Getúlio Vargas (FGV), do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos (Unipac) e do Instituto Master de Ensino Presidente Antônio Carlos (Imepac). Foi secretário-executivo dos Ministérios do Trabalho e da Justiça, de 1995 a 2001; secretário de estado de diversas pastas no Governo de Minas Gerais; vice-governador do estado de Minas Gerais, de 2007 a 2010; governador do estado de Minas Gerais, de 2010 a 2014; senador da República por Minas Gerais, de 2015 a 2022. Ministro do Tribunal de Contas da União desde 2022.

Flávio Henrique Unes Pereira

Doutor e mestre em direito público pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Diretor titular do Departamento Jurídico da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp). Professor de mestrado profissional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Sócio do escritório Silveira e Unes Advogados. Foi assessor especial da Presidência do Supremo Tribunal Federal, assessor de ministro do Superior Tribunal de Justiça, assessor de ministro do Tribunal Superior Eleitoral. Ex-presidente da Comissão Especial de Proteção de Dados, da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB Federal). Foi assessor parlamentar no Senado Federal e na Câmara dos Deputados. No Governo de Minas (2011-2012), exerceu a função de secretário de Estado adjunto de Casa Civil e Relações Institucionais.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O ponto de ebulição da dicotomia entre o formalismo e o resultado; 3. Processo legislativo para além do procedimento: a concepção filosófica da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos; 4. Os primeiros anos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativo; 4.1 Resistência à vigência plena: desconhecimento e medo de punição; 4.2 Lei nacional ou lei federal: entre detalhamento e inovação; 4.3 O extremo apego ao menor preço; 4.4 Um novo ambiente de gestão pública; 5. Conclusões; Referências.

RESUMO: O artigo analisa os desafios na transição da Lei n. 8.666/1993 para a Lei n. 14.133/2021, marco regulatório que busca modernizar a gestão pública brasileira, promovendo eficiência, flexibilidade e qualidade nas contratações. Examina os limites da legislação anterior, o processo de elaboração da nova lei e os obstáculos enfrentados em sua implementação, como a resistência de gestores, o debate sobre o detalhamento normativo e a persistência no critério do menor preço. A partir de uma abordagem crítica, discute o papel dos diversos atores institucionais na superação de barreiras culturais e estruturais, com vistas à construção de uma administração pública mais alinhada às demandas contemporâneas.

PALAVRAS-CHAVE: direito administrativo; direito constitucional; processo legislativo; licitações; contratos administrativos.

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction; 2. The boiling point of the dichotomy between formalism and results; 3. Law making process beyond procedure: the philosophical conception of the new statute; 4. The first years of the new statute; 4.1 Resistance to full implementation: lack of knowledge and fear of punishment; 4.2 National or federal law: between detail and innovation; 4.3 The extreme adherence to the lowest price; 4.4 A new public management environment; 5. Conclusions; References.

ABSTRACT: The article examines the challenges in the transition to new statute (“Lei n. 14.133/2021”), a regulatory framework aimed at modernizing Brazilian public management by promoting efficiency, flexibility, and quality in public procurement. It explores the limitations of the previous legislation, the process of drafting the new statute, and the obstacles encountered during its implementation, such as resistance from managers, debates over regulatory detail, and the persistence of the lowest-price criterion. Through a critical approach, it discusses the role of various institutional actors in overcoming cultural and structural barriers to build a Public Administration more attuned to contemporary demands.

KEYWORDS: administrative law; constitutional law; law making procedure; administrative contracts.

CONTENIDO: 1. Introducción; 2. El punto de ebullición de la dicotomía entre el formalismo y el resultado; 3. Proceso legislativo más allá del procedimiento:

la concepción filosófica de la nueva Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos; 4. Los primeros años de la nueva Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos; 4.1 Resistencia a la plena vigencia: desconocimiento y temor al castigo; 4.2 ¿Ley nacional o ley federal?: entre el detalle y la innovación; 4.3 La extrema adhesión al menor precio; 4.4 Un nuevo entorno de gestión pública; 5. Conclusiones; Referencias.

RESUMEN: El artículo analiza los retos en la transición de la Ley n. 8.666/1993 a la Ley n. 14.133/2021, un marco regulatorio que busca modernizar la gestión pública brasileña promoviendo eficiencia, flexibilidad y calidad en las contrataciones públicas. Examina las limitaciones de la legislación anterior, el proceso de elaboración de la nueva ley y los obstáculos enfrentados en su implementación, como la resistencia de los gestores, el debate sobre el detalle normativo y la persistencia en el criterio del menor precio. A partir de un enfoque crítico, discute el papel de los diversos actores institucionales en la superación de barreras culturales y estructurales, con vistas a la construcción de una Administración Pública más alineada con las demandas contemporáneas.

PALABRAS CLAVE: derecho administrativo; derecho constitucional; proceso legislativo; licitaciones; contratos administrativos.

1. Introdução

Sem contrato administrativo não há funcionamento da administração pública. Em uma estrutura institucional como a brasileira, na qual a Constituição fez uma série de promessas de que o Estado atuaria para promover melhorias para a população, o estudo e o aprimoramento das contratações públicas torna-se essencial.

A gestão pública brasileira enfrenta desafios relacionados à modernização e à eficiência dos seus processos, especialmente no campo das licitações e contratos administrativos. Não é exagero afirmar-se que esses problemas foram diagnosticados logo nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 e da Lei n. 8.666/1993. Embora a antiga lei tenha sobrevivido à reforma administrativa da década de 1990, seus instrumentos se mostraram insuficientes para lidar com a crescente complexidade e o dinamismo das demandas sociais e econômicas contemporâneas. Com efeito, o advento da Lei n. 14.133/2021 representa um marco regulatório que busca reposicionar o Estado brasileiro na direção de uma gestão pública mais moderna, ágil e eficiente.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos introduz uma série de inovações normativas que visam romper com práticas ultrapassadas. Sua proposta é simplificar procedimentos, ampliar a discricionariedade fundamentada dos gestores públicos e valorizar critérios de julgamento que transcendem a mera busca pelo menor preço. Contudo, a transição para esse novo modelo normativo não se deu sem percalços. Resistências culturais, estruturais e institucionais têm dificultado a implementação plena da legislação, suscitando um ambiente de incertezas e debates sobre a efetividade das mudanças introduzidas.

Este trabalho propõe-se a analisar os principais aspectos que marcaram a confecção e os primeiros anos de vigência da Lei n. 14.133/2021. No primeiro capítulo, examina-se a transição legislativa, com ênfase no ambiente de dicotomia criado pela Constituição e na inadequação prática e filosófica da Lei n. 8.666/1993. No segundo capítulo, trata-se do processo legislativo que originou a nova lei, mas com o foco no movimento reformista que buscou redesenhar a administração pública ao conferir mais autonomia aos gestores, abandonar o apego ao formalismo e fomentar uma cultura administrativa mais eficiente e menos burocrática. No terceiro capítulo, analisam-se três desafios concretos enfrentados na implementação da nova lei: (i) a resistência à sua plena vigência, muitas vezes motivada pelo desconhecimento técnico e pelo receio de punições por órgãos de controle; (ii) o debate sobre o detalhamento de suas disposições e o impacto disso na autonomia dos entes subnacionais; e (iii) a permanência de práticas centradas na busca pelo menor preço, em detrimento da qualidade das contratações públicas.

Ao articular esses três eixos, o artigo busca compreender por que foi editada a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos e como está a transição para o novo regime jurídico.

Mais do que uma simples análise normativa dos dispositivos da lei ou uma descrição ponto a ponto dos eventos do processo legislativo, propõe-se um debate sobre o papel da cultura administrativa brasileira na implementação de mudanças estruturais. Oferece-se um debate crítico sobre os papéis desempenhados na implementação da nova lei pelos diversos atores institucionais, desde o Poder Legislativo na elaboração da lei, passando pela aplicação no âmbito do Poder Executivo, até a fiscalização pelos tribunais de contas e pelo Poder Judiciário. Em última análise, busca-se compreender como esses elementos interagem e quais são os obstáculos culturais e estruturais que precisam ser superados para que a Lei n. 14.133/2021 alcance sua potencialidade transformadora.

Ao articular as dimensões legislativa, administrativa e de controle, este trabalho busca contribuir para o aprofundamento do estudo sobre o sistema brasileiro de contratações públicas e provocar reflexões sobre os caminhos para a construção de uma administração pública mais eficiente e alinhada às demandas da atualidade.

2. O ponto de ebulição da dicotomia entre o formalismo e o resultado

A Constituição de 1988 é resultado de uma afluência de fatores históricos, políticos, filosóficos, institucionais e sociais que desembocaram em um ecossistema no qual se clamava pela melhoria do país. A mobilização da sociedade civil e a convergência política pelo consenso democrático conceberam uma nova ordem estatal comprometida com a promoção do bem-estar social por meio da garantia de direitos individuais, sociais, políticos, econômicos e culturais.

Por essa razão, o texto constitucional incorporou demandas históricas por igualdade, dignidade e justiça social ao apresentar um amplo e ambicioso rol de direitos e garantias fundamentais. Educação, saúde, moradia, trabalho e proteção ao meio ambiente são apenas alguns dos direitos que devem ser assegurados pela atuação do Estado. Essa promessa constitucional tem origem em uma concepção programática, na qual a Constituição não apenas estabelece regras de organização, mas também projeta um poder público garantidor de direitos e promotor de transformações estruturais. Com efeito, o constituinte foi generoso com as políticas públicas e com as exigências de que a atividade administrativa seja amparada pelo objetivo fundamental de oferecer à população acesso amplo a serviços de qualidade.

Ao mesmo tempo, todavia, a transição democrática se preocupou com os abusos ocorridos no regime anterior e criou mecanismos rigorosos de controle sobre todas as etapas da atividade estatal. Essa severidade pode ser observada em diferentes esferas, como o controle administrativo, o controle legislativo, o controle judicial e, sobretudo, o controle exercido pelos tribunais de contas. Se por um lado essas camadas adicionais de supervisão asseguram a boa gestão dos recursos públicos, por outro, impõem uma série de mecanismos que pode dificultar a execução de projetos estratégicos.

Assim, revela-se que a ampla gama de direitos e melhorias previstas na Constituição contrastou com a rigidez dos sistemas de controle estabelecidos para a atuação do poder público. A Constituição “impôs o desafio de consolidação

da democracia brasileira, ao estimular a participação cidadã e o aumento da porosidade do Estado para a definição e o cumprimento de suas funções, em um ambiente institucional marcado pela tradição autoritária e paternalista, a par de múltiplas clivagens sociais” (Vilhena, 2010).

Criou-se um cenário de dicotomia constante na administração pública brasileira: como garantir o que prevê a Constituição sem descumprir os procedimentos e as exigências do controle estritamente regulamentados?

Na prática, isso frequentemente resulta em dois cenários problemáticos: a excessiva preocupação com o cumprimento formal dos procedimentos, que muitas vezes paralisa a administração pública e posterga a entrega de políticas públicas essenciais; e a insegurança jurídica gerada pelas dúvidas na interpretação da lei e pelo ativismo dos órgãos de controle, que produziram um ambiente de incerteza para gestores públicos, que frequentemente evitam tomar decisões por medo de sanções.

Informada por esse dilema, surgiu na alvorada da Constituição a Lei n. 8.666/1993, para regulamentar as licitações e contratos administrativos no Brasil. Como toda lei, a recém revogada lei de licitações é fruto do seu tempo, isto é, dos primeiros cinco anos de nova ordem constitucional – período no qual as instituições ainda estavam aprendendo a lidar com a dicotomia entre o procedimento formal rígido e a necessidade de executar políticas públicas de qualidade. Essa cronologia tem implicações relevantes para se compreender o caráter da citada lei, que buscou implementar os princípios constitucionais de legalidade, isonomia e eficiência, porém, não deixou de refletir a visão burocrática predominante naquele momento histórico, marcada por um rígido formalismo procedimental.

Na realidade, a Lei n. 8.666/1993 respondeu à desconfiança crescente em relação à capacidade do Estado de garantir a lisura nas compras públicas (Alves, 2017, p. 530), e, assim, optou por consolidar uma estrutura legal que priorizava o controle formal em detrimento da celeridade e da adaptabilidade nas contratações públicas. Então, o texto da lei detalhava minuciosamente os passos necessários para a realização de licitações, desde a abertura do certame até sua adjudicação e sua execução contratual. Analogamente, a lei reforçou o controle externo e interno sobre os contratos administrativos, integrando a cultura de fiscalização pormenorizada que permeou a administração pública brasileira. Essas características ampliaram o espaço para a expansão da atuação dos órgãos de controle e impuseram desafios à administração pública, como o aumento da insegurança jurídica para gestores que lidam com situações complexas ou atípicas.

Isto é, a abordagem da Lei n. 8.666/1993 buscava evitar fraudes e desvios, um objetivo alinhado ao contexto político pós-ditadura, no qual a transparência e a moralidade administrativa eram demandas centrais. No entanto, a rigidez procedimental trouxe consigo o risco de tornar os processos excessivamente morosos e de dificultar a efetivação de políticas públicas ágeis e adaptadas às necessidades da sociedade. Por ter sido concebida para coibir abusos, a lei contribuiu para empurrar a dicotomia da Constituição de 1988 para o lado do formalismo, pois, enquanto os direitos programáticos exigiam respostas rápidas e inovadoras, o arcabouço procedimental da lei impunha um ritmo mais lento e rigidamente controlado à administração pública.

Nesse contexto, é importante ressaltar que a Lei n. 8.666/1993 foi promulgada dois anos antes da introdução do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado em 1995, que instaurou os pilares da chamada reforma gerencial no Brasil. Esse relevante marco na administração pública brasileira teve o condão de puxar o pêndulo para o lado das políticas públicas em busca de realizar a administração por resultados, mais voltada à eficiência, resultados e flexibilização das práticas administrativas (Bresser-Pereira, 1996, p. 10). Com efeito, a lei se tornou emblemática do modelo burocrático que seria questionado e combatido pela lógica gerencialista.

O tensionamento entre a mudança de paradigma da Administração e a obsolescência da Lei n. 8.666/1993 ficou evidente em situações que demandavam agilidade, como crises econômicas e emergências, nas quais as regras rígidas da lei dificultaram respostas céleres por parte do Estado. Por esse motivo, a partir da reforma gerencial, o sistema de compras públicas foi modificado: (i) por inúmeras modificações parciais no texto da lei; (ii) por interpretações do Poder Judiciário e dos tribunais de contas; (iii) pela regulamentação criativa de dispositivos da lei; e (iv) pela edição de leis esparsas, como a do pregão (Lei n. 10.520/2002) e a do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei n. 12.462/2011). Lamentavelmente, a fragmentação normativa resultante de dezenas de alterações legais, de decisões judiciais e controladoras oscilantes e da proliferação de regulamentações infralegais acumulou-se como uma bola de neve em um sistema cada vez mais complexo, oneroso e inseguro.

Destarte, a aplicação da Lei n. 8.666/1993, ao longo de três décadas, revelou limitações práticas significativas. Finalmente, a combinação entre o apego ao formalismo e a complexidade, onerosidade e a insegurança do arcabouço normativo gerou uma avalanche administrativa: a paralisação das decisões administrativas e a ineficiência na entrega de resultados à sociedade. Essa realidade é marcada pelo que se pode chamar de dogma do procedimento

sobre o resultado, uma prática que prioriza a observância estrita das regras formais em detrimento da eficiência e da finalidade pública.

Para muitos gestores públicos, o sucesso de uma contratação estava vinculado exclusivamente à observância das normas processuais, mesmo que o resultado não atendesse ao interesse público (Anastasia, 2022). Esse amor ao formalismo, fruto de uma cultura de receio quanto às sanções impostas por eventuais erros procedimentais, contribui para o fenômeno conhecido como “apagão das canetas”. Nesse cenário, gestores se abstêm de tomar decisões, preferindo aguardar orientações detalhadas ou, em casos extremos, a autorização judicial para agir. Como bem resumido pelo jurista argentino Roberto Dromi, em sua irônica descrição do Código do Fracasso: “art. 1º: não pode; art. 2º: em caso de dúvida, abstenha-se; art. 3º: se é urgente, espere; art. 4º: sempre é mais prudente não fazer nada” (Dromi, 1995, p. 35).

Essa mentalidade sublinha bem a incompatibilidade entre a concepção da Lei n. 8.666/1993 e a realidade contemporânea. A ausência de equilíbrio entre controle e autonomia decisória fez proliferar a figura do gestor infantilizado, que, temeroso das consequências de suas ações, prefere manter-se inerte. Por essa razão, o estágio final da “Era 8.666” foi caracterizado: (i) pela insatisfação da população com obras e serviços essenciais frequentemente atrasados ou interrompidos devido à relutância dos gestores em aprovar etapas ou lidar com imprevistos contratuais; e (ii) pela acomodação da Administração à espera do conforto da decisão judicial que autorizasse o gestor a fazer algo, que ordenasse o que fazer, e/ou, em último caso, que lhe determinasse como fazer. Diante de todo esse cenário, a necessidade de modernização legislativa tornou-se incontornável.

3. Processo legislativo para além do procedimento: a concepção filosófica da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

Mais do que o sequenciamento procedimental e as discussões regimentais, o processo legislativo que originou a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos foi muito marcado por questões filosóficas que informaram a sua elaboração. A partir do reconhecimento da inviabilidade de manutenção do sistema que privilegiava o formalismo em vez do resultado, surgiu um movimento reformista que se destacou na 54ª e na 55ª legislaturas do Congresso Nacional, cuja atuação transcendeu a simples alteração das regras de licitações e contratos administrativos no Brasil.

O ponto de inflexão inicial para essa transformação pode ser identificado na Lei n. 13.129/2015, que modificou a Lei n. 9.307/1996, que regula a arbitragem no Brasil. A inclusão do setor público no regime da arbitragem ilustrou que o interesse público pode ser compatível com a flexibilidade na busca por soluções eficientes. Esse avanço representou um marco ao admitir que a Administração poderia adotar instrumentos mais dinâmicos e efetivos, desde que em observância aos princípios constitucionais.

O reconhecimento de que a indisponibilidade do interesse público não pode ser vista como um dogma foi a base para uma série de reformas legislativas mais amplas, que se relacionam intrinsecamente com a reformulação do marco normativo das licitações e dos contratos administrativos. São frutos desse esforço legislativo: a Lei n. 13.303/2016 (Lei das Estatais), que introduziu novas regras para empresas públicas e sociedades de economia mista; a Lei n. 13.655/2018 (que modificou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; Lei da Segurança Jurídica), que reconheceu a importância da boa-fé, da motivação adequada e da previsibilidade como pilares para uma gestão pública eficiente; e a reforma da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 14.230/2021), que restringiu punições a situações caracterizadas por dolo, má-fé ou fraude.

Essas alterações legislativas partiram do reconhecimento de que a administração pública enfrentava paralisia decisória, frequentemente atribuída ao receio dos gestores públicos de incorrerem em sanções desproporcionais. O novo paradigma passou a confiar mais no gestor público, proporcionando instrumentos e autonomia para que ele pudesse planejar, implementar e executar políticas públicas.

Nesse sentido, a Lei n. 14.133/2021 reflete uma transição de mentalidade: o foco deslocou-se do mero cumprimento formal das regras para uma atuação orientada a resultados, com mais liberdade para o agente conceber, empreender e executar contratos administrativos. Por essa razão, reformar o marco legal das licitações não era apenas uma questão de ajustes técnicos; havia uma necessidade simbólica de uma nova lei para consolidar o novo modelo de gestão pública. Ainda que muitos dispositivos sejam inspirados em leis preexistentes, o diferencial está na sua estrutura lógica, que privilegia o planejamento e o resultado. Sua concepção complementa uma mudança filosófica no entendimento da administração pública, por meio da qual se busca adotar um regime mais flexível e orientado a resultados.

Com efeito, a promulgação da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos marca mais do que uma mudança normativa: simboliza o início de uma

nova era das contratações públicas brasileiras. Sai o punitivismo excessivo e entra o sancionamento de irregularidades qualificadas; saem as amarras burocráticas e entra o incentivo à atuação proativa do gestor público. Essa transformação será fundamental para se promover a confiança no gestor público e se assegurar que os contratos administrativos sejam instrumentos eficazes para a realização de políticas públicas, a melhoria do bem-estar social e o desenvolvimento nacional.

Nada obstante, a implementação plena da lei exigirá não apenas a adoção de novos procedimentos administrativos, mas também uma mudança cultural abrangente, capaz de transformar a dinâmica entre a administração pública e os órgãos de controle. Para que a nova lei alcance seus objetivos, é fundamental que haja um esforço conjunto e coordenado, de modo a alinhar as práticas administrativas, como a atividade de fiscalização, às expectativas do interesse público.

Nesse contexto, a Lei n. 14.133/2021, segue a linha principiológica de sua irmã, a Lei da Segurança Jurídica, ao incorporar uma postura de tolerância ao erro que não seja grave, nem qualificado por má-fé ou dolo. Esse direcionamento intencional tem como objetivo imediato romper com a paralisia decisória e com as punições desproporcionais, e tem como meta mediata uma mudança cultural: a tolerância ao erro deve ser acompanhada de um esforço conjunto entre administração pública e controle externo. Compete a ambos a construção de um ambiente de confiança mútua que, de um lado, exige dos administradores um trabalho mais elaborado, de completude na análise das circunstâncias e de robustez na motivação dos atos, mas que, de outro, modifica a função do fiscalizador em contextos complexos e de incerteza, convidando-o a colaborar no ciclo das políticas públicas (Pereira, 2015). Ou seja, é essencial que os órgãos de controle também se adequem a essa realidade, ajustando seu papel de maneira a transitar de uma postura predominantemente sancionadora para uma atuação mais colaborativa e orientadora.

Os órgãos de controle, ao atuar como aliados na elaboração e na execução de políticas públicas, podem não apenas prevenir irregularidades, mas também fomentar boas práticas e apoiar a eficiência administrativa (Sundfeld, 2021). Essa mudança de papel fortalece a capacidade do Estado de atender ao interesse público, ao reconhecer que a gestão pública deve ser avaliada por sua boa-fé e compromisso com resultados, e não apenas pela aderência estrita a formalidades – que são precisamente os fundamentos filosóficos do novo marco legislativo.

Ademais, um dos pilares centrais da Lei n. 14.133/2021 é a valorização do planejamento como elemento essencial da atividade administrativa. Planejar não é apenas cumprir-se uma formalidade, mas sim criar-se condições para que os gestores públicos possam tomar decisões bem fundamentadas, embasadas na realidade dos fatos e ajustadas às circunstâncias concretas (Corrêa, 2007).

Para o gestor público, o planejamento é um instrumento que lhe permite antever riscos, prever recursos necessários e alinhar objetivos aos resultados esperados (Anastasia, 2006). Na prática, porém, os gestores frequentemente enfrentam situações de imprevisibilidade, sobrecarga de demandas e limitações orçamentárias. A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – novamente demonstrando que tem o mesmo DNA da Lei da Segurança Jurídica – reconhece essa realidade ao conferir ao planejamento um papel central, incentivando que ele seja realista, adaptável e pragmático, em vez de meramente formal e burocrático.

Um planejamento efetivo exige um foco constante nos fatos e nas circunstâncias que cercam cada situação específica. A nova lei incentiva que os gestores considerem em suas decisões: as condições econômicas, sociais e regionais que possam influenciar a execução do contrato; a viabilidade técnica; a projeção dos custos e dos benefícios; e a identificação e a mitigação de riscos, tanto para a Administração quanto para os contratados.

Isso porque, embora necessária, a integração entre planejamento e orçamento não é suficiente para se alcançarem os resultados desejados no âmbito das políticas públicas. Planejar a visão macro providenciada pelas peças orçamentárias foi importante nos primeiros passos da consolidação da reforma administrativa (Corrêa, 2007), porém agora busca-se um passo na direção do micro, e isso só pode ocorrer se o planejamento alcançar os contratos administrativos.

O planejamento no âmbito do contrato administrativo representa uma das mais importantes fronteiras a serem cruzadas para a modernização da administração pública. É por meio do contrato administrativo que o Estado viabiliza a prestação de serviços públicos e a execução das políticas públicas demandadas pela sociedade, sendo este o instrumento central que conecta as necessidades da população às ações concretas da Administração. A ausência de um planejamento adequado compromete não apenas a eficiência dessas contratações, mas também a capacidade do Estado de atender com qualidade e celeridade às demandas sociais.

Além disso, ao consagrar o planejamento como parte essencial das licitações, a nova lei promove uma maior segurança jurídica. Decisões tomadas com

base em estudos prévios bem elaborados, como os planos anuais de contratações, ganham força e legitimidade, reduzindo o risco de questionamentos por órgãos de controle. A boa execução de contratos administrativos depende de estudos preliminares robustos, análises de viabilidade e um acompanhamento contínuo. Cruzar essa fronteira significa priorizar um Estado que pensa antes de agir, garantindo maior segurança jurídica, eficiência na alocação de recursos e resultados mais satisfatórios para a população. O planejamento adequado permite uma maior adequação prática, alinhando as aquisições públicas às reais necessidades da Administração e à disponibilidade de recursos.

Portanto, a mudança cultural necessária para a implementação da nova lei passa pela aproximação e cooperação entre administração e controle. Enquanto o planejamento confere maior previsibilidade e eficiência às ações administrativas, os órgãos de controle devem atuar como parceiros orientadores, em vez de meros fiscalizadores punitivos. Dito de outro modo, os tribunais de contas devem priorizar o apoio técnico, a análise da boa-fé e a compreensão dos limites práticos enfrentados pelos gestores. Essa interação é essencial para se consolidar uma administração pública que valorize o mérito das decisões e reconheça o peso das circunstâncias concretas em que foram tomadas.

Embora seja cedo para se fechar um diagnóstico, os primeiros anos de vida da Lei n. 14.133/2021 demonstram que não será simples realizar-se a ruptura idealizada no processo legislativo.

4. Os primeiros anos da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

A aplicação concreta da Lei n. 14.133/2021, em seus primeiros anos, enfrentou desafios significativos, que refletem tanto as barreiras culturais e estruturais da administração pública brasileira quanto os avanços que a nova legislação busca concretizar. Destacam-se os principais problemas identificados: a resistência à vigência plena da nova lei, o debate sobre seu caráter federal e o extremo apego ao menor preço.

4.1 Resistência à vigência plena: desconhecimento e medo de punição

O primeiro e mais evidente desafio foi a resistência dos gestores públicos à entrada em vigor da nova lei. Essa resistência tem suas raízes em dois fatores

principais: o desconhecimento técnico sobre as mudanças introduzidas e o temor de punições decorrentes de erros no uso das novas regras.

A lei rompe com práticas arraigadas e introduz ferramentas que exigem um novo olhar sobre planejamento, gestão e controle. Contudo, o receio de enfrentar o rigor dos órgãos de controle impede muitos gestores de abraçarem as novas possibilidades. Essa paralisia administrativa não é novidade no Brasil, onde a cultura do formalismo tem sido utilizada como escudo para se evitarem ações com medo de punições. Na prática, muitos gestores prefeririam seguir o modelo antigo, mais seguro, mesmo que seja menos eficiente e menos adequado às demandas contemporâneas.

Antevendo isso, o Congresso Nacional concedeu um regime de transição de dois anos para que todos pudessem se adaptar à nova legislação. Durante esse período, os gestores que se considerassem aptos a utilizar os instrumentos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos poderiam fazê-lo, enquanto aqueles que se sentissem inseguros poderiam seguir promovendo as contratações pelas regras da Lei n. 8.666/1993.

Todavia, a resistência ao novo foi maior ainda. No dia 31 de março de 2023, véspera do aniversário de dois anos da nova lei, foi editada medida provisória prorrogando a transição até o final de 2023. A prorrogação foi definitivamente adotada pela Lei Complementar n. 198/2023, e, com isso, os adeptos da resistência à mudança teriam mais nove meses de uso dos diplomas anteriores.

Paralelamente a esse debate, o Parecer 6/2022, da Câmara Nacional de Licitações e Contratos Administrativos da Advocacia-Geral da União, propôs orientação normativa no sentido de que o gestor poderia manifestar interesse em promover a contratação por meio da Lei n. 8.666/1993, ainda na fase interna, e que, se isso fosse feito, o processo licitatório seria regido pela lei anterior, mesmo que essa tivesse sua vigência encerrada:

A expressão legal ‘opção por licitar ou contratar’, para fins de definição do ato jurídico estabelecido como referência para aplicação da ultratividade da legislação anterior, deve ser a manifestação pela autoridade competente, ainda na fase preparatória, que opte expressamente pela aplicação do regime licitatório anterior (Lei n. 8.666/1993, Lei n. 10.520/2002 e Lei n. 12.462/2011). (Brasil, 2023)

O parecer foi objeto de debate no Tribunal de Contas da União (TCU), que decidiu por utilizar a publicação do edital como marco para definir o momento em que ainda se poderia realizar contratação pelas leis antigas:

9.21. os processos licitatórios e os de contratação direta nos quais houve a “opção por licitar ou contratar” pelo regime antigo (Lei n. 8.666/1993, Lei n. 10.520/2002 e arts. 1º a 47-A da Lei n. 12.462/2011) até a data de 31/3/2023 poderão ter seus procedimentos continuados com fulcro na legislação pretérita, desde que a publicação do Edital seja materializada até 31/12/2023;

9.22. os processos que não se enquadrarem nas diretrizes estabelecidas no subitem anterior deverão observar com exclusividade os comandos contidos na Lei n. 14.133/2021;

9.23. a expressão legal “opção por licitar ou contratar” contempla a manifestação pela autoridade competente que opte expressamente pela aplicação do regime licitatório anterior (Lei n. 8.666/1993, Lei n. 10.520/2002 e Lei n. 12.462/2011), ainda na fase interna, em processo administrativo já instaurado. (Brasil, 2023)

Por meio dessa decisão, o TCU firmou a interpretação da nova lei compreendendo o receio dos gestores, porém prestigiando o trabalho do Congresso Nacional, que promoveu a reforma no sistema de contratações. É o que se desprende do voto do ministro Augusto Nardes, relator do processo, que reconheceu ser “natural que exista um certo temor pela utilização de novidades. Contudo, essa fase somente será superada com a utilização prática da nova lei”, mas frisou a necessidade de se coibir a “possibilidade de alguns órgãos e entidades públicos continuarem a utilizar as antigas leis de licitação por prazo indeterminado, o que acabaria por ‘eternizar’ o uso da Lei n. 8.666/1993” (Brasil, 2023).

4.2 Lei nacional ou lei federal: entre detalhamento e inovação

Durante o processo legislativo, houve debate sobre possíveis violações à competência dos estados, dos municípios e do Distrito Federal, mas o consenso foi alcançado com a demanda dos próprios entes subnacionais por um texto mais detalhado. Esse movimento foi impulsionado pela busca do conforto que as minutas da Advocacia Geral da União conferem aos gestores locais. O resultado disso foi uma lei que parece mais nacional do que federal, com quase duzentos artigos, muitos deles que reproduzem diretamente trechos de regulamentos infralegais do Poder Executivo Federal⁷¹ e acórdãos do Tribunal de Contas da União⁷².

71 Por exemplo, as disposições da Lei de Licitações e Contratos Administrativos sobre o Sistema de Registro de Preços espelham em grande parte o Decreto n. 9.488/2018.

72 Por exemplo, as disposições sobre matriz de riscos (Acórdão n. 1.510/2013 – Plenário), imposição de práticas de planejamento, gestão de riscos e melhor governança nas contratações públicas (Acórdão n. 2.622/201 – Plenário), dentre outras (Zymler *et al.*, 2021).

Embora o detalhamento ofereça uma base normativa robusta, ele também apresenta riscos à criatividade e à inovação na administração pública. Experiências anteriores, como o surgimento do credenciamento em Minas Gerais, mostram como abordagens locais podem contribuir com soluções efetivas que eventualmente são incorporadas ao sistema nacional. A uniformidade excessiva, no entanto, pode sufocar essas iniciativas.

A solução está em se incentivarem os gestores a explorar as possibilidades abertas pela nova lei. Muitos dispositivos exigem regulamentação local e será nesse espaço que as boas práticas e as experimentações razoáveis florescerão. A criatividade não deve ser vista pelo controle externo como um desvio, mas como uma forma de se aprimorarem a eficiência e a efetividade das contratações públicas.

4.3 O extremo apego ao menor preço

A persistência na utilização do critério do menor preço nas contratações públicas representa um entrave significativo. A nova lei autoriza o uso de outros critérios de julgamento, como técnica e preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, desde que adequados ao objeto da contratação. No entanto, gestores e órgãos de controle frequentemente hesitam em utilizar essas alternativas, priorizando o critério de menor preço, mesmo quando ele não é o mais vantajoso para a Administração. Essa resistência deriva de uma visão reducionista das finanças públicas, que privilegia o gasto mínimo em detrimento do custo-benefício a longo prazo. Embora a lei ofereça ao gestor a possibilidade de motivar escolhas baseadas em critérios qualitativos, os agentes fiscalizadores exigem que sempre se considere o critério quantitativo.

Isso não ocorre apenas na definição de critérios para aferição da melhor proposta. Um exemplo emblemático é a interpretação do art. 59 da Lei n. 14.133/2021, que foi concebido para simplificar os critérios de desclassificação das propostas na fase de julgamento. O artigo prevê cinco hipóteses distintas, dentre as quais se incluem as propostas com preços inexequíveis (inciso III) e as propostas cuja exequibilidade não for demonstrada (inciso IV). Complementarmente, o dispositivo estabelece um critério objetivo para o preço inexequível, qual seja, quando os valores forem inferiores a 75% do valor orçado (§ 4º), e abre uma exceção para a realização de diligências para aferir a exequibilidade das propostas, quando esta não tiver sido demonstrada (§ 2º). Ou seja, no caso do inciso IV, há um critério fixado, sem espaço para discussão, e no caso do inciso III, é possível uma análise subjetiva.

No entanto, algumas interpretações equivocadas têm gerado mais entraves burocráticos, contrariando a intenção original do legislador. Surgiu um entendimento, acolhido inclusive em julgados do Tribunal de Contas da União (Brasil, 2024b), no sentido de que, mesmo quando ultrapassado o critério objetivo fixado na lei, é possível a realização de diligências para se demonstrar a exequibilidade da proposta:

O critério definido no art. 59, § 4º, da Lei n. 14.133/2021 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, sendo possível que a Administração conceda à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta, nos termos do art. 59, § 2º, da referida lei. (Brasil, 2024)

Esse fenômeno não é novo no ordenamento jurídico brasileiro e reflete uma cultura de litígio e de questionamento de regras claras e objetivas. O critério objetivo foi estabelecido porque o legislador entendeu que, nesse caso, o valor a ser despendido não é o mais relevante. Compreendeu-se que se um contratante oferece um desconto maior do que 25% do preço orçado, sua proposta deve ser desqualificada por uma presunção legal de que se o planejamento estabeleceu uma diretriz financeira adequada, um valor tão discrepante haveria de comprometer a execução e não atenderia ao interesse público.

Esse “fetiche” pelo menor preço prejudica a aplicação da Lei n. 14.133/2021 e prejudica processos licitatórios ao incluir novas etapas de diligências desnecessárias na visão do legislador. Essa burocratização do procedimento é precisamente o que a nova lei buscou evitar. O texto trouxe um critério objetivo, de simples compreensão, que determinou aos agentes prosseguirem com a licitação em busca da melhor proposta, ainda que esta não fosse a financeiramente menos dispendiosa.

4.4 Um novo ambiente de gestão pública

Os desafios identificados revelam a complexidade da transição para o novo regime de licitações e contratos. Apesar das dificuldades, a Lei n. 14.133/2021 traz uma oportunidade única de modernizar a administração pública, promovendo mais eficiência, flexibilidade e inovação.

Para que isso ocorra, é indispensável que os órgãos de controle compreendam o novo ambiente jurídico e atuem em consenso com a Administração, garantindo segurança para os gestores e promovendo a aplicação de boas práticas. A defesa do bom gestor, a redução do litígio desnecessário e o combate ao

“furor querelante” são fundamentais para se alcançar o equilíbrio entre controle e eficiência.

A nova lei simboliza a possibilidade de se sepultar a insegurança jurídica que paralisou a Administração por décadas, dando aos gestores a capacidade de identificar, motivar e implementar soluções com confiança e responsabilidade. Trata-se de uma mudança cultural que exige esforço conjunto e promete resultados transformadores para o setor público brasileiro.

5. Conclusões

O artigo buscou entender as razões da edição da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos por meio da compreensão sobre os principais aspectos que marcaram a confecção e os primeiros anos de vigência da Lei n. 14.133/ 2021.

No primeiro capítulo, analisou-se a evolução histórica e os desafios da Lei n. 8.666/1993, no contexto da Constituição de 1988 e da administração pública brasileira.

Concluiu-se que: (i) a Constituição estabeleceu um equilíbrio difícil entre a promoção de direitos programáticos e o controle rígido das atividades estatais, o que impactou diretamente a execução das políticas públicas; (ii) a Lei n. 8.666/1993 priorizou o formalismo e a prevenção de fraudes, mas tornou os processos burocráticos, lentos e incapazes de responder rapidamente às demandas sociais contemporâneas; (iii) alterações parciais e leis esparsas criaram um sistema confuso e inseguro para gestores públicos, dificultando a implementação de políticas públicas eficazes; (iv) a ênfase no cumprimento de procedimentos formais gerou uma administração paralisada e a infantilização dos gestores, que evitam tomar decisões relevantes; (v) a obsolescência da Lei n. 8.666/1993 evidenciou a urgência de um novo marco normativo, capaz de equilibrar controle, eficiência e autonomia decisória, respondendo às demandas de uma administração pública mais dinâmica e alinhada aos desafios contemporâneos.

No segundo capítulo, investigou-se o movimento de reforma legislativa que originou a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Concluiu-se que: (i) a nova lei simboliza uma transformação filosófica na administração pública brasileira, por meio da ruptura com o formalismo e o punitivismo, promovendo uma gestão pública baseada em resultados, planejamento e flexibilidade; (ii) o texto fornece instrumentos para que gestores

possam agir com mais autonomia, desde que em conformidade com princípios constitucionais, mitigando o receio de sanções desproporcionais; (iii) o planejamento se torna ferramenta essencial para decisões fundamentadas e ajustadas às realidades práticas; (iv) a colaboração entre administração e órgãos de controle é essencial para a segurança jurídica, sendo que (iv.i) estes devem atuar de forma mais orientadora e menos punitiva, com o objetivo de melhorar as políticas públicas; (v) embora os objetivos sejam ambiciosos, uma mudança cultural é condição indispensável para a efetivação da nova lei.

No terceiro capítulo, examinaram-se três desafios enfrentados na implementação inicial da Lei n. 14.133/2021: (i) a resistência à vigência plena da nova lei; (ii) o caráter nacional ou federal da lei; e (iii) a insistência no critério do menor preço.

Concluiu-se que: (i.i) muitos gestores resistiram à adoção da nova lei devido ao desconhecimento técnico e ao medo de punições; (i.ii) a cultura do formalismo perpetua a paralisia administrativa, levando gestores a preferirem os modelos antigos; (i.iii) a prorrogação do prazo de transição reflete essa resistência, mas o Tribunal de Contas da União conseguiu evitar o uso perpétuo da antiga legislação; (ii.i) a nova lei foi estruturada de forma detalhada, para atender à demanda de entes subnacionais por maior segurança jurídica; (ii.ii) embora o detalhamento facilite a aplicação, também pode restringir a criatividade e a inovação; (ii.iii) o incentivo à regulamentação local e à experimentação é necessário para se equilibrarem uniformidade e inovação; (iii.i) apesar de a nova lei permitir critérios mais complexos e qualitativos, a preferência pelo menor preço persiste, e isso gera decisões menos vantajosas no longo prazo; (iii.ii) interpretações equivocadas do art. 59 da lei burocratizam processos ao contrariar a intenção original de simplificação; (iii.iii) a adesão automática ao menor preço reflete uma visão reducionista que prejudica a efetividade das contratações públicas.

Enfim, a Constituição de 1988, com sua dualidade entre ambição programática e rigor procedimental, é uma obra que reflete tanto os sonhos quanto os desafios de um país em busca de justiça social.

A Lei n. 14.133/2021 oferece uma oportunidade única de modernizar a gestão pública, promovendo eficiência, flexibilidade e inovação. Para tanto, é essencial que órgãos de controle compreendam e respeitem o novo regime, apoiando os gestores com segurança jurídica e reduzindo litígios desnecessários. Apenas com esse equilíbrio será possível superar-se a paralisia decisória e transformar-se o modelo de contratações em uma ferramenta efetiva de desenvolvimento.

Referências

ALVES, Alex Cavalcante. A profissionalização do serviço público na vigência da Constituição Federal de 1988. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, ano 33, n. 6, p. 530-546, jun. 2017.

ANASTASIA, Antonio Augusto Junho. Antecedentes e origem do choque de gestão. In: VILHENA, R. M. P.; MARTINS, H; MARINI, C.; GUIMARÃES, T. B. (orgs.). *O choque de gestão em Minas Gerais: políticas de gestão pública para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. A insegura segurança jurídica. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 150, n. 1, p. 16-21, jul./dez. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 507/2023*. Plenário. Relator: ministro Augusto Nardes. Data da sessão: 22/3/2023.

BRASIL. *Acórdão 2.378/2024*. Plenário. Relator: ministro Benjamin Zymler. Data da sessão: 6/11/2024.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Administração pública gerencial: estratégia e estrutura para um novo Estado*. Brasília: Enap, 1996.

CORRÊA, Izabela Moreira. Planejamento estratégico e gestão pública por resultados no processo de reforma administrativa do estado de Minas Gerais. *Revista de administração pública*, v. 41, n. 3, p. 487-504, 2007.

DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. Buenos Aires, 1995.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Artigo 20. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas*. Brasília: Senado Federal, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Aplicação dos novos dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pelo Tribunal de Contas da União*. São Paulo: FVG, 2021.

VILHENA, Renata Maria Paes de. O choque de gestão em Minas Gerais. In: SOUZA MARQUES, Antônio Jorge; VILAÇA MENDES, Eugênio; OLIVEIRA LIMA, Helidéa de. *O choque de gestão em Minas Gerais: resultados na saúde*. Belo Horizonte: Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais, 2010.

ZYMLER, Benjamin; ALVES, Francisco Sérgio Maia. *A nova Lei de Licitações como sedimentação da jurisprudência do TCU*. Consultor Jurídico, abr. 2021.

Candidaturas avulsas à Presidência da Câmara dos Deputados: entre o princípio constitucional da proporcionalidade partidária e a consolidação do costume parlamentar

Independent candidacies for Speaker of the Chamber of Deputies: between the constitutional principle of party proportionality and the consolidation of parliamentary custom

Candidaturas independientes a la Presidencia de la Cámara de Diputados: entre el principio constitucional de proporcionalidad partidaria y la consolidación de la costumbre parlamentaria

Bruno Ávila da Mata Sampaio

Mestrando em direito constitucional no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Especialista em direito constitucional pelo IDP. Especialista em direito legislativo pelo IDP. Bacharel em direito pela Universidade de Brasília. Membro do Grupo de Pesquisa Perspectivas Contemporâneas da Jurisdição Constitucional. Secretário-Geral da Mesa Adjunta da Câmara dos Deputados. E-mail: bruno.sampaio@camara.leg.br.

Lucas Ribeiro Almeida Júnior

Mestre em direito pela University of Pennsylvania Law School. Especialista em direito processual e em direito público. Bacharel em direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal. Advogado. Secretário-geral da Mesa da Câmara dos Deputados. E-mail: lucas.almeidajunior@camara.leg.br.

Maxuel Christian da Silva Machado

Mestre pela Haas School of Business da University of California – Berkeley. Advogado. Consultor legislativo na Câmara dos Deputados. E-mail: maxuel.silva@camara.leg.br.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Princípio da proporcionalidade; 3. O retrato da composição de blocos e bancadas partidárias; 4. O surgimento da norma consuetudinária; 4.1 Objeções no âmbito da Câmara dos Deputados; 4.2 Manifestações no âmbito do Supremo Tribunal Federal; 5. Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo analisou a compatibilidade entre a norma constitucional que estabelece a proporcionalidade partidária na composição da Mesa da Câmara dos Deputados e o costume – que adquiriu força normativa – que permite candidaturas avulsas ao cargo de presidente da Casa, mesmo que oriundas de partidos distintos daqueles aos quais caberia a vaga pelo critério proporcional. Para isso, adotou-se abordagem metodológica baseada em análise documental e normativa, que envolve dispositivos constitucionais e regimentais, bem como decisões parlamentares, judiciais e registros taquigráficos de debates ocorridos no Plenário da Câmara dos Deputados. A pesquisa demonstrou que o surgimento dessa prática decorreu de lacuna normativa quanto ao momento em que se fixa o “retrato” partidário para fins de distribuição dos cargos da Mesa, tendo se consolidado posteriormente, mesmo após tal lacuna ter sido suprida por alteração regimental. Concluiu-se que a admissibilidade de candidaturas avulsas não configura, por si só, violação da Constituição Federal ou do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, pois encontra respaldo na tradição legislativa e em interpretações doutrinárias. Para sustentar essa prática, utilizaram-se o conceito de derrotabilidade, que, grosso modo, reconhece a possibilidade de flexibilização de certas normas jurídicas, e o princípio da conformidade funcional, que orienta a adaptação das regras institucionais às dinâmicas parlamentares. Contudo, argumentou-se que a positivação normativa da matéria, aliada ao aprofundamento do debate jurídico e político, poderia garantir maior previsibilidade ao processo eleitoral interno da Câmara, o que otimizaria a conciliação entre a soberania do Plenário e a observância do princípio constitucional da proporcionalidade partidária.

PALAVRAS-CHAVE: candidaturas avulsas; proporcionalidade partidária; direito parlamentar; direito consuetudinário; derrotabilidade; conformidade funcional.

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction; 2. Principle of Proportionality; 3. The “snapshot” of the composition of Parliamentary Blocs; 4. The emergence of the customary norm; 4.1 Objections within the Chamber of Deputies; 4.2 Statements within the Supreme Federal Court; 5. Conclusions; References.

ABSTRACT: This paper analyzed the compatibility between the constitutional rule establishing party proportionality in the composition of the Board of the Brazilian Chamber of Deputies and the customary practice – gaining normative force – that allows independent candidacies for the position of Speaker of the Chamber of Deputies, even when originating from parties other than those

entitled to the seat based on proportional criteria. To this end, a methodological approach based on documentary and normative analysis was adopted, involving constitutional and procedural provisions, as well as parliamentary and judicial decisions and transcriptions of floor debates in the Chamber of Deputies. The research demonstrated that this practice emerged due to a normative gap regarding the moment when the party “snapshot” is set for the distribution of Board positions. Despite this gap being subsequently addressed by a procedural amendment, the practice became consolidated. The study concluded that the admissibility of independent candidacies does not, in itself, constitute a violation of the Federal Constitution or the Internal Rules of the Chamber of Deputies, as it is supported by legislative tradition and doctrinal interpretations. To substantiate this practice, the concept of defeasibility – broadly recognizing the possibility of flexibility in certain legal norms – and the principle of functional conformity – which guides the adaptation of institutional rules to parliamentary dynamics – were employed. However, it was argued that the formal codification of this matter, combined with deeper legal and political debate, could enhance predictability in the Chamber’s internal electoral process, optimizing the balance between the sovereignty of the House Floor and compliance with the constitutional principle of party proportionality.

KEYWORDS: independent candidacies; party proportionality; parliamentary law; customary law; defeasibility; functional conformity.

CONTENIDO: 1. Introducción; 2. Principio de proporcionalidad; 3. El retrato de la composición de bloques y bancadas partidarias; 4. El surgimiento de la norma consuetudinaria; 4.1 Objeciones en el ámbito de la Cámara de Diputados; 4.2 Manifestaciones en el ámbito del Supremo Tribunal Federal; 5. Conclusiones; Referencias.

RESUMEN: El presente artículo analiza la compatibilidad entre la norma constitucional que establece la proporcionalidad partidaria en la composición de la Mesa de la Cámara de Diputados y la costumbre —que adquirió fuerza normativa— que permite candidaturas independientes al cargo de presidente de la Cámara, incluso cuando provienen de partidos distintos a los que les correspondería la vacante según el criterio proporcional. Para ello, se adoptó un enfoque metodológico basado en el análisis documental y normativo, que involucra disposiciones constitucionales y reglamentarias, así como decisiones parlamentarias, judiciales y registros taquigráficos de debates ocurridos en el Pleno de la Cámara de Diputados. La investigación demostró que el surgimiento de esta práctica se debió a una laguna normativa respecto al momento en que se define el “retrato” partidario para la distribución de los cargos en la Mesa, consolidándose posteriormente, incluso después de que dicha laguna fuera subsanada mediante una modificación

reglamentaria. Se concluyó que la admisibilidad de candidaturas individuales no constituye, por sí, una violación de la Constitución Federal o del Reglamento Interno de la Cámara de Diputados, ya que encuentra respaldo en la tradición legislativa y en interpretaciones doctrinarias. Para fundamentar esta práctica, se emplearon el concepto de derrotabilidad, que, en términos generales, reconoce la posibilidad de flexibilización de ciertas normas jurídicas, y el principio de conformidad funcional, que orienta la adaptación de las reglas institucionales a las dinámicas parlamentarias. No obstante, se argumentó que la positivización normativa del tema, junto con el fortalecimiento del debate jurídico y político, podría garantizar una mayor previsibilidad en el proceso electoral interno de la Cámara, optimizando así la conciliación entre la soberanía del Pleno y el respeto al principio constitucional de proporcionalidad partidaria.

PALABRAS CLAVE: candidaturas independientes; proporcionalidad partidaria; derecho parlamentario; derecho consuetudinario; derrotabilidad; conformidad funcional.

1. Introdução

A eleição para os cargos da Mesa da Câmara dos Deputados é um dos eventos mais significativos do funcionamento do Parlamento brasileiro, pois define a estrutura diretiva responsável tanto pela condução dos trabalhos legislativos quanto pelos serviços administrativos da Casa⁷³. Conforme o art. 14 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD), a Mesa é composta por um presidente, dois vice-presidentes, quatro secretários e quatro suplentes de secretário (Brasil, 2024a).

A composição da Mesa obedece ao princípio da proporcionalidade partidária, estabelecido no art. 58, § 1º, da Constituição de 1988, que determina que “na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa” (Brasil, 2024b). Esse princípio é reforçado pelo art. 7º, inciso I, e pelo art. 8º, *caput*, ambos do RICD, que regulamentam o processo eleitoral interno e exigem que os partidos ou blocos parlamentares escolham candidatos aos cargos que lhes são distribuídos com base no princípio da proporcionalidade (Brasil, 2024a). Tais dispositivos atestam o caráter

73 Nascimento (2025) apresenta rol exemplificativo de atribuições constitucionalmente definidas para a Mesa das Casas Legislativas, como o acerto para o comparecimento espontâneo de autoridades para expor assunto de relevância de sua atuação e o encaminhamento de requerimentos escritos de informações às autoridades do art. 50, § 2º, da Constituição.

estruturante da proporcionalidade no processo eleitoral interno dos cargos da Mesa da Câmara dos Deputados.

Apesar dessa robusta estrutura normativa, a prática política consolidada admite candidaturas avulsas para o cargo de presidente da Câmara independentemente de vinculação partidária ou de blocos parlamentares. Essa prática, que se consolidou como norma consuetudinária⁷⁴, contrasta com a norma geral de respeito à proporcionalidade partidária. Tal situação suscita questionamentos sobre a conformidade da prática com as normas constitucionais e regimentais e abre espaço para uma análise crítica da relação entre direito positivado e práticas parlamentares. Em tese, caso vença a eleição um candidato de partido diferente daquele a quem caberia a indicação para o cargo de presidente da Câmara, pode-se ter uma Mesa cuja composição não respeite o aludido princípio da proporcionalidade.

Este artigo tem como objetivo analisar a conformidade das candidaturas avulsas para presidente da Câmara com as disposições constitucionais e regimentais, investigando a evolução histórica da norma consuetudinária que sustenta essa prática. Serão examinados o princípio de proporcionalidade, os critérios de composição da Mesa e as implicações da admissão de candidaturas avulsas sobre a governabilidade e a legitimidade das decisões legislativas.

A pesquisa adota abordagem normativa e histórica, com base na análise dos dispositivos legais pertinentes, revisão bibliográfica e análise documental de modo a possibilitar estudo de caso do surgimento da norma consuetudinária. O trabalho justifica-se pelas relevâncias jurídica e política do tema, considerando-se os desafios que a coexistência entre normas positivadas e práticas apresenta à organização democrática da Câmara dos Deputados.

2. Princípio da proporcionalidade

A previsão de proporcionalidade na representação das comissões parlamentares tem origem na Constituição de 1934, que, em seu art. 26, determinava a garantia de representação proporcional das correntes de opinião⁷⁵ nas

74 Conforme Nascimento (2025): “Por costume, excepcionalmente para o cargo de presidente da Mesa, a Câmara aceita candidaturas avulsas oriundas de bancadas diversas da que faria jus ao cargo. Mesmo sem qualquer previsão regimental nesse sentido, historicamente a prática é adotada.” Pinto (2009, p. 89) também faz menção a esse costume sem previsão regimental.

75 Naquela época, não havia regulamentação sobre a existência e atuação dos partidos políticos, e a composição da Câmara dos Deputados incluía tanto representantes eleitos pelo povo, através do sistema proporcional, quanto representantes de organizações profissionais, por isso a proporcionalidade diz respeito, nesse momento, às correntes de opinião (Ferraz, 2018, p. 1.170).

comissões. Apenas a partir da Constituição de 1946 a proporcionalidade foi definida como um direito dos partidos políticos⁷⁶.

A Constituição Federal estabelece, no art. 58, § 1º, que “na constituição das Mesas e de cada Comissão, será assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou blocos parlamentares que participam da respectiva Casa” (Brasil, 2024b). Esse dispositivo constitucional é o alicerce para a aplicação do princípio da proporcionalidade nas Casas Legislativas brasileiras. Ele busca garantir que a composição dos órgãos internos reflita a representatividade dos diversos grupos políticos presentes no Parlamento⁷⁷.

O princípio da proporcionalidade partidária, tal como aplicado na composição da Mesa Diretora das Casas Legislativas, não opera isoladamente, mas é profundamente influenciado e informado por outros princípios constitucionais fundamentais, notadamente o princípio democrático e o princípio do devido processo legislativo.

O princípio democrático, expresso no art. 1º da Constituição Federal, estabelece que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos. A proporcionalidade partidária, ao garantir que a composição da Mesa reproduza a diversidade política da Casa, promove a participação pluralista e a representatividade dos diferentes segmentos da sociedade⁷⁸. Isso assegura que o poder de decisão não se concentre em um único grupo, mas seja distribuído de forma a refletir a vontade popular expressa nas urnas.

A proporcionalidade, nesse sentido, apresenta-se como mecanismo para fortalecer a legitimidade do processo legislativo e evitar o domínio de maiorias circunstanciais que podem não representar a diversidade de interesses da sociedade. Ao assegurar que minorias políticas tenham sua voz ouvida e sua participação garantida, o princípio da proporcionalidade atua como instrumento de proteção da democracia.

76 Conforme Ferraz (2018, p. 1.170), dispositivos semelhantes são encontrados, por exemplo, na Constituição da República Portuguesa (arts. 178º, 2, e 180º, 2, *a*), na Lei Fundamental da República da Alemanha (art. 53-A), na Constituição Espanhola (art. 78.1), na Constituição da Itália (art. 72), na Constituição da República de Angola (art. 100º, 2) e na Constituição da República de Cabo Verde (art. 159, 2).

77 Para Moraes (2023, p. 925), a proporcionalidade objetiva fazer do Parlamento um espelho tão fiel quanto possível do colorido partidário nacional, e é natural que seus órgãos internos sigam a mesma diretriz.

78 Moraes (2023, p. 926) argumenta que o princípio da proporcionalidade assegura ao Parlamento (e no Parlamento) uma representação proporcional ao número de votos obtido por cada uma das legendas políticas. Dessa forma, citando Mirabeau, defende que “o Parlamento deveria ser um mapa reduzido do povo”.

Por seu turno, o princípio do devido processo legislativo, embora não explicitamente nomeado na Constituição, está intrinsecamente ligado ao princípio do devido processo legal, constante do art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, que, em sua dimensão substancial, exige que o processo legislativo, em todas as suas fases, inclusive na composição de seus órgãos, siga procedimentos justos e razoáveis⁷⁹.

O princípio da proporcionalidade, ao determinar a representação das diversas forças políticas na Mesa, assegura a participação de todos os atores relevantes no processo decisório. Ao assegurar que as decisões sejam tomadas de forma transparente, esse princípio não permite que um grupo controle o processo legislativo de forma arbitrária, mas promove um debate mais equânime e uma tomada de decisão mais justa. O devido processo legislativo, assim, é concretizado em uma de suas facetas por meio da observância do princípio da proporcionalidade na composição da Mesa, o que garante que as decisões sejam tomadas com participação das principais forças políticas representadas no Parlamento.

Dessa forma, a interação entre proporcionalidade, princípio democrático e devido processo legislativo cria um sistema em que a legitimidade das decisões legislativas é reforçada. A proporcionalidade promove inclusão e pluralismo; o princípio democrático garante legitimidade da representação; e o devido processo legislativo assegura que a tomada de decisões seja justa e transparente. Juntos, esses princípios formam uma base sólida para a construção de um ambiente legislativo que respeite os valores constitucionais.

Partindo para a seara *interna corporis* da Câmara dos Deputados, o RICD detalha a aplicação prática do princípio da proporcionalidade, ao estabelecer no art. 8º que “na composição da Mesa será assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou blocos parlamentares que participem da Câmara, os quais escolherão os respectivos candidatos aos cargos que, de acordo com o mesmo princípio, lhes caiba prover [...]” (Brasil, 2024a). Nesse sentido, caberia ao partido político com maior número de deputados, ou ao maior partido dentro do maior bloco parlamentar, a primeira escolha de cargo na Mesa Diretora, que naturalmente recairia sobre o de Presidente da Mesa, por ser um dos cargos de mais alta relevância constitucional na República Brasileira.

79 Ressalta Novelino (2023, p. 488) que o “devido processo legal substantivo se dirige, em um primeiro momento, ao legislador, constituindo-se em um limite à sua atuação, que deverá pautar-se pelos critérios de justiça, razoabilidade e racionalidade”. Se esses critérios devem pautar a atividade fim do legislador, é justo e apropriado que também guiem os processos internos do Poder Legislativo, notadamente a composição do órgão que dirige os trabalhos legislativos.

A proporcionalidade, enquanto norma de natureza constitucional, apresenta caráter vinculante, isto é, não permite sua desconsideração arbitrariamente. Contudo, como abordado no presente artigo, a admissão de candidaturas avulsas para a Presidência das Casas Legislativas pode ser interpretada como flexibilização desse princípio. Essa possibilidade, conforme será demonstrado, tem fundamento em costume consolidado na prática legislativa⁸⁰. A análise que se segue busca investigar se tal prática consuetudinária encontra respaldo ou contraria o mandamento constitucional, promovendo uma reflexão sobre a compatibilidade entre esses elementos normativos.

3. O “retrato” da composição de blocos e de bancadas partidárias

A definição do “retrato” da composição das bancadas partidárias na Câmara dos Deputados é elemento estruturante para a organização legislativa e a distribuição proporcional dos cargos internos. De acordo com o art. 8º, § 4º, do RICD, o tamanho das bancadas partidárias é fixado, para fins de distribuição dos cargos na Mesa, com base nos resultados proclamados pela Justiça Eleitoral, que refletem o número de deputados eleitos por cada partido. Essa definição permanece válida por toda a legislatura, sendo desconsideradas eventuais mudanças de filiação partidária posteriores.

Entretanto, para distribuição dos cargos da Mesa Diretora, o RICD admite a formação de blocos parlamentares⁸¹. Para incidir na proporcionalidade, esses blocos devem ser formalizados até dois momentos específicos, conforme estabelece o art. 12, § 10, do RICD: até 1º de fevereiro do primeiro ano da legislatura, para a eleição dos cargos da Mesa referente ao primeiro biênio da legislatura; e até 1º de fevereiro do terceiro ano, para eleição dos cargos da Mesa relativa o segundo biênio da legislatura.

Assim, a composição proporcional, para fins de distribuição de cargos na Mesa, é estática ao longo de cada biênio. Existe, contudo, a possibilidade de a composição ser alterada pela formação de blocos no início do terceiro ano da legislatura. Essa característica permite certa flexibilidade para ajustes internos, sem distorcer o tamanho das bancadas fixado pelo resultado eleitoral.

80 Carneiro, Santos e Netto (2024, p. 107), numa interpretação mais gramatical do Regimento Interno, afirmam que a “tolerância da Mesa da Câmara em acolher, para o cargo de presidente, candidaturas avulsas oriundas de bancadas diferentes daquela que, pela proporcionalidade partidária (ou acordo), faz jus a esse cargo na Mesa não conta com amparo regimental”. Tal prática, então, estaria embasada em “ocorrências históricas”.

81 Como lembra Ferraz (2018, p. 1.172), o direito constitucional de blocos parlamentares à representação proporcional na Mesa das Casas Legislativas é uma inovação introduzida pela Constituição de 1988, vez que não estava presente em constituições anteriores. A formação dos blocos parlamentares, no entanto, não é regulamentada pela Constituição, mas sim pelos regimentos internos das Casas Legislativas.

Sobre esse tema, parte da doutrina (como Ferraz, 2018, p. 1.173) aponta ressalvas quanto às distorções que a formação de blocos parlamentares pode causar na aplicação do princípio da proporcionalidade para a composição das Mesas das Casas Legislativas. Nesse sentido, a formação de blocos de forma oportunista e casuística, com inclusão de partidos com orientações políticas evidentemente divergentes, poderia prejudicar a clareza das escolhas políticas, dificultando a compreensão da sociedade sobre as posições assumidas pelos atores envolvidos. Assim, corre-se o risco de os blocos funcionarem como meros instrumentos para obtenção de posições privilegiadas no Parlamento, em detrimento de um alinhamento ideológico ou programático mais evidente. Por essa razão, alerta-se que a regulamentação regimental sobre formação de blocos parlamentares deve ser criteriosa, de modo a se evitar o uso inadequado desse mecanismo de atuação parlamentar, preservando a integridade do aludido princípio da proporcionalidade.

Crítica similar foi feita pelo deputado Ibsen Pinheiro, presidente da Câmara dos Deputados durante a eleição da Mesa de 1993. Como se verá adiante, essa foi a primeira eleição interna na Câmara dos Deputados em que se admitiu candidatura avulsa para o cargo de Presidente da Câmara dos Deputados de parlamentar cujo bloco não teria direito à vaga pelo critério puramente proporcional⁸².

4. O surgimento da norma consuetudinária

A prática de admissão de candidaturas avulsas para o cargo de presidente da Câmara dos Deputados independentemente do partido ou bloco do candidato, embora atualmente consolidada, é fruto de um processo histórico e político⁸³.

Conforme já mencionado, a regra da proporcionalidade da representação nas comissões (incluído o entendimento da Mesa como comissão) provém da Constituição de 1934. Naquele momento, a norma constitucional previa

82 Conforme fala do deputado durante sessão em que ocorreu o referido processo eleitoral: "O máximo que pode o presidente lamentar é que a Constituição [e aí o faz em seu nome pessoal] tenha dado a blocos parlamentares o mesmo tratamento de partidos políticos. Mas essa foi uma decisão do constituinte, que nos cumpre respeitar" (Brasil, 1993, p. 121).

83 Conforme Ferrara (1978, p. 143 e seguintes) lecionou sobre a importância do processo de compreensão do processo histórico para inteligência de determinada norma: "uma norma de direito não brota dum jacto, como Minerva armada da cabeça de Júpiter legislador. Mesmo quando versa sobre relações novas, a regulamentação inspira-se frequentemente na imitação de outras relações que já têm disciplina no sistema. [...] Compreende-se que precioso auxílio para a plena inteligência dum texto resulta de se descobrir a sua origem histórica, e seguir o seu desenvolvimento e as suas transformações, até ao arranjo definitivo do assunto no presente. Fórmulas e princípios que considerados só pelo lado racional parecem verdadeiros enigmas, encontram a chave de solução numa razão histórica, no rememorar de condições e concepções dum tempo longínquo que lhes deram uma fisionomia especial".

representação proporcional na composição das comissões das “correntes de opinião” presentes no Parlamento. Posteriormente, as constituições de 1946 e seguintes definiram a composição proporcional dos órgãos fracionários como direito dos partidos políticos. Atualmente, tem-se o art. 58, § 1º, da Constituição Federal de 1988, que inovou ao prever a proporcionalidade de partidos ou blocos parlamentares.

Na primeira eleição para a Presidência da Câmara dos Deputados após a promulgação da Constituição Federal de 1988, em 1989, concorreram dois candidatos do PMDB, maior bancada à época – ou seja, não houve candidatura avulsa de outro partido. Na eleição seguinte, em 1991, também não houve candidatura desse tipo, tendo a Presidência sido disputada por candidato único, também do PMDB.

Apenas em 1993 ocorreu o primeiro caso em que se aceitou candidatura avulsa de bloco partidário que não teria direito ao cargo pelo critério puramente matemático da proporcionalidade partidária. Naquele ano, disputaram o cargo o deputado Inocêncio Oliveira (PFL), pelo bloco parlamentar formado por partidos como PFL, PTB e PRN, e o deputado Odacir Klein (PMDB), pelo Bloco Parlamentar Democrático, integrado por partidos como PMDB, PT e PSDB. Embora o cargo, pela lógica proporcional, devesse ser ocupado pelo deputado Odacir Klein, do Bloco Parlamentar Democrático, aceitou-se a candidatura do deputado Inocêncio Oliveira, que por fim foi eleito presidente.

À época, o então presidente da Câmara, deputado Ibsen Pinheiro, justificou o aceite da candidatura avulsa com base na “soberania do Plenário”:

Como sabem os senhores deputados, o Regimento Interno da Casa, na observância do que dispõe o texto constitucional, determina para a primeira quinzena de fevereiro a eleição da nova Mesa Diretora.

[...]

Os dispositivos regimentais aplicáveis facultam aos partidos representados na Casa e aos blocos a formação de uma Mesa pluripartidária, que represente todos os partidos. Quando é esse o caso, há mecanismos regimentais que expressam a proporção de cada partido ou bloco para a composição da Mesa. Entendi que, se tivesse sido seguido esse caminho, se aplicaria o dispositivo regimental relativo à composição da chapa pluripartidária. Foi esse o critério que presidiu a escolha da Mesa cujo mandato está se encerrando nesta data.

Como é notório, estabeleceu-se uma disputa em torno da presidência da Câmara. **Entendi que o Regimento consagra – nem poderia ser de modo diverso – a soberania do Plenário.** Não se trata de uma formulação estéril à soberania do Plenário. Relativamente às Comissões, por

exemplo, a soberania do Plenário é limitada, podendo o presidente da Câmara declarar a vacância da Presidência de uma Comissão se ela não corresponder à proporção entre os partidos. Mas, **quanto à Mesa Diretora, não é esse o princípio que vigora. Vigora o princípio da soberania do Plenário, que deve, tanto quanto possível, observar a proporcionalidade. Porém, ele é soberano para deliberar do modo que entender conveniente.** (Brasil, 1993, p. 118, grifo nosso)

Ainda na mesma sessão, foi levantada questão de ordem pelo deputado Genebaldo Correia, sobre o mesmo assunto:

Senhor presidente, levanto esta questão de ordem para que fique registrada nos anais desta Casa. Já se disse aqui que o art. 8º do Regimento Interno estabelece que ‘a composição da Mesa será assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos Partidos ou Blocos Parlamentares que participem da Câmara, ...’ Chamo também a atenção de todos, senhor presidente, para o § 1º desse mesmo artigo, que diz o seguinte:

‘§ 1º Salvo composição diversa resultante de acordo entre as bancadas, a distribuição dos cargos da Mesa far-se-á por escolha das lideranças, da maior para a de menor representação, conforme o número de cargos que lhe corresponda.’

Senhor presidente, de acordo com o Regimento da Casa, o Bloco Democrático é o bloco majoritário e, de acordo com o que estabelecem o art. 8º, *caput*, e o § 1º, a esse bloco caberia, segundo a tradição desta Casa, indicar o candidato à Presidência da Casa.

Entendeu Vossa Excelência de modo diverso, **deixando a decisão a critério do Plenário.** Respeitamos a resolução de Vossa Excelência, mas queremos deixar registrado nesta Casa que foi o bloco ao qual pertence a candidatura do deputado Inocêncio Oliveira que quebrou a tradição da Casa, **atropelou o Regimento e estabeleceu uma nova forma de escolha do presidente.** (Brasil, 1993, p. 120, grifo nosso)

Assim, o deputado Genebaldo Correia registrou nos anais da Casa o surgimento da nova norma aplicável à eleição de presidente da Câmara dos Deputados.

Na sequência dos debates, o então presidente Ibsen Pinheiro foi ainda mais explícito:

A Presidência reitera que a conduta adotada decorre da **interpretação do texto regimental de que o Plenário é soberano, inclusive para violar a proporcionalidade.** Houvesse o Plenário optado por uma Mesa pluripartidária, aí se cogitaria da proporção. Havendo a disputa, o Plenário é que pode decidir soberanamente a questão (Palmas). (Brasil, 1993, p. 121, grifo nosso)

Interessante notar a razão que levou o então presidente a adotar tal posição, potencialmente violadora da Constituição: não havia, à época, norma positivada que determinasse o momento em que se deveria auferir a maior bancada para fins de distribuição das vagas na Mesa. Isso levou a um impasse político e a solução adotada foi a já mencionada: deixar que o Plenário decidisse. Nas palavras do então candidato, deputado Odacir Klein:

Senhor presidente, inicio cumprimentando-o pela interpretação de que o Plenário é soberano para decidir. **Imagine Vossa Excelência se ficássemos aqui discutindo a data para estabelecermos qual bloco é majoritário**, se ficássemos aqui dependentes de uma decisão cartorial. Entendemos – e o nobre líder Genebaldo Correia já se manifestou sobre isso com muita convicção – que o nosso é majoritário. Entendem os integrantes do outro bloco que o deles é majoritário, **em função de data, ou de início ou final de sessão legislativa**. Seria desastroso para a imagem da Instituição a disputa em torno desse tema. Vamos presenciar aqui a decisão mais legítima: o Plenário, por meio dos 503 representantes do povo brasileiro, escolherá o presidente da Câmara dos Deputados (Palmas). (Brasil, 1993, p. 121, grifo nosso)

Em 2005 foi aprovada pela Câmara dos Deputados resolução que alterou o RICD de modo a suprir a lacuna normativa acerca do momento de se auferir o que se chamou neste trabalho de “retrato” da composição das bancadas de blocos e partidos para fins de distribuição de cargos (Brasil, 2024a)⁸⁴. Não obstante, a prática inaugurada em 1993 (de forma casuística, a fim de resolver um impasse político específico) consolidou-se como costume com força de norma na Casa. Apesar disso, a constitucionalidade dessa prática é, em tese, discutível, uma vez que implica flexibilização do princípio da proporcionalidade estabelecido pela Constituição. Essa decisão evidencia as dinâmicas de negociação e poder no Parlamento, mas também levanta questionamentos sobre sua possível incompatibilidade com os parâmetros constitucionais.

4.1 Objeções no âmbito da Câmara dos Deputados

Em diversas vezes a Câmara dos Deputados, por meio de sua Presidência, ratificou a legitimidade da admissibilidade de candidaturas avulsas como as

84 Art. 12. As representações de dois ou mais partidos, por deliberação das respectivas bancadas, poderão constituir bloco parlamentar, sob liderança comum. [...] § 10. Para efeito do que dispõem o § 4º do art. 8º e o art. 26 deste Regimento, **a formação do bloco parlamentar deverá ser comunicada à Mesa até o dia 1º de fevereiro do primeiro ano da legislatura, com relação às Comissões e ao primeiro biênio de mandato da Mesa, e até o dia 1º de fevereiro do terceiro ano da legislatura**, com relação ao segundo biênio de mandato da Mesa. **(Parágrafo acrescido pela Resolução n. 34/2005, em vigor a partir de 1º/2/2007).** (Brasil, 2024a, grifo nosso)

discutidas no presente trabalho em sede de decisões de questão de ordem⁸⁵. Cita-se, a seguir, caso que se considera significativo pela forma como o tema foi expressamente questionado e respondido.

Trata-se da Questão de Ordem n. 10494/2000 (Brasil, 2000). O autor, deputado Aloizio Mercadante, levantou questionamentos sobre a interpretação regimental referente à proporcionalidade partidária na composição da Mesa da Câmara dos Deputados. Destacou que, enquanto o RICD assegura a representação proporcional dos partidos “sempre que possível”, a prática de candidaturas avulsas para a Presidência da Mesa teria recentemente gerado conflitos com esse princípio.

Mercadante lembrou as disputas entre Odacir Klein e Inocêncio Oliveira e entre Luís Eduardo Magalhães e José Genoíno, para ilustrar a variação das interpretações adotadas sobre o impacto das candidaturas avulsas na proporcionalidade da Mesa. Conforme o autor, no primeiro caso respeitou-se a proporcionalidade e no segundo não⁸⁶, e seu partido teria sido prejudicado por isso (Brasil, 1995).

O parlamentar argumentou que as candidaturas avulsas para a Presidência, embora permitidas, não poderiam interferir no direito inalienável das bancadas de serem representadas na Mesa Diretora em conformidade com sua proporcionalidade. Defendeu que a disputa pela Presidência não poderia prejudicar os partidos em sua prerrogativa de ocupar cargos proporcionais, sob pena de se comprometerem os princípios de representatividade, pluralismo e diversidade. Além disso, Mercadante solicitou esclarecimentos da Presidência da Casa sobre os critérios para determinar a maior bancada e a proporcionalidade e questionou se essas definições seriam fixadas no início da legislatura (1º de janeiro) ou no início das votações (1º de fevereiro).

85 Apesar do inegável viés político, decisões de questão de ordem também têm natureza de decisão jurídica no que se refere à preservação da autonomia do direito e à incompatibilidade com a discricionariedade, visto que estão juridicamente vinculadas às normas regimentais, legais e constitucionais (Sampaio, 2024). Nesse sentido, o presente trabalho se vale de decisões de questões de ordem para identificar a forma como a Câmara dos Deputados legitimamente interpreta os dispositivos regimentais e constitucionais acerca das candidaturas avulsas para presidente da Casa e a proporcionalidade na composição da Mesa.

86 No ano da referida disputa, o Partido dos Trabalhadores apresentou duas candidaturas para a Mesa: uma a que faria jus conforme a proporcionalidade partidária (3º secretário) e outra, avulsa, para o cargo de presidente. Como, segundo o critério matemático, o partido só tinha direito a uma vaga, indeferiu-se a candidatura ao cargo de secretário. Como o candidato avulso à presidência não conseguiu se eleger, o partido ficou sem representação na Mesa naquele biênio. A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de segurança, que não foi conhecido por se tratar de matéria *interna corporis* (Brasil, 1995).

Em sua argumentação, o autor manifestou-se expressamente sobre o tema que se aborda no presente trabalho:

[...] a única disputa possível é quando há mais de um candidato da mesma bancada; aí, sim, é uma disputa em que o Plenário pode opinar. Caso contrário, na nossa visão, a Mesa sequer pode acatar indicações de candidatos que venham a ferir a proporcionalidade estabelecida para todas as instâncias desta Instituição. (Brasil, 2000)

Na decisão da referida questão de ordem, o deputado Michel Temer, então presidente da Câmara dos Deputados, após discorrer sobre a necessidade da observância da proporcionalidade partidária na distribuição dos cargos da Mesa, reiterou a regra geral acerca de candidaturas avulsas, mas imediatamente confirmou a exceção dessa regra para o cargo de presidente:

[...] qualquer candidato poderá concorrer aos cargos da Mesa **que couberem à sua representação**, mediante comunicação por escrito ao presidente da Câmara, sendo-lhe assegurado o tratamento conferido aos demais candidatos.

[...]

Excepcionalmente, para o cargo de presidente, serão também acolhidas outras candidaturas avulsas oferecidas por **quaisquer outros deputados interessados**, fruto de sua iniciativa pessoal, ou seja, sem indicação de liderança de partido. (Brasil, 2000, grifo nosso)

O deputado João Herrmann apresentou recurso ao Plenário, ouvida a Comissão de Constituição e Justiça e Redação (CCJR), em face da referida decisão de questão de ordem, especificamente com relação à admissibilidade de candidaturas avulsas para o cargo de presidente da Casa, independentemente do partido do candidato (Brasil, 2001a, p. 639). O recurso recebeu parecer, na CCJR, que concluía pelo não provimento (Brasil, 2001b). Entretanto, tal parecer não chegou a ser deliberado pela comissão, e o recurso acabou sendo arquivado ao fim daquela legislatura, tendo-se mantido o entendimento espousado na decisão da questão de ordem.

No mesmo sentido também foi a decisão da Questão de Ordem n. 374/2009, em que se reafirmou que

[...] desde 1991, no caso específico da Presidência, têm-se admitido candidaturas avulsas de qualquer deputado a presidente. Portanto, a decisão da Mesa é não alterar, neste momento, isso que se transformou, pela prática, na regra [...] neste momento, frente à jurisprudência criada por sucessivas decisões, a minha decisão é esta. (Brasil, 2009)

4.2 Manifestações no âmbito do Supremo Tribunal Federal

O ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Gilmar Mendes, em seu voto na ADI 6524 (Brasil, 2020)⁸⁷, discorreu sobre a constitucionalidade da admissibilidade de candidaturas avulsas à Presidência das Casas Legislativas, ressaltando que tal prática se consolidou como elemento do direito parlamentar brasileiro.

Segundo sua argumentação, embora uma leitura literal do art. 58, § 1º, da Constituição Federal, assim como do art. 8º do RICD, enfatize a observância da proporcionalidade na composição da Mesa, a prática consuetudinária de candidaturas avulsas refletiria a soberania do Plenário e a necessidade de adaptação das normas às dinâmicas políticas concretas. Essa prática, segundo o ministro, incentiva a apresentação de candidatos que melhor representem o pensamento médio da Casa, evitando que acordos partidários resultem na imposição de nomes desconectados dos interesses parlamentares.

O ministro valeu-se do conceito de “derrotabilidade”, utilizado em seu voto como vetor para que se possa compreender o que considera a correta interpretação constitucional dos referidos dispositivos no âmbito parlamentar. Nos termos do voto, derrotabilidade refere-se à ideia de que normas jurídicas não são absolutas, mas *defaults* que regulam a maioria dos casos normais, sem necessariamente oferecer soluções definitivas para todas as situações excepcionais. Essa flexibilidade permite que o Parlamento se adapte a realidades políticas complexas sem necessidade de alterar formalmente suas normas, o que, no caso concreto das candidaturas avulsas, assegura a funcionalidade do processo legislativo e a autonomia institucional.

Para o ministro, exigir-se uma revisão formal de normas como resposta a cada disfuncionalidade concreta seria impraticável, dada a dificuldade de aprovação de emendas constitucionais e o risco de impasses político-institucionais.

Adicionalmente, o ministro invocou o princípio da conformidade funcional, que estabelece limites para a adaptação das normas e protege o equilíbrio entre os Poderes. Tal princípio impede que se conceda a qualquer partido político ou grupo vantagem que não poderia ser obtida pelo desenvolvimento normal do jogo político. No contexto das candidaturas avulsas, a conformidade funcional assegura que a interpretação constitucional não elimine *ex ante* o espaço de conformação institucional necessário para a deliberação

87 O tema discutido na ADI 6.524 era a possibilidade de reeleição dos presidentes das Casas Legislativas na mesma legislatura, não obstante o disposto no § 4º do art. 57 da Constituição. O ministro Gilmar Mendes, relator, valeu-se do caso das candidaturas avulsas como argumento para defender que a interpretação das normas constitucionais e regimentais não pode se dar de forma meramente literal, especialmente em se tratando de direito parlamentar (Brasil, 2020).

parlamentar, respeitando as dinâmicas políticas internas sem comprometer os princípios fundamentais do ordenamento jurídico.

Ao articular os conceitos de derrotabilidade e conformidade funcional, Gilmar Mendes argumentou que a prática consuetudinária de aceitar candidaturas avulsas não viola o princípio da proporcionalidade, mas fortalece a capacidade deliberativa do Parlamento. O ministro enfatizou que a regra geral positivada da proporcionalidade eleva os custos políticos das candidaturas avulsas, mas não inviabiliza sua admissibilidade, permitindo que o Parlamento equilibre os interesses políticos concretos e a estabilidade institucional. Assim, a prática consuetudinária, longe de ser afronta ao texto constitucional, é apresentada como solução funcional que harmoniza os princípios da autonomia legislativa e da proporcionalidade.

Em que pese na referida ADI o STF não tenha se manifestado diretamente acerca da constitucionalidade ou não dessa norma costumeira do direito parlamentar brasileiro, a argumentação apresentada pelo ministro relator, com a qual os autores do presente trabalho concordam, fundamenta a compatibilidade dessa prática com a Constituição Federal.

5. Conclusão

A análise desenvolvida neste artigo permitiu compreender-se a tensão existente entre a norma constitucional positivada que estabelece a proporcionalidade partidária na composição da Mesa da Câmara dos Deputados e a prática consuetudinária que admite candidaturas avulsas para o cargo de presidente da Casa, ainda que de partido ou bloco parlamentar distinto daquele ao qual caberia o cargo pela aplicação literal da proporcionalidade partidária. Por meio de uma abordagem metodológica baseada na análise documental e normativa que envolve dispositivos constitucionais, regimentais e jurisprudenciais, além de decisões parlamentares e debates históricos, foi possível identificarem-se a consolidação dessa prática e respectivas repercussões jurídicas.

A pesquisa evidenciou que o chamado “retrato” da composição partidária e dos blocos parlamentares desempenha papel fundamental na distribuição dos cargos da Mesa Diretora, sendo um critério estruturante do modelo representativo adotado pelo Parlamento brasileiro. Como se viu, a lacuna normativa referente ao momento em que se fixa tal “retrato” está na origem da norma consuetudinária referente à admissão de candidaturas avulsas para o cargo de presidente da Câmara dos Deputados.

Os autores do presente estudo consideram que a prática consolidada da admissão de candidaturas avulsas não representa, por si só, violação da Constituição

Federal ou do RICD. A interpretação que fundamenta sua admissibilidade, especialmente com base na soberania do Plenário e na maleabilidade do direito parlamentar, encontra respaldo na tradição legislativa e também em voto de ministro do Supremo Tribunal Federal – ainda que não haja, entretanto, jurisprudência específica sobre o tema.

Não obstante, entende-se que eventual positividade normativa, acompanhada de aprofundamento do debate jurídico e político sobre o tema, poderia contribuir para a consolidação de um modelo que equilibre, de forma mais transparente, a soberania do Plenário com a necessidade de se preservar a representatividade partidária prevista constitucionalmente. Dada a dinamicidade do cenário político, considera-se essencial que o Parlamento avalie periodicamente seus mecanismos internos para assegurar a legitimidade e a funcionalidade de suas decisões.

Referências

- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*. Brasília, 7 fev. 2001a. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD07FEV2001.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2025.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer ao Recurso n. 118/2001*. Brasília, 13 fev. 2001b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=422757&filename=Tramitacao-REC%20118/2001. Acesso em: 28 jan. 2025.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. Brasília: Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, [2024a]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%202011-2024.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2025.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Questão de Ordem 10494/2000*. Brasília, 28 nov. 2000. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/buscaQordem/>. Parâmetro de pesquisa: campo “número” = “10.494”. Acesso em: 28 jan. 2025.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Questão de Ordem 374/2009*. Brasília, 02 fev. 2009. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/buscaQordem/>. Parâmetros de pesquisa: campo “número” = “374”, campo “ano” = “2009”. Acesso em: 28 jan. 2025.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília, 3 fev. 1993. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03FEV1993.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2025.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Presidência da República, [2024b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 22183-6 DF*. Inteiro teor do acórdão. Relator ministro Maurício Corrêa. Brasília, 5 abr. 1995. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85696>. Acesso em: 28 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do relator na ADI 6524*. Relator ministro Gilmar Mendes. Brasília, 4 dez. 2020. Disponível em: <https://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=5153026>. Acesso em: 28 jan. 2025.

CARNEIRO, André Corrêa de Sá; SANTOS, Luiz Claudio Alves dos; NÓBREGA NETTO, Miguel Gerônimo da. *Curso de Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. 7. ed. Brasília: Edições Câmara, 2024. E-book. (Coleção Prática Legislativa, n. 3).

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1978.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Comentário ao § 1º do artigo 58 da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP).

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 39. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

NASCIMENTO, Roberta Simões. Eleições da Mesa das Casas Legislativas – parte 1: regras e costumes do processo na Câmara e no Senado. 2025. *Portal Jota*. Coluna Defensor Legis. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/eleicoes-da-mesa-das-casas-legislativas-parte-1>. Acesso em: 24 jan. 2025.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

PINTO, Júlio Roberto de Souza. *Poder Legislativo brasileiro: institutos e processos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SAMPAIO, Bruno Ávila da Mata. SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. Paradigma da decisão e discricionariedade na interpretação dos regimentos internos do Poder Legislativo: o interstício entre os turnos de deliberação de propostas de emenda à Constituição. *XII Fórum de Lisboa*. Lisboa, 2024. Resumo apresentado no evento. Anais ainda não publicados.

Consultoria jurídica e representação judicial do Poder Legislativo: a experiência da Advocacia da Câmara dos Deputados

Legal advisory and litigation for the Legislative Branch: the practice of the Office of Legal Counsel of the Brazilian Chamber of Deputies

Asesoría jurídica y defensa judicial del Poder Legislativo: la experiencia de la Abogacía de la Cámara de Diputados de Brasil

Jules Queiroz

Advogado da Câmara dos Deputados. Consultor legislativo da área de direito tributário e tributação. Doutor em direito econômico, financeiro e tributário pela Universidade de São Paulo. Professor do IDP e da ESA/DF.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Constituição de 1988 e a modificação da atuação jurídica do Poder Legislativo; 2.1 Ampliação do escopo e profundidade do controle de constitucionalidade; 2.2 “Judicialização” das relações políticas; 3. A experiência da Advocacia da Câmara dos Deputados; 3.1 Consultoria jurídica em matéria não-legislativa; 3.2 Representação judicial da Câmara dos Deputados e de seus órgãos; 4. Conclusões; Referências.

RESUMO: Este artigo examina a criação e a atuação da Advocacia da Câmara dos Deputados e aborda como esse órgão centralizado de consultoria jurídica e representação judicial foi instituído para fortalecer as prerrogativas do Poder Legislativo no contexto da ampliação do controle de constitucionalidade e da judicialização das relações políticas no Brasil, após a Constituição de 1988. O trabalho apresenta, primeiramente, as razões que justificaram a necessidade de um órgão específico e destaca a intensificação do controle judicial e os limites da atuação da Advocacia-Geral da União na defesa do Legislativo. Em seguida, descreve a experiência prática da Advocacia da Câmara e detalha a centralização das suas atividades de consultoria jurídica administrativa e sua atuação judicial em litígios estratégicos. Conclui-se que a criação desse órgão contribuiu para o equilíbrio institucional entre os Poderes, fortaleceu a legitimidade democrática das decisões legislativas e aprimorou a eficiência e a segurança jurídica na gestão da Câmara dos Deputados.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Legislativo; Advocacia da Câmara dos Deputados; judicialização; consultoria jurídica; representação judicial.

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction; 2. The 1988 Constitution and the transformation of the legal functions of the Legislative Branch; 2.1 Expansion of the scope and depth of constitutional review; 2.2 “Judicialization” of political relations; 3. The experience of the Office of Legal Counsel of the Chamber of Deputies; 3.1 Legal advisory services in non-legislative matters; 3.2 Judicial representation of the Chamber of Deputies and its entities; 4. Conclusions; References.

ABSTRACT: This article examines the establishment and functions of the Office of Legal Counsel of the Chamber of Deputies, analyzing how this centralized body for legal advisory and judicial representation was created to enhance the prerogatives of the Legislative Branch in the context of expanded constitutional review and the judicialization of political relations in Brazil following the 1988 Constitution. The paper first explores the reasons underlying the necessity for such an institution, emphasizing the intensification of judicial oversight and the limitations of the Attorney General’s Office in defending the Legislative Branch. It then describes the practical experience of the Office of Legal Counsel, highlighting its centralization of administrative legal advisory functions and its strategic litigation efforts. The article concludes that the creation of this office has contributed to institutional balance

among the branches of government, strengthening the democratic legitimacy of legislative decisions and improving efficiency and legal certainty in the management of the Chamber of Deputies.

KEYWORDS: Legislative Branch; Office of Legal Counsel of the Chamber of Deputies; judicialization; legal advisory services; judicial representation.

CONTENIDO: 1. Introdução; 2. La Constitución de 1988 y la transformación de las funciones jurídicas del Poder Legislativo; 2.1 Ampliación del alcance y profundidad del control de constitucionalidad; 2.2 “Judicialización” de las relaciones políticas; 3. La experiencia de la Abogacía de la Cámara de Diputados; 3.1 Asesoría jurídica en materia no legislativa; 3.2 Representación judicial de la Cámara de Diputados y de sus entidades; 4.,Conclusiones; Referencias.

RESUMEN: Este artículo analiza la creación y el funcionamiento de la Abogacía de la Cámara de Diputados, destacando cómo este órgano centralizado de asesoría jurídica y representación judicial fue instituido para fortalecer las prerrogativas del Poder Legislativo en el contexto de la ampliación del control de constitucionalidad y la judicialización de las relaciones políticas en Brasil tras la Constitución de 1988. El texto explora, en primer lugar, las razones que justificaron la necesidad de una institución específica, subrayando la intensificación del control judicial y las limitaciones de la Procuraduría General de la Unión para defender al Legislativo. Posteriormente, describe la experiencia práctica de la Abogacía de la Cámara, destacando la centralización de las actividades de asesoría jurídica administrativa y su actuación en litigios estratégicos. Se concluye que la creación de este órgano contribuyó al equilibrio institucional entre los poderes del Estado, fortaleciendo la legitimidad democrática de las decisiones legislativas y mejorando la eficiencia y la seguridad jurídica en la gestión de la Cámara de Diputados.

PALABRAS CLAVE: Poder Legislativo; Abogacía de la Cámara de Diputados; judicialización; asesoría jurídica; representación judicial.

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo descrever a experiência institucional da criação e da operação da Advocacia da Câmara dos Deputados.

Ao contrário de suas contrapartes estaduais e do próprio Senado Federal, até 2021 a Câmara dos Deputados não dispunha de um órgão centralizado de representação judicial e consultoria jurídica em matéria não legislativa. O Senado Federal instituiu sua Advocacia em 1994 e criou uma carreira específica de advogados, selecionados por concurso público. Assembleias Legislativas de 24 estados da federação seguiram o modelo e criaram Procuradorias-Gerais em

suas estruturas (Moça, 2022). Também o fizeram algumas Câmaras Municipais, como a do município de São Paulo.

Até 2021, a representação judicial da Câmara dos Deputados era realizada de forma difusa, pela Secretaria-Geral da Mesa e pela Diretoria-Geral, a depender do caráter legislativo ou administrativo da matéria. Em casos esparsos, advogados designados pela Presidência da Casa realizavam atos processuais, como sustentações orais. Em alguns casos, a representação de órgãos e de autoridades da Câmara era realizada pela própria Advocacia-Geral da União, mesmo por procuradores especialmente designados *ad hoc*. As informações no contencioso de controle abstrato de constitucionalidade e em mandados de segurança perante o Supremo Tribunal Federal eram em geral firmadas pelo próprio presidente da Casa.

A consultoria jurídica também era realizada de maneira esparsa. A Casa desde muito contava com órgãos de assessoramento em matéria legislativa, como a Consultoria Legislativa e a Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira, além da Secretaria-Geral da Mesa e das assessorias das comissões permanentes e das lideranças partidárias. Um ponto relevante que merece atenção é que o assessoramento em matéria legislativa não é apenas jurídico. Em que pese a necessidade de exame jurídico formal e material no curso do processo legislativo, órgãos como as consultorias prestam assessoramento em diversas áreas não jurídicas, como política, economia, tecnologia, etc. Já o assessoramento jurídico em matéria administrativa era realizado por órgãos como a Assessoria Técnica da Diretoria-Geral e as Assessorias Jurídicas da Diretoria Administrativa e do Departamento de Pessoal.

Essa estrutura foi profundamente alterada com a promulgação da resolução n. 23/2021. Com a aludida resolução, criou-se um órgão que centralizou a consultoria jurídica em matéria administrativa, bem como a representação judicial da Câmara dos Deputados e seus órgãos. A Resolução n. 23/2021, ato normativo primário, nos termos do art. 59, inciso VII, da Constituição de 1988, foi regulamentada pelo Ato da Mesa n. 231/2022. O assessoramento legislativo permaneceu com os órgãos técnicos já instituídos, em repartição semelhante à adotada pelo Senado Federal.

A constitucionalidade da criação de órgãos de assessoria jurídica e representação judicial dos órgãos autônomos é remansosa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁸⁸. Também a doutrina clássica de Victor Nunes

⁸⁸ Ver, nesse sentido: ADI 1.557 MC, relator ministro Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, julgado em 20/3/1997. Ver também: ADI 175, RTJ 154/14, Pet. 409-AgRg, RTJ 132/645 e ADI 825, DJ de 2/4/1993. Mais recentemente: ADI 6.433, relator ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 3/4/2023.

Leal, no caso das Câmaras Municipais, reconhece a capacidade postulatória das Casas Legislativas para defender em juízo suas prerrogativas institucionais (Leal, 1949). A capacidade postulatória demanda a existência de representantes jurídicos processuais, e os órgãos de advocacia do Legislativo são de suma relevância no desenvolvimento dessa espécie de competência.

Na Câmara dos Deputados, a Resolução n. 23/2021 adotou um modelo de representação por servidores efetivos, inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, ocupantes de funções de confiança em uma estrutura legalmente designada especificamente para essa atividade. Não há, até o momento, carreira específica, ao contrário do que ocorre no Senado Federal e na maioria das Assembleias Legislativas. Contudo, o modelo de servidores efetivos ocupantes de funções de confiança é repetido por Assembleias como a do Ceará e a do Mato Grosso do Sul.

O modelo adotado pela Advocacia da Câmara dos Deputados está de acordo com a jurisprudência superveniente do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual é incompatível com a Constituição a atuação de servidores meramente designados para representação judicial não atribuída por lei ao respectivo cargo (ADI 7177, 2024). O caso julgado pelo STF dizia respeito à representação judicial do Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE/PR). Naquele estado, a Presidência do TCE podia designar servidores efetivos para exercer consultoria jurídica e representação judicial do órgão. Esse modelo não se confunde com o da Advocacia da Câmara, no qual os servidores são formalmente designados para funções criadas por lei, com competência específica para atividades de consultoria e representação judicial. Isto é, na Câmara dos Deputados, existem funções de confiança específicas, com atribuições fixadas por lei em sentido formal, para exercer consultoria jurídica e representação judicial. Não há designação individual e precária de servidores pelos gestores do Legislativo. Na verdade, o modelo do TCE/PR é mais semelhante ao modelo adotado pela Câmara dos Deputados antes da Resolução n. 23/2021 do que àquele dela decorrente.

Para descrever a experiência institucional da criação e da operação da Advocacia da Câmara dos Deputados, o presente artigo será dividido em duas partes.

Na primeira, serão expostas as questões teóricas e práticas que ensejaram a criação da Advocacia da Câmara dos Deputados. Percebe-se que os problemas circundam de maneira fundamental a representação judicial da Casa, sobretudo, em face do aumento da abrangência subjetiva e do escopo objetivo das ações de controle concentrado de constitucionalidade. Não bastasse essa

situação, observa-se uma paulatina redução do papel do advogado-geral da União como curador do princípio da presunção de constitucionalidade das leis. Com a admissão de que o AGU não defenda leis impugnadas que vão de encontro ao entendimento do STF ou que conflitem com o interesse da União, fica a decisão política do Legislativo vulnerável à apreciação judicial sem contraditório adequado.

Particularmente, a ampliação do controle abstrato conduziu a uma ampliação do controle judicial de questões que, no ordenamento anterior, eram essencialmente políticas. Os conflitos políticos externos e internos do Parlamento, quando apreciados pelo Judiciário, demandam adequada representação jurídica das Casas, sob pena de se reduzir a qualidade do debate das matérias.

A segunda parte do trabalho buscará demonstrar como a institucionalização da Advocacia da Câmara dos Deputados enfrentou as questões que ensejaram sua criação. Nesse sentido, serão discutidas a centralização da atividade jurídica consultiva em matéria não legislativa (atividade-meio), bem como a atuação judicial da Advocacia da Câmara dos Deputados.

2. A Constituição de 1988 e a modificação da atuação jurídica do Poder Legislativo

2.1 Ampliação do escopo e profundidade do controle de constitucionalidade

Um primeiro elemento para se compreender a atuação judicial do Poder Legislativo é a sensível ampliação do controle de constitucionalidade, em especial abstrato, pela Constituição de 1988.

No ensaio *Quem deve ser o guardião da Constituição?*, Kelsen propõe que o Tribunal Constitucional atue como um terceiro mediador nas disputas entre o governo e o Parlamento. Kelsen sustenta que essa corte, imparcial e tecnicamente qualificada, possui legitimidade para interpretar a Constituição sem influência política e assegurar a aplicação correta das normas constitucionais. Defende ainda que a separação de Poderes é fundamental para se evitarem abusos e se proteger a Constituição de interesses momentâneos das majorias políticas. Conclui que o Tribunal Constitucional é o órgão mais adequado para garantir a supremacia e a estabilidade da Constituição, ao agir como mediador entre o direito e a política (Kelsen, 1931).

Conforme destaca Lynch (2012), o controle de constitucionalidade desempenhou papel importante na resolução de crises e impasses políticos no Brasil.

Ao longo da história, foi um dos mecanismos que concorreram com o Estado de Exceção e outros instrumentos, como o Poder Moderador e o Estado de Sítio, para estabilizar o regime político em momentos críticos. Esse papel ressalta a importância do controle de constitucionalidade não apenas como instrumento jurídico, mas também como meio de se assegurarem a legitimidade e a continuidade da ordem política e institucional.

A Constituição de 1891, marco inaugural da República, introduziu o controle de constitucionalidade concreto, inspirado no modelo norte-americano. Nesse sistema, qualquer juiz ou tribunal poderia declarar a inconstitucionalidade de uma norma no curso de um processo judicial, desde que fosse arguida por uma das partes e relacionada ao caso concreto em julgamento. Esse modelo conferia aos tribunais um papel de defesa da Constituição, mas dentro de um enfoque descentralizado. O modelo inicial tinha pouca participação do Poder Legislativo, visto que as controvérsias se desenvolviam através de casos específicos, sem participação processual do Parlamento.

Já a Constituição de 1934 inovou ao instituir a representação interventiva, um mecanismo de controle abstrato destinado a assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis, como os direitos fundamentais e a ordem federativa. Nesse contexto, o procurador-geral da República era responsável por propor intervenção federal e cabia ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre a constitucionalidade das situações apontadas. Em que pese ter sido concebida como mecanismo de resolução de conflitos federativos, a representação interventiva foi encarada por grande parte da doutrina como mecanismo inaugural de controle concentrado de constitucionalidade (Mendes, 2009, p. 65).

Com a Emenda Constitucional n. 16/1965 à Constituição de 1946, o sistema de controle de constitucionalidade passou por uma importante transformação. Foi criada a representação de inconstitucionalidade, instrumento de controle concentrado que permitia ao procurador-geral da República questionar, diretamente no Supremo Tribunal Federal, a compatibilidade de normas infraconstitucionais com a Constituição. Esse modelo centralizou a decisão sobre a validade das leis e conferiu maior protagonismo ao STF e ao Ministério Público Federal, particularmente à Procuradoria-Geral da República (PGR), no controle da constitucionalidade.

Cabe trazer à baila interessante caso julgado pelo Supremo em 1971 (Rcl 849 primeira). O partido Movimento Democrático Brasileiro (MDB), então de oposição ao Regime Militar, representou ao procurador-geral da República a

apresentação de representação de inconstitucionalidade em face do Decreto-Lei n. 1.077/1970. Tal norma tinha sido editada pelo presidente Emílio Médici, que criou o regime de censura prévia a livros e meios de comunicação, sob o argumento de preservar a segurança nacional. O então procurador-geral da República, Xavier de Albuquerque, que mais tarde viria a ser ministro do STF, arquivou a representação. Em entrevista ao jornalista Felipe Recondo (2021), quarenta anos depois, o ministro Xavier de Albuquerque disse que embora a matéria fosse expressa na Constituição, entendia que cabia ao MDB “fazer política com o fato”. Ao afirmar isso, o ministro refletia uma concepção da época, de que problemas políticos deveriam ser resolvidos pela Política, não pela Justiça.

O MDB, então, ajuizou reclamação perante o STF, por entender que o PGR estava vinculado a propor a representação de inconstitucionalidade. O Plenário do Supremo rejeitou a reclamação, conforme voto do ministro Adalício Nogueira, vencido o ministro Aducto Lúcio Cardoso. Disse a imprensa que o ministro vencido colocou a toga sobre o espaldar da cadeira e informou que pediria aposentadoria (Recondo, 2018, p. 225).

A Constituição de 1988 trouxe mudanças significativas em relação ao regime anterior e ampliou tanto o rol de ações de controle abstrato quanto o dos legitimados a propô-las. Além da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), foram introduzidas novas ações, como a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). No tocante à legitimidade ativa, a nova Constituição expandiu o elenco de atores aptos a ajuizar ações de controle abstrato, incluídos governadores, partidos políticos com representação no Congresso Nacional, confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, entre outros. Essa ampliação democratizou o acesso ao STF e reforçou o controle do Estado e da sociedade sobre a constitucionalidade das normas, o que garantiu maior efetividade ao sistema.

Outrora *gatekeeper* do STF, o PGR não tinha mais o poder revelado de barrar o acesso ao Tribunal. Agora, diversos setores da sociedade poderiam diretamente provocar o Supremo e arguir violações do Estado – em especial, do Legislativo – à normatividade constitucional.

Essa ampliação de legitimidade não passa ao largo de críticas. Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvindo, por exemplo, criticam a proeminência dos interesses dos estados e das corporações no controle concentrado de constitucionalidade, em detrimento de pautas de caráter coletivo (2014).

A ampliação da legitimidade ativa, com efeito, beneficiou desproporcionalmente os interesses de corporações em detrimento de interesses difusos ou titularizados por grupos com menor poder de mobilização política e jurídica.

Se houve ampliação nos sujeitos do controle abstrato, houve também ampliação no seu objeto. Com a Constituição de 1988, não apenas as ações do Poder Legislativo, mas também suas omissões, passaram a ser controladas por veículos como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção. Caso célebre que ilustra essa diferença é o direito de greve dos servidores públicos. De início, o Supremo apreciava mandados de injunção que arguíam a ausência de regulamentação de tal direito, mas se limitava a declarar a mora do Congresso Nacional em editar lei sobre o tema (MI 20, 1994). Entretanto, em 2007, ante a mora reiterada do Parlamento, decidiu o próprio STF colmatar a lacuna, aplicando a lei de greve dos trabalhadores da iniciativa privada (MI 712, 2007).

Ante essa ampliação do escopo do controle judicial sobre atos e omissões congressuais, a quem cabe a defesa das prerrogativas do Parlamento? A princípio, a teor do art. 103, § 3º, da Constituição de 1988, caberia ao advogado-geral da União (AGU) atuar em defesa dos atos normativos impugnados. Daí se considerar que o AGU seria o curador do princípio da presunção da constitucionalidade das leis (Moraes, 2012, p. 780). Não competiria ao AGU, assim, atuar como parecerista ou fiscal da constitucionalidade, papel já atribuído ao procurador-geral da República. Precedentes mais antigos do STF são no sentido de que é vedado ao AGU manifestar-se pela inconstitucionalidade de lei⁸⁹.

O nobre papel do AGU desenhado constitucionalmente reserva um primeiro problema. Esse órgão, embora represente judicialmente todos os Poderes, como regra, é vinculado ao Poder Executivo, portanto subordinado hierarquicamente ao presidente da República. Daí se perquirir se o AGU poderia desempenhar satisfatoriamente seu papel de curador em situações em que se discutem leis decorrentes de vetos do presidente da República que tenham sido rejeitados pelo Congresso Nacional. Ou, ainda, se o AGU atuaria em defesa de lei questionada pelo próprio presidente da República.

Com a evolução da jurisprudência, o Supremo passou a admitir em alguns casos que o AGU se manifestasse pela inconstitucionalidade do ato normativo impugnado. O primeiro dos casos ocorre quando a tese jurídica discutida já teve sua inconstitucionalidade reconhecida pelo STF (ADI 1616, 2001).

89 “A Constituição exige que o advogado-geral da União, ou quem desempenha tais funções, faça a defesa do ato impugnado em ação direta de inconstitucionalidade. Inadmissibilidade de ataque à norma por quem está no exercício das funções previstas no § 3º do art. 103” (ADI 242, 1994).

O segundo caso se dá quando há conflito entre o papel de curador da constitucionalidade das leis (art. 103, § 3º) e o de representante judicial da União (art. 131) (ADI 3.916, 2010). Nesses casos, a harmonização das duas normas conduz à conclusão de que poderia o AGU manifestar-se pela inconstitucionalidade da norma impugnada.

No precedente que ensejou o debate sobre esse último entendimento, tratava-se de impugnação do PGR em face de lei do Distrito Federal. Nesse caso, de fato, pode-se arguir um conflito entre o papel de curador com o papel de defensor de uma pessoa específica – a União. Uma lei editada por um ente federativo subnacional poderia – e no caso, o fazia – contrariar interesses jurídicos e políticos da União. Daí a perplexidade em obrigar o AGU a deixar de defender os interesses de seu “cliente” principal em favor de um interesse de terceiro. Mas a noção de “interesse da União” nem sempre é tão evidente em outros casos.

A respeito do “interesse da União”, pode-se falar pelo menos em três subdivisões (Silva, 2019, p. 190): (i) os interesses indivisíveis da União; (ii) os interesses divisíveis da União à luz do princípio da separação, em situação de consonância entre os Poderes; e (iii) os interesses divisíveis da União, quando se tratar de interesses específicos do Executivo. Questão relevante nas manifestações processuais da AGU é, então, saber-se qual desses interesses é perseguido.

Em casos de conflito entre o presidente da República e o Poder Legislativo (iii), tem-se observado tendência do AGU de se alinhar ao Poder Executivo, posicionando-se pela inconstitucionalidade de leis federais. Exemplos desse comportamento são: a ADI 7.582, na qual se questiona a Lei n. 14.701/2023, que trata do marco temporal para demarcação de terras indígenas; a ADI 7.633, na qual o presidente da República questiona a Lei n. 14.784/2023, que prorrogou a desoneração fiscal da folha de pagamentos; a ADI 6553, na qual se questiona a Lei n. 13.452/2017, que altera os limites do Parque Nacional do Jamaxim; a ADI 7.701, na qual se questiona a Lei n. 14.785/2023, que regula o controle de defensivos agrícolas. Nesses casos, o “interesse da União” acaba se confundindo com o “interesse do Poder Executivo”, o que também desborda da *ratio decidendi* que levou o STF a evoluir na leitura do papel clássico do AGU de curador do princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

Logo se percebe que o mandato previsto no art. 103, § 3º, da Constituição de 1988, tem sido paulatinamente esvaziado pela jurisprudência do Supremo e pela prática da AGU. Em um cenário de crescente escrutínio dos atos

legislativos, assim, o papel fundamental de defesa da constitucionalidade das leis pode ser prejudicado.

Como se verá adiante, a representação judicial do Poder Legislativo passou a preencher o vácuo decorrente dessa transformação.

2.2 “Judicialização” das relações políticas

Com a ampliação do escopo das ações de controle de constitucionalidade, bem como do próprio campo de proteção das normas constitucionais em 1988, cresceu a judicialização de relações que, no ordenamento jurídico anterior, eram essencialmente políticas, isto é, não apreciáveis pelo Poder Judiciário. Isso se aplica tanto a relações internas ao Poder Legislativo – entre maioria e minoria, parlamentares, comissões, bancadas – e externas – que em geral envolvem conflitos com outros Poderes.

O fato de partidos políticos de oposição recorrentemente acionarem o Supremo Tribunal Federal na busca por invalidar leis aprovadas pelo Congresso Nacional ou atos normativos editados pelo Poder Executivo é tema que não representa novidade. O fenômeno já foi apontado em trabalhos doutrinários (Zuccolotto, 2017) e jornalísticos (Guerra, 2021), e é crescente. Segundo relato do jornal *O Globo*, em 2021, terceiro ano do mandato do governo Bolsonaro, a quantidade de ações de controle abstrato propostas por partidos de oposição em face de atos normativos promulgados durante o governo Bolsonaro superou a soma de ações ajuizadas durante os governos Lula, Dilma e Temer: 185 ações contra 144, segundo dados de abril de 2021 (Guerra, 2021).

É inerente ao constitucionalismo liberal a noção de uma oposição parlamentar. Na lógica liberal, a disputa pelo poder político é institucionalizada por natureza. Isto é, os grupos que desafiam o governo e buscam tomar-lhe a condução do Estado pela via eleitoral são política e juridicamente reconhecidos como lícitos e recebem, justamente em virtude dessa legitimidade, direitos e prerrogativas (Ferreira Filho, 2012, p. 266). Esse reconhecimento ocorre também pela existência de cargos formais, como líder da Oposição, líder da Minoria ou mesmo *shadow minister* em parlamentos de inspiração britânica (*Westminster-style system*).

A institucionalização da oposição em corpos políticos organizados decorre da complexidade das atividades políticas desenvolvidas no Estado Constitucional, que demanda alto grau de coordenação. Essa coordenação somente é possível por intermédio de corpos estáveis e profissionais que organizam o fluxo de informações e o processo decisório: os partidos políticos (Silva, 2021, p. 394).

O direito de oposição, nessa abordagem, consiste em um requisito de legitimidade da deliberação parlamentar nas democracias modernas: somente se mostra legítima a lei aprovada por um corpo legislativo que garanta o respeito às opiniões minoritárias (Waldron, 2006, p. 25-27). Em contraponto, a própria oposição institucional assume o compromisso de atuar em prol do devido funcionamento da ordem constitucional (*principle of loyal opposition*).

O estatuto constitucional das minorias parlamentares no Brasil abrange diversas prerrogativas institucionais: (i) a abertura de investigação parlamentar (CF, art. 58, § 3º); (ii) a apresentação de pedidos de informações a autoridades do Poder Executivo (CF, art. 50, § 2º); e (iii) a deflagração do controle abstrato de constitucionalidade (CF, art. 103, VIII). Também pode ser considerada uma proteção da minoria parlamentar a observância dos requisitos formais do processo legislativo (Waldron, 2006, p. 28-29).

O manejo dessas prerrogativas demanda a observância de requisitos. A abertura de comissão parlamentar de inquérito demanda a existência de fato determinado a se investigar e a subscrição do respectivo requerimento por pelo menos um terço dos membros da Casa Legislativa. O pedido de informação previsto no art. 50 da Constituição é regulamentado pelos arts. 115 e 116 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD). Embora possa ser feito por qualquer parlamentar individualmente, submete-se à deliberação da Mesa, que analisa os critérios delimitados pelo art. 116 do Regimento.

Também os regimentos internos das Casas Legislativas consagram prerrogativas institucionais às minorias. Um dos pontos mais importantes é o funcionamento parlamentar, ou seja, a possibilidade de se constituir um órgão próprio na estrutura administrativa do Parlamento, em geral denominado “liderança”. Esse órgão dispõe de cargos públicos que atuam em prol do funcionamento parlamentar do partido político. Além disso, o líder do partido político dispõe de diversas prerrogativas previstas no RICD⁹⁰, como: (i) a participação no Colégio de Líderes; (ii) o uso da palavra a qualquer momento da sessão (art. 10, I); (iii) a indicação de parlamentares da bancada para compor as comissões permanentes e temporárias (art. 10, VI); (iv) a indicação de parlamentares para disputar eleições para cargos na Mesa (art. 10, IV), entre outras. O RICD também prevê expressamente a existência da Liderança da Minoria (arts. 11-A e 12).

Ocorre que o funcionamento parlamentar demanda certa quantidade mínima de parlamentares. Originalmente, o art. 13 da Lei dos Partidos Políticos

90 Para ilustrar essas prerrogativas, lançaremos mão do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD).

exigia que, para ter funcionamento parlamentar, uma grei precisaria ter o apoio de pelo menos 5% dos votos apurados em eleição geral, distribuídos em pelo menos um terço dos estados. Era a criação da chamada “cláusula de barreira”. Essa regra foi declarada inconstitucional pelo STF nas ADI 1.351-3 e 1.351-8. Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 97/2017 voltou a instituir a cláusula de barreira, desta feita em nível constitucional. O RICD, por sua vez, foi alterado, em seu art. 9º, pela Resolução n. 30/2018, a qual estabeleceu que somente teriam direito ao funcionamento parlamentar os partidos que alcançassem a cláusula de barreira.

As minorias parlamentares também têm a seu dispor no RICD expedientes de obstrução de pautas da Maioria, como: (i) retirada de proposição da ordem do dia (art. 117, VI); (ii) adiamento de discussão ou votação (art. 117, X); (iii) verificação de votação (art. 185, § 3º). A bancada pode, também, declarar-se em obstrução propriamente dita, hipótese na qual os parlamentares que a compõem não contribuem com presença ou votos para formação do quórum regimental ou constitucional de deliberação (art. 82, § 6º).

Embora os requerimentos de retirada de proposição da ordem do dia, de adiamento de discussão e votação possam ser utilizados por si mesmos como forma de resistência (o que se convencionou chamar de “*kit* obstrução”), dependem de deliberação do Plenário, ou seja, somente são aprovados por maioria da Casa. Já o pedido de verificação de votação demanda quórum de seis centésimos dos parlamentares (na Câmara dos Deputados, 31 parlamentares). A obstrução propriamente dita depende de deliberação da bancada e só tem efeito prático se o partido que a adota tiver quantidade suficiente de parlamentares para comprometer o quórum regimental de instalação ou de votação.

A deflagração do controle abstrato de constitucionalidade, por sua vez, demanda tão somente que o partido seja representado por um parlamentar em qualquer das Casas do Congresso Nacional. Para tutela das regras formais do processo legislativo, tanto pode ser utilizado o controle abstrato quanto o mandado de segurança de iniciativa parlamentar, movido diretamente no Supremo Tribunal Federal.

Dessa exposição, percebe-se que o manejo de prerrogativas da oposição parlamentar em geral exige certa quantidade de parlamentares. Isso não ocorre, contudo, na deflagração do controle abstrato de constitucionalidade. Nesse caso, basta um único parlamentar no Congresso Nacional para que o Supremo possa ser provocado a decidir. Paradoxalmente, partidos com menos de 31 parlamentares não podem sequer requerer verificação de votação no Plenário da Câmara dos Deputados, mas podem levar o Plenário do Supremo

Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade de lei. De uma perspectiva meramente aritmética, é lícito concluir-se que é mais fácil e eficaz exercer-se a oposição política pela via judicial do que pela via legislativa parlamentar.

Percebe-se, assim, que a estrutura constitucional de 1988 não apenas conduz, mas estimula uma intensa judicialização das relações políticas travadas no Parlamento. Questões que muitas vezes poderiam ser tidas como *interna corporis* passam a ser constitucionalizadas e levadas ao deslinde do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, por minorias bastante reduzidas, quando não por um único parlamentar insatisfeito.

Esse intenso exercício da oposição judicial também leva à necessidade de atuação da advocacia do Poder Legislativo. Em que pese muitas vezes a maioria parlamentar coincidir com a posição do Poder Executivo, isso não é uma regra necessária, eis que o RICD prevê lideranças tanto para o Governo e a Oposição quanto para a Maioria e a Minoria. Quando a Maioria parlamentar age de acordo com o Governo, faz algum sentido a defesa das posições majoritárias pela AGU, por se tratar ou de interesses indivisíveis da União ou, se divisíveis, sem situação de conflito de Poderes. Mas isso não é verdade quando ocorrem conflitos entre a Maioria parlamentar e a posição do Governo. No capítulo anterior, já se demonstrou a tendência de, nesses casos, a AGU se posicionar a favor do Poder Executivo e deixar em aberto a defesa das posições majoritárias das Casas Legislativas. Esse vácuo da defesa das posições majoritárias, somado ao estímulo à judicialização de questões políticas, revela um problema de desenho institucional do sistema de 1988, na medida em que agrava a crítica democrática ao controle de constitucionalidade.

Jeremy Waldron (2006, p. 1.353) resume em dois pontos fundamentais a crítica democrática ao controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a atuação das cortes não contribui para que a sociedade, de forma clara, enfrente os problemas decorrentes da discordância sobre o conteúdo de seus direitos constitucionais. Muito pelo contrário, para o autor, o controle judicial mascara a discordância sobre direitos abaixo de discussões sobre precedentes, partes, textos e interpretações. Em segundo lugar, Waldron indica que o controle judicial é em si ilegítimo politicamente, pois privilegia a votação entre uma pequena quantidade de agentes públicos não eleitos e afasta princípios básicos de representação política e de igualdade política na decisão de questões que envolvem direitos.

Crítica semelhante é descrita por Jürgen Habermas (2020, p. 316). O Judiciário, ao interferir em competências legislativas para as quais não possui

legitimidade democrática, ameaça o equilíbrio da estrutura normativa do Estado de Direito. Além disso, tal intervenção judicial, não raro fundada em princípios de elevada abstração e generalidade, reforça uma estrutura flexível do direito que privilegia a autonomia do aparato estatal em detrimento da autonomia dos cidadãos. Isso resulta em um enfraquecimento da legitimação democrática, já que decisões fundamentais para a sociedade são deslocadas de instituições representativas para uma esfera tecnocrática e não eleita, o que compromete a participação popular no processo decisório.

Essas críticas são agravadas pelo desenho institucional brasileiro na medida em que é enfraquecido o discurso defensivo das decisões tomadas pela soberania popular. É dizer: sem a defesa judicial adequada das decisões parlamentares majoritárias, sequer são devidamente expostas as discordâncias fundamentais da sociedade e, além disso, são ignorados os motivos políticos e jurídicos que conduziram à conclusão do Parlamento.

No entanto, o fenômeno da judicialização também ocorre nas relações políticas entre o Legislativo e o Executivo, os Poderes essencialmente políticos. A já citada ADI 7.633, na qual o presidente da República questiona a Lei n. 14.784/2023, que prorrogou a desoneração fiscal da folha de pagamentos, é um exemplo dessa situação. O Poder Executivo atuou no âmbito do Parlamento para vencer a disputa contra a prorrogação do benefício fiscal. Aprovada a lei pelo Congresso Nacional, foi vetada pelo presidente da República. O veto foi mais tarde rejeitado pelos parlamentares. Vencido na arena legislativa, o Poder Executivo recorreu ao STF com o argumento da inadequação orçamentária e financeira da nova legislação, que foi suspensa pelo Tribunal.

Perceba-se que o tema em debate na ADI 7.633 – adequação orçamentária e financeira de medidas legislativas – há até pouco tempo era assunto de discussão exclusivamente política, própria dos Poderes Executivo e Legislativo. Todavia, com a edição da Emenda Constitucional n. 95/2016, que estabeleceu o Novo Regime Fiscal, foi criada a regra do art. 113 do ADCT que instituiu na Constituição o controle jurisdicional de adequação orçamentária das proposições legislativas. Nesses termos, o próprio Congresso Nacional, atuando como constituinte reformador, transformou uma relação essencialmente política em uma questão jurídica, que se submete ao crivo do Supremo.

O caso da ADI 7.633 é um exemplo notável da ampliação do campo de controle judicial de questões políticas, ao recomendar uma reformulação do modelo comportamental do Parlamento ante esse tipo de questão. Essa reformulação é justamente a necessidade de criação de órgãos jurídicos de representação.

Também nesses casos, percebe-se uma tendência de prevalectimento jurídico dos argumentos do Poder Executivo em face do Poder Legislativo. Nesses casos, a AGU atua na tutela dos interesses do governo, e não há aptidão para que o Judiciário aprecie de maneira adequada as razões jurídicas e políticas das maiorias parlamentares contrárias ao governo. Há, aqui, um problema de sobreposição tecnocrática sobre a deliberação parlamentar democrática, o que reforça a crítica ao exercício inadequado do controle de constitucionalidade.

3. A experiência da Advocacia da Câmara dos Deputados

3.1 Consultoria jurídica em matéria não legislativa

O primeiro aspecto a se considerar é que a instituição da Advocacia da Câmara dos Deputados unificou e centralizou a atividade de consultoria jurídica em matéria não legislativa na Casa. Segundo Ato da Mesa n. 231/2022, a Advocacia tem unidades de consultoria especializadas em matéria de pessoal, licitações e contratos administrativos e técnico-financeira. A centralização e a especialização estão longe de representar movimentos de natureza meramente formal ou cosmética.

A teoria informacional de Keith Krehbiel (1992) sustenta que as instituições legislativas, especialmente comissões e comitês, são estruturadas para facilitar a coleta e a disseminação de informações especializadas, com vistas às tomadas de decisões políticas mais eficazes. Diferentemente da teoria distributiva, que foca na maximização de ganhos específicos para distritos ou grupos, a teoria informacional enfatiza que os legisladores delegam poder às comissões para reduzir assimetrias informacionais, melhorar a qualidade das decisões e, assim, promover políticas benéficas para o público geral. Essa abordagem destaca a neutralidade e a busca por resultados eficientes, com o pleno legislativo mantendo autoridade final para assegurar a confiabilidade das informações fornecidas.

Essa compreensão, aplicável aos colegiados técnicos do Legislativo, tem sido transportada para a institucionalização de suas advocacias e procuradorias (Silva, 2019, p. 195). Isto é, a criação de órgãos jurídicos centralizados tem o papel de aprimorar a tomada de decisões administrativas, evitando perdas de eficiência e eficácia em virtude da dispersão de informações jurídicas.

A centralização jurídica na Câmara dos Deputados pode ser vista como estratégia institucional para reduzir assimetrias informacionais dentro da estrutura administrativa. Ao consolidar e especializar o tratamento jurídico em

um único órgão, as informações técnicas e normativas tornam-se mais acessíveis, precisas e confiáveis para os tomadores de decisão. Isso não apenas aumenta a qualidade e a eficiência das decisões administrativas, mas também reforça a função da Advocacia como mecanismo essencial de coleta e disseminação de informações especializadas, o que se alinha à lógica de neutralidade e à busca por resultados eficientes proposta pela teoria informacional. Dessa forma, a centralização jurídica contribui para que a Administração seja mais coordenada e informada, e reflete os princípios defendidos pela teoria informacional no contexto legislativo.

De fato, na experiência prática da Câmara dos Deputados prévia à instituição da Advocacia centralizada, era comum a dispersão de informações entre as diversas assessorias jurídicas administrativas, o que gerava situações ora de redundância, ora de contradição na atividade consultiva. Um órgão jurídico centralizado contribui para a uniformidade da interpretação do direito no âmbito administrativo e aumenta a eficiência dos processos de decisão coordenados na Casa Legislativa.

Essa uniformidade de interpretação jurídica alcançada pela centralização não apenas promove eficiência interna, mas também fortalece a segurança jurídica nas decisões administrativas da Câmara dos Deputados. Ao se consolidar uma única linha interpretativa, elimina-se a insegurança causada por pareceres conflitantes, o que, por sua vez, reduz o risco de litígios e aumenta a previsibilidade das ações institucionais. Esse efeito é particularmente relevante em um cenário de crescente judicialização da administração pública, em que decisões bem fundamentadas e alinhadas às normas legais podem evitar questionamentos judiciais, preservar recursos e reforçar a credibilidade institucional da Casa Legislativa.

Particularmente no âmbito das contratações, a nova Lei de Licitações e Contratos veiculou uma peculiar regra a respeito das chamadas “linhas de defesa” das contratações públicas, cuja relevância recomenda sua reprodução integral:

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

I – primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

II – segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;

III – terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas. (Brasil, 2021)

A lei adotou uma estrutura ordinal de órgãos responsáveis pela “defesa” da contratação. O modelo veiculado pela lei, além disso, já é amplamente adotado na literatura a respeito de controle e auditoria.

O chamado Modelo das Três Linhas é uma proposta organizacional que permite a coordenação dos diversos atores responsáveis pelo controle, de maneira a auxiliar no atingimento dos objetivos do ente, fortalecer a governança e aumentar o controle de riscos (Institute of Internal Auditors, 2020; Brasil, 2018). Na literatura geral, a primeira linha é composta pelo corpo administrativo da entidade, a segunda, pela gestão de risco e a terceira, pela auditoria interna. Com base no Modelo das Três Linhas, percebe-se que o controle faz parte do ciclo de gestão, de modo que a administração da entidade também é responsável por ele.

A estruturação de três linhas é fundamentada na coordenação das tarefas de cada uma, de modo a se evitem efeitos deletérios, como duplicação ou sobreposição de atribuições e existência de lacunas no controle durante o ciclo de gestão (Institute of Internal Auditors, 2020, p. 7). A ordenação sequencial das linhas de defesa e o enfoque no controle preventivo mediante adoção de práticas contínuas e permanentes de gestão de risco indicam que as linhas de defesa posteriores somente devem intervir sobre as demais em situações de falha ou de risco de falha das linhas anteriores. Isto é, a segunda e a terceira linhas de defesa devem observar, não se sobrepor às competências das linhas anteriores. É o já apontado dever de coordenação para se evitem duplicidade, sobreposição e falha.

A centralização da atividade jurídica, sob a ótica do Modelo das Três Linhas, também contribui para maior transparência e *accountability* nas decisões administrativas. A Advocacia da Câmara dos Deputados, ao atuar como núcleo especializado de consultoria jurídica, reforça a primeira e a segunda linhas de defesa e assegura que as interpretações e os pareceres emitidos sejam uniformes e fundamentados na legislação vigente. Isso não apenas reduz a ocorrência de erros ou decisões contraditórias, mas também consolida a confiança no processo decisório interno e demonstra compromisso com a boa governança e o controle preventivo.

Além disso, a integração das funções jurídicas com as diretrizes estabelecidas na nova Lei de Licitações e Contratos demonstra como a centralização

de competências pode ser instrumental para o cumprimento das normas legais. A Advocacia da Câmara dos Deputados desempenha papel estratégico ao fornecer orientações jurídicas que permitem a mitigação de riscos em cada etapa do processo de contratação. Assim, o órgão jurídico centralizado não apenas apoia as práticas de gestão de riscos previstas na lei, mas também atua como guardião da conformidade, previne erros e irregularidades e otimiza o uso dos recursos públicos.

Por fim, ao alinhar-se às melhores práticas de controle preventivo e de gestão de riscos, a Advocacia da Câmara dos Deputados reforça sua relevância institucional como elemento estruturante da governança pública. Essa abordagem não apenas contribui para o cumprimento de objetivos administrativos, mas também promove um ciclo de aprendizado organizacional. A experiência acumulada com a uniformização e a especialização jurídica pode servir como referência para outros órgãos legislativos e administrativos, o que aumenta os benefícios da centralização em âmbito mais amplo e colaborativo.

3.2 Representação judicial da Câmara dos Deputados e de seus órgãos

A exposição na primeira parte deste artigo demonstrou substancial transformação nas relações jurídicas entre os Poderes do Estado brasileiro, não apenas com a superveniência da Constituição de 1988, mas também com o desenvolvimento posterior da ordem constitucional. Percebeu-se, em especial, a ampliação do campo de atuação do controle de constitucionalidade, bem como o alargamento da legitimidade para se acionar o Supremo com o fim de se questionarem atos do Poder Legislativo.

Ante essa situação, houve crescente judicialização de questões que, no ordenamento anterior, eram essencialmente políticas, tanto internamente ao Parlamento como na relação deste com outros Poderes e órgãos. O exercício da oposição parlamentar passou a conviver com o manejo constante da oposição política pela via judicial.

O novo quadro constitucional gerou uma situação paradoxal nos litígios que envolvem o Poder Legislativo. A Advocacia-Geral da União, responsável tanto por atuar como curadora do princípio da presunção de constitucionalidade das leis como por representar judicialmente os interesses da União, viu-se em constante necessidade de tutelar interesses divisíveis da União, em sintonia com o Poder Executivo. O Poder Legislativo, assim, ficou acuado em face de uma intensificação no controle judicial de seus atos e, ao mesmo tempo, experimentou certo enfraquecimento de sua defesa perante o Poder Judiciário.

Diante dessas constatações, a criação de órgãos de representação judicial do Poder Legislativo é essencial para se fortalecer a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, na medida em que equilibra o papel das instituições representativas frente ao Judiciário. Em um sistema constitucional como o brasileiro, o Legislativo é frequentemente chamado a justificar suas decisões perante a Suprema Corte, seja em ações diretas de inconstitucionalidade, seja em outros mecanismos de controle judicial. No entanto, o Parlamento não possuía uma estrutura dedicada e técnica, como a Advocacia-Geral da União, no caso do Executivo, para apresentar de forma consistente e robusta os fundamentos políticos e jurídicos que sustentavam suas decisões. Isso gerava certa assimetria institucional que favorecia o Executivo e prejudicava a capacidade de defesa das escolhas majoritárias feitas pelos representantes eleitos, o que comprometia o ideal democrático de igualdade entre os Poderes.

Essa desigualdade é especialmente problemática, porque, sem representação judicial adequada, os argumentos que sustentam decisões legislativas podem ser apresentados de maneira incompleta ou insuficiente, o que dificulta o acesso pleno do Judiciário às razões políticas e jurídicas que fundamentaram determinada norma. Quando isso ocorre, o controle de constitucionalidade corre o risco de ser percebido como interferência antidemocrática do Judiciário, que invalida leis sem compreender ou considerar adequadamente o processo político que as originou. A criação de um órgão especializado de advocacia do Poder Legislativo permite a articulação e a defesa dessas razões com maior eficácia, o que reforça a ideia de que o controle de constitucionalidade deve ser um espaço de diálogo institucional, não um exercício de supremacia judicial.

Além disso, uma advocacia institucionalizada do Parlamento ajuda a mitigar as críticas democráticas ao controle judicial, ao promover maior transparência no processo de revisão constitucional. A defesa técnica e consistente das decisões parlamentares garantiria que os debates judiciais refletissem não apenas interpretações técnicas de normas constitucionais, mas também os interesses e os valores discutidos democraticamente no âmbito legislativo. Isso possibilitaria ao controle de constitucionalidade ser percebido como mecanismo de aprimoramento do processo democrático, não como substituição da vontade popular pelo arbítrio judicial. Assim, a institucionalização de uma advocacia do Poder Legislativo não apenas fortalece a legitimidade das decisões judiciais, mas também protege o papel do Parlamento como expressão mais direta da soberania popular.

Outro aspecto relevante a se considerar é que a criação de órgãos legislativos de representação judicial é a integração das atividades legislativa e jurisdicional do Estado. Autores como Julius Cohen destacam que um desafio da “legisprudência” é a necessidade de que os juízes busquem padrões e coerência na produção legislativa como forma de criar “precedentes” dentro do próprio ordenamento (Cohen, 1983, p. 1.177-1.178). Essa busca tem o objetivo de aumentar a previsibilidade e a coerência do direito e de reduzir conflitos entre normas e decisões judiciais. A atuação de procuradorias legislativas tem o potencial de levar ao Judiciário argumentos de ordem histórica e genética⁹¹, de maneira a se integrar o raciocínio do legislador e do julgador. Nesses casos, as procuradorias legislativas organizam o fluxo informacional entre Parlamento e Justiça e ampliam o potencial de coerência entre produção e aplicação do direito.

Com efeito, cabe concluir que a instituição de órgãos de representação judicial envolve melhorar a eficácia, a metodologia da atividade jurisdicional e a tutela das prerrogativas do Parlamento.

Após sua criação, a Advocacia da Câmara dos Deputados tem atuado na prestação de informações ao Supremo no caso de ações de controle abstrato e na representação da própria Câmara em audiências e julgamentos no Tribunal. Em diversos casos, tem atuado também na representação de parlamentares e de outros órgãos da Casa, em especial quando há conflito de entendimentos ou de interesses em face do Executivo. A Advocacia atuou como representante da Casa, por exemplo: (i) na comissão especial de conciliação a respeito das reduções de alíquotas máximas de ICMS pelas Leis Complementares n. 192/2022 e n. 194/2022 (ADI 7.191 e ADPF 984, de relatoria do ministro Gilmar Mendes); (ii) na defesa da posição do Parlamento na ADI 7.633, de relatoria do ministro Cristiano Zanin, em que o presidente da República questionava a constitucionalidade da prorrogação da desoneração fiscal da folha de pagamentos pela Lei n. 14.784/2023; (iii) na comissão especial de conciliação nas ADI 7.582, 7.583 e 7.586, ADC 87 e ADO 86, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, que debatem o marco temporal de demarcação de terras indígenas regulamentado pela Lei n. 14.701/2023; (iv) na defesa da posição do Parlamento sobre a privatização da Eletrobrás (ADI 7.385, de relatoria do ministro Nunes Marques, proposta pelo presidente da República).

91 Um argumento histórico é aquele que diz respeito à análise do problema que é objeto das normas vigentes, construindo o sentido destas a partir do sentido que tinham ao tempo de sua edição (Alexy, 1995, p. 87). Já um argumento genético é aquele que diz respeito a textos precedentes à norma vigente que permitem reconstruir o sentido deste (Müller, 1997, p. 245).

O próprio Supremo Tribunal tem reconhecido o papel das advocacias do Legislativo, na medida em que tem admitido, conforme os precedentes já citados, a criação de órgãos de representação judicial das Casas parlamentares. Mas a questão ainda tem outros avanços jurisprudenciais.

A participação dos órgãos legislativos no processo de controle de constitucionalidade, em grande medida, ficava resumida à prestação de informações, nos termos do art. 6º da Lei n. 9.868/1999. Todavia, experiências institucionais exitosas têm aprofundado essa participação. Na ADI 119 (2014), o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional o art. 88, § 2º, da Constituição Estadual de Rondônia, que atribui ao procurador-geral da Assembleia Legislativa a defesa de atos impugnados em controle de constitucionalidade perante o Tribunal de Justiça. No dizer da relatora, ministra Cármen Lúcia, trata-se de iniciativa salutar, em especial na defesa de leis de iniciativa parlamentar, porque viabiliza “a defesa da lei questionada por seus próprios autores”.

Proposições legislativas também têm alterado o quadro institucional em sentido semelhante. No Projeto de Lei n. 3.640/2023, originário de comissão de juristas formada no âmbito da Câmara dos Deputados e presidida pelo ministro Gilmar Mendes, do STF, passou-se a se prever expressamente que o AGU poderia se manifestar tanto a favor quanto contra a constitucionalidade da legislação impugnada (art. 20, parágrafo único). É daí que se conclui que o projeto de lei superou o papel do AGU como curador do princípio da presunção da constitucionalidade das leis. A nosso ver, segundo as premissas do referido projeto, a defesa caberá ao próprio órgão parlamentar em suas informações (art. 18).

A questão da defesa do ato impugnado tem gerado profícuo debate na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, da Câmara dos Deputados. O relator, deputado Alex Manente, apresentou parecer no qual suscita a inconstitucionalidade da referida modificação, visto que, segundo o texto da Constituição, o AGU somente poderia defender ato impugnado (Brasil, 2023). Já a deputada Laura Carneiro, mediante voto em separado (Brasil, 2024), salientou justamente a situação de conflito da atuação do AGU como representante da União e do presidente da República, sobretudo, se este é o proponente da ADI, e como defensor do ato impugnado. A deputada propôs aprofundar-se a participação do Poder Legislativo na defesa do ato impugnado e tornar obrigatória a manifestação jurídica das Casas Legislativas.

Também a Proposta de Emenda à Constituição n. 8/2021, já aprovada pelo Senado Federal, passou a prever, no § 3º-A do art. 102 da Constituição, que as

Casas Legislativas do Congresso Nacional, das quais emanou a norma legal ou o ato normativo, serão também citadas previamente para se manifestar acerca do ato ou do texto impugnado, por meio de seus órgãos próprios. Tais órgãos são, geralmente, as Advocacias da Câmara e do Senado, o que evidencia o aprofundamento do debate legislativo sobre a representação judicial do Parlamento.

4. Conclusões

O presente artigo enfrentou como problema central a ausência de um órgão de representação judicial e de consultoria jurídica centralizado na Câmara dos Deputados, condição que historicamente prejudicava a defesa das prerrogativas legislativas em um contexto de ampliação do controle de constitucionalidade e da judicialização das relações políticas. O objetivo principal foi descrever a experiência institucional que culminou na criação e na operação da Advocacia da Câmara dos Deputados e detalhar seus fundamentos e sua atuação.

Para se compreender a necessidade da criação de uma advocacia centralizada, algumas justificativas devem ser destacadas:

- (i) Com a Constituição de 1988, houve certa ampliação da intensidade objetiva e subjetiva do controle judicial das atividades do Poder Legislativo, em especial no controle de constitucionalidade. À medida que a Constituição passou a regular minuciosamente diversos aspectos da vida política e institucional do país, também ampliou a legitimidade para que os sujeitos levem essas questões ao Supremo Tribunal Federal.
- (ii) Essa ampliação do controle de constitucionalidade pela Constituição de 1988 resultou na crescente judicialização das relações políticas e transferiu ao Judiciário a resolução de disputas que anteriormente eram consideradas internas ao Parlamento ou de natureza essencialmente política, especialmente em conflitos entre maiorias e minorias parlamentares e entre o Legislativo e o Executivo.
- (iii) A Advocacia-Geral da União, competente para defender atos legislativos impugnados perante o STF, passou a se posicionar pela procedência de ADI, mesmo contra leis federais. Nesse sentido, percebeu-se que a AGU não defende apenas interesses indivisíveis ou homogêneos da União, mas muitas vezes defende interesses divisíveis, alinha-se ao Poder Executivo e deixa carentes de defesa os atos do Poder Legislativo.

No contexto identificado, nota-se que a ausência de representação jurídica institucionalizada do Parlamento agrava a assimetria institucional, favorece o Executivo e prejudica a defesa adequada das decisões legislativas, o que compromete a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade e destaca a necessidade de órgãos próprios de advocacia parlamentar.

Em seguida, a segunda parte do texto abordou a experiência específica da Advocacia da Câmara dos Deputados, centrando-se na atividade consultiva e contenciosa. Foram apontadas as seguintes questões:

- (i) A criação do novo órgão centralizou e unificou a consultoria jurídica administrativa, anteriormente fragmentada entre diferentes assessorias e órgãos. Essa centralização buscou reduzir redundâncias, evitar interpretações conflitantes e aumentar a eficiência e a segurança jurídica nas decisões administrativas da Casa. A criação da Advocacia da Câmara dos Deputados, da perspectiva da conformidade jurídica dos atos administrativos, reforçou a previsibilidade, mitigou litígios e contribuiu para a boa governança e a transparência, o que consolidou a relevância da Advocacia como elemento essencial na gestão eficiente e responsável dos recursos públicos.
- (ii) A Advocacia da Câmara passou a suprir o vácuo institucional da representação judicial do Poder Legislativo e a atuar em ações de controle abstrato e de litígios estratégicos, defendendo as posições da Casa em situações de conflito entre Poderes ou dentro do próprio Legislativo. A Advocacia foi criada como forma de se conferir equilíbrio às relações institucionais, o que permitiu às razões políticas e jurídicas do Parlamento serem adequadamente apresentadas nos debates judiciais, especialmente no Supremo Tribunal Federal. Além disso, a centralização da representação judicial promoveu maior articulação nas defesas apresentadas e contribuiu para o fortalecimento da legitimidade democrática e para a integração entre os papéis legislativo e jurisdicional do Estado. Essa mudança também buscou mitigar os problemas de legitimidade democrática ao criar condições para um controle de constitucionalidade mais transparente e dialógico, reforçando a autonomia e a capacidade do Legislativo de defender suas decisões.

Como conclusão decorrente, argumenta-se que a criação da Advocacia da Câmara dos Deputados representa um marco no fortalecimento das prerrogativas institucionais do Legislativo, pois equilibra as relações entre os Poderes em um cenário de crescente judicialização. A centralização da atividade

jurídica promoveu maior eficiência administrativa, segurança jurídica e capacidade de defesa das decisões parlamentares perante o Judiciário. Em um sistema constitucional que privilegia o controle de constitucionalidade, a Advocacia do Legislativo emerge como instrumento essencial para garantir a transparência e o diálogo interinstitucional e reforçar a legitimidade democrática das decisões legislativas.

Referências

ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1995.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer do relator, deputado Alex Manente, ao Projeto de Lei n. 3.640/2023, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania*. Brasília, 23 nov. 2023. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2363538&filename=PRL%201%20CCJC%20=%3E%20PL%203640/2023. Acesso em: 13 jan. 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Voto em separado da deputada Laura Carneiro ao Projeto de Lei n. 3.640/2023, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania*. Brasília, 25 abr. 2024. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2414064&filename=VTS%201%20CCJC%20=%3E%20PL%203640/2023. Acesso em: 13 jan. 2025.

BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, ano 159, n. 61-F, seção 1, p. 1-23, 1º abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 242*, Tribunal Pleno. Relator ministro Paulo Brossard, julgado em 20/10/1994. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266265>. Acesso em: 20 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1616*, Tribunal Pleno. Relator ministro Maurício Corrêa, julgado em 24/5/2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347165>. Acesso em: 20 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3916*, Tribunal Pleno. Relator ministro Eros Grau, julgado em 3/2/2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610999>. Acesso em: 20 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 119*, Tribunal Pleno. Relator ministro Dias Toffoli, julgado em 19/2/2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5530505#:~:text=ADI%20119%20%2F%20RO&text=%C3%89%20inconstitucional%20a%20garantia%20da,o%20encerramento%20da%20atividade%20parlamentar>. Acesso em: 20 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 7177*, Tribunal Pleno. Relator ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 7/8/2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6415600>. Acesso em: 20 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 20*, Tribunal Pleno. Relator ministro Celso de Mello, julgado em 19/5/1994. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>. Acesso em: 20 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 712*, Tribunal Pleno. Relator ministro Eros Grau, julgado em 25/10/2007. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/mi712.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 849 primeira*, Tribunal Pleno. Relator ministro Adalício Nogueira, julgado em 10/3/1971, DJ 13/12/1971. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RCL_849_DF_1278754440076.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMMD5JEAO675MCVA&Expires=1737409412&Signature=aB%2Fa4P0WnSsd8iPXbehf0wrLtQM%3D. Acesso em: 20 jan. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Referencial de combate à fraude e corrupção aplicável a órgãos e entidades da administração pública*. 2. ed., Brasília: 2018.

COHEN, Julius. Legisprudence: problems and agenda. *Hofstra Law Review*, v. 11, n. 4, p. 1163-1183, Hempstead: Hanoch Dagan & Mark P. Gergen, 1983.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais*. Pesquisa financiada pelo CNPq. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541. Acesso em: 11 nov. 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUERRA, Rayanderson. Ações de partidos contra Bolsonaro no STF superam soma de processos contra Lula, Dilma e Temer. *O Globo*, Rio de Janeiro, 20 abr. 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/acoes-de-partidos-contrabolsonaro-no-stf-superam-soma-de-processos-contralula-dilma-temer-1-24979375>. Acesso em: 15 dez. 2024.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Unesp, 2020.

INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS. *Modelo das Três Linhas do IIA 2020: uma atualização das Três Linhas de Defesa*. Lake Mary: IIA, 2020.

KELSEN, Hans. Wer soll Hüter der Verfassung sein? *Die Justiz*, v. 6, p. 576-593, 1931.

KREHBIEL, Keith. *Information and legislative organization*. Detroit: Michigan University Press, 1992.

LEAL, Victor Nunes. Personalidade judiciária das câmaras municipais. *Revista de Direito Administrativo*, v. 15, p. 46-64, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jan./mar. 1949.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O caminho para Washington passa por Buenos Aires: a recepção do conceito argentino do estado de sítio e seu papel na construção da República brasileira (1890-1898). *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 27, n. 78, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/jqwQpJNnTDpvMfFP9QBgMFr/abstract/?lang=pt>.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOÇA, Ricardo Benetti Fernandes. Mecanismos de aperfeiçoamento do controle preventivo de constitucionalidade exercido pelo Poder Legislativo. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 20, n. 76. jan./mar. 2022.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28. ed., São Paulo: Atlas, 2012.

MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. Berlin: Ducker und Humblot, 1997.

RECONDO, Felipe. *Tanques e togas: o STF e a ditadura militar*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RECONDO, Felipe. Excelso: os 50 anos de um dos episódios mais emblemáticos da história do STF. *JOTA*, [s.l.], 14 mar. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/excelso/excelso-os-50-anos-de-um-dos-episodios-mais-emblematicos-da-historia-do-stf-17042023>. Acesso em: 10 dez. 2024.

SILVA, Edvaldo Fernandes da. Representação judicial e Advocacia do Senado. In: PEREIRA, Gabrielle Tatith (org.). *Poder Legislativo: defesa institucional, representação judicial e assessoramento jurídico. 25 anos da Advocacia do Senado Federal*. Brasília: Senado Federal, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: USP, 2021.

WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. *Yale Law Journal* New Haven, abr. 2006, 115, 6, p. 1.346-1.406.

WALDRON. Principles of legislation. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. *The least examined branch: the role of legislatures in the Constitutional State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 15-32.

ZUCCOLOTTO, Vinicius Rodrigues. O Supremo Tribunal Federal como arena aberta aos partidos políticos brasileiros. *Congresso Latino-Americano de Ciência Política*, 9, 2017, Montevideú. [Trabalhos apresentados]. Montevideú: Alacip, 2017. p. 1-22.

Barreiras de gênero na Polícia Militar: entre o paternalismo, a eficiência e a inconstitucionalidade

Gender barriers in the Military Police: between paternalism, efficiency and unconstitutionality

Barreras de género en la Policía Militar: entre el paternalismo, la eficiencia y la inconstitucionalidad

Mariana B. Barreiras

Mestre em direito penal e criminologia pela Universidade de São Paulo.
Consultora Legislativa da Câmara dos Deputados. Auditora do Pleno do Superior Tribunal de Justiça Desportiva do Futebol.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O caso paradigmático: concurso para PMDF em 2023; 3. Manifestações das Casas Legislativas; 3.1 Senado Federal; 3.2 Câmara dos Deputados; 4. Conciliação; 5. Revogação da norma impugnada; 6. Aspectos criminológicos das mulheres nas polícias; 7. Mulheres no Curso de Formação de Praças da PMDF 2024; 8. Conclusão; Referências.

RESUMO: Cláusulas de barreira à entrada de mulheres limitavam a presença feminina nas polícias militares do Brasil, fixando os patamares em 10% ou 20% do efetivo total. Em 2023, durante concurso para a Polícia Militar do Distrito Federal, a norma foi questionada em ação direta de inconstitucionalidade. Empregando-se o método qualitativo e estudo de caso, conclui-se que as cláusulas de barreira eram discriminatórias e, portanto, inconstitucionais e que os mecanismos jurídicos e legislativos acionados mostraram-se efetivos para promover um ingresso histórico de 25% de mulheres entre os aprovados. As mulheres almejam integrar as forças policiais militares, a despeito dos discursos paternalistas de que as cláusulas de barreiras existiam para protegê-las. As polícias e a população brasileira podem se beneficiar da exclusão das cláusulas de barreira, uma vez que o policiamento realizado pelas mulheres é eficaz e, em geral, mais apegado ao cumprimento de regras se comparado com o masculino.

PALAVRAS-CHAVE: Polícia Militar; mulheres; gênero; cláusula de barreira; inconstitucionalidade.

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction; 2. The paradigmatic case: 2023 PMDF recruitment exam; 3. Statements from the Legislative Houses; 3.1 Federal Senate; 3.2 Chamber of Deputies; 4. Conciliation; 5. Revocation of the challenged rule; 6. Criminological aspects of women in police forces; 7. Women in the 2024 PMDF Training Course; 8. Conclusion; References.

ABSTRACT: Barrier clauses to the entry of women limited the presence of women in the Brazilian military police, setting the thresholds at 10% or 20% of the total force. In 2023, during a public examination for the Military Police of the Federal District, the rule was challenged in a direct action of unconstitutionality. Using the qualitative method and case study, it was concluded that the barrier clauses were discriminatory and, therefore, unconstitutional and that the legal and legislative mechanisms activated proved to be effective in promoting a historic entry of 25% of women among those approved. Women aspire to join the military police forces, despite the paternalistic discourses that the barrier clauses existed to protect them. The police and the Brazilian population can benefit from the elimination of barrier clauses, since policing carried out by women is effective and, in general, more attached to compliance with rules compared to male policing.

KEYWORDS: Military Police; women; gender; barrier clause; unconstitutionality.

CONTENIDO: 1. Introducción; 2. El caso paradigmático: oposiciones para la PMDF en 2023; 3. Manifestaciones de las Casas Legislativas; 3.1 Senado Federal; 3.2 Cámara de Diputados; 4. Conciliación; 5. Revocación de la norma impugnada; 6. Aspectos criminológicos de las mujeres en las policías; 7. Mujeres en el Curso de Formación de la PMDF 2024; 8. Conclusión; Referencias.

RESUMEN: Las cláusulas que impiden el ingreso de mujeres a la policía militar en Brasil limitaron el número de mujeres, fijando el umbral en el 10% o el 20% de la fuerza total. En 2023, durante oposiciones para la Policía Militar del Distrito Federal, la norma fue cuestionada en una acción directa de inconstitucionalidad. Utilizando el método cualitativo y el estudio de caso, se concluyó que las cláusulas de barrera eran discriminatorias y, por tanto, inconstitucionales y que los mecanismos legales y legislativos utilizados resultaron efectivos para promover un aumento histórico del 25% de mujeres entre las aprobadas. Las mujeres aspiran a unirse a las fuerzas de policía militar, a pesar de los discursos paternalistas que afirmaban que las cláusulas de barrera existían para protegerlas. La policía y la población brasileña pueden beneficiarse de la exclusión de las cláusulas de barrera, ya que la labor policial realizada por mujeres es eficaz y, en general, más comprometida con el cumplimiento de las normas en comparación con la labor policial masculina.

PALABRAS-CLAVE: Policía Militar; mujeres; género; cláusula de barrera; inconstitucionalidad.

1. Introdução

Em 2023, o Brasil passou por uma mudança histórica relativa à equidade de gênero. Trata-se da eliminação das cláusulas de barreira à participação feminina nas carreiras das polícias militares. A reserva de vagas para mulheres historicamente se deu na faixa de 10% a 20% do total de integrantes da corporação, a depender das leis locais sobre o tema. Tanto é assim que, em 2024, as mulheres eram 12,8% de todo o pessoal das polícias militares do Brasil, de acordo com dados do estudo *Raio-x das forças de segurança pública do Brasil* (Fórum, 2024b, p. 44).

A prática discriminatória – que não se baseava em justificativas objetivas e usava como argumento conceitos indeterminados como “natureza da atividade policial” ou “formação psicológica peculiar” das mulheres – decorria do caráter militarista das corporações de policiamento ostensivo no Brasil, ao mesmo tempo em que o reforçava. O *ethos* guerreiro viril via-se valorizado, com pouco espaço para o debate sobre outros estilos de policiamento.

Durante o concurso para a Polícia Militar do Distrito Federal (PMDF) de 2023, a questão acabou sendo levada ao Supremo Tribunal Federal e o limite de 10% existente no DF foi, finalmente e de modo paradigmático, considerado inconstitucional. Curiosamente, entre o ajuizamento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADI) 7433 e seu julgamento de mérito, a norma impugnada foi revogada pelo Congresso Nacional, mas o STF optou por não reconhecer a perda superveniente de objeto e por enfrentar o mérito. Ao mesmo tempo, a partir dos últimos meses de 2023, normas estaduais de outras corporações policiais foram questionadas judicialmente perante o STF e teve início uma série de composições e decisões do Tribunal para acabar com a barreira.

Este estudo parte da hipótese de que uma quantidade crescente de mulheres almeja integrar as forças policiais militares e que, com a revogação das cláusulas de barreira, o Brasil se aproximará de um cenário com mais paridade de gênero nas corporações. Não é raro encontrar vozes paternalistas a defender que a exclusão de mulheres desses cargos se faz em defesa da própria categoria feminina, que se vê, com a medida, livre do trabalho duro de combater a criminalidade brasileira. É, aliás, o que se lê em ofício do comandante-geral da PMDF sobre o assunto (Kicis, 2019). Outra hipótese correlata e consequente, que não poderá ser objeto de qualquer tipo de conclusão empírica nesse texto e tampouco em qualquer outro no curto prazo, é que, com a exclusão dos limites à participação feminina, ganhará a sociedade, pois pessoas qualificadas – mulheres e homens com variados e valiosos atributos – tornarão nossas polícias mais representativas da população, mais permeáveis a distintas visões de mundo e mais propensas a resolver as situações de modo alternativo ao emprego da força, sem perda de eficiência.

Para isso, o texto pretende realizar o estudo de caso da judicialização do concurso da PMDF, considerado paradigmático para a sociedade brasileira e, mais especificamente, para o primeiro volume da *Revista Plenário* porque: (i) tratou-se, na recente tendência de judicialização de certames policiais, da primeira ADI ajuizada para endereçar o tema; (ii) impugnou-se uma lei federal, nascida no Congresso Nacional, cujas advocacias foram instadas a se manifestar nos autos; (iii) apresentou-se, no polo ativo, um partido eleitoral, com ampla representação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal; (iv) abarcou-se em seu desenvolvimento uma conciliação entre as partes, que envolveu diferentes Poderes do Brasil; (v) julgou-se a inconstitucionalidade de uma lei que havia sido recentemente revogada pelo Congresso Nacional; e (vi) refere-se a concurso que se encontra em estágio avançado, o que nos

permite verificar se a mudança legislativa e a prestação jurisdicional foram efetivas para tornar o processo seletivo menos discriminatório e se a hipótese de que as mulheres querem desempenhar essa função laboral se confirma.

Após essa introdução, a segunda parte do texto abriga um relato de como transcorreu o concurso e sua judicialização. A terceira parte contém uma comparação entre as manifestações processuais da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, no bojo da ADI 7.433. A quarta parte analisa a conciliação celebrada no curso do processo constitucional para que o certame pudesse ser retomado. Da quinta parte constam observações sobre a revogação do dispositivo impugnado. Na sexta parte, o debate jurídico abre espaço para considerações de natureza criminológica sobre a importância e a eficiência de mulheres nas polícias. Na sétima parte, faz-se a análise das quantidades de mulheres e de homens policiais aprovados nas últimas etapas do concurso da PMDF, com vistas a se verificar se as medidas legislativa e judicial se mostraram adequadas para permitir contratação mais ampla de mulheres na PMDF e, ao mesmo tempo, a se constatar se esses são postos de trabalho dos quais as categorias femininas querem se eximir ou se aproximar. As conclusões constam da oitava e última parte.

2. O caso paradigmático: concurso para a PMDF em 2023

Em janeiro de 2023, a Polícia Militar do Distrito Federal publicou o Edital n. 4/2023 (Distrito Federal, 2023), e deu início ao concurso público de admissão ao curso de formação de praças. Originalmente, estavam previstas as seguintes vagas (Item 2 do Edital n. 4/2023):

Quadro 1: Quantidade de vagas para o quadro de praças policiais militares combatentes

Cargo	Vagas ampla concorrência	Vagas pessoas negras	Cadastro de reserva ampla concorrência	Cadastro de reserva pessoas negras
Soldado masculino	504	126	1008	252
Soldado feminino	56	14	112	28

Fonte: elaboração da autora, 2025.

Apenas 11% dos postos eram destinados às mulheres, tanto nas vagas já disponíveis como naquelas destinadas a compor o cadastro de reserva; e tanto nas vagas de ampla concorrência como nas reservadas a candidatos negros. Essa limitação encontrava respaldo na Lei n. 9.713/1998, norma federal que dispõe sobre a Organização Básica da PMDF, e que assim dispunha:

Art. 4º O efetivo de policiais militares femininos será de até dez por cento do efetivo de cada quadro.

Parágrafo único. Caberá ao comandante-geral da Polícia Militar fixar, de acordo com o previsto no *caput*, o percentual ideal para cada concurso, conforme as necessidades da Corporação. (Brasil, 1998)

A primeira fase do certame consistia em prova objetiva e redação. Os aprovados seriam convocados para as etapas seguintes, consistentes em teste de aptidão física, avaliação médica e odontológica, avaliação psicológica e, por fim, sindicância da vida pregressa e investigação social (item 9.1 do Edital n. 4/2023). Aprovados em todas essas etapas, os candidatos seriam convocados para inclusão na PMDF e inscrição no curso de formação de praças (item 17.12 do Edital n. 4/2023).

Ainda na primeira fase, para terem suas redações corrigidas, os candidatos deviam: alcançar pontuação mínima de 60% na prova objetiva – 48 pontos de um total de 80 –; e não obter pontuação igual a zero em língua portuguesa ou legislação específica aplicada à PMDF (item 9.4 do Edital n. 4/2023).

Além dessas notas de corte, havia a previsão de um limite de provas de redação a serem corrigidas (item 12.13 do Edital n. 4/2023):

Quadro 2: Quantidade de provas de redação a serem corrigidas

Cargo	Classificação máxima para correção da redação: ampla concorrência	Classificação máxima para correção da redação: negros
Soldado masculino	3.780	945
Soldado feminino	420	105

Fonte: elaboração da autora, 2025.

Divulgadas as notas da prova objetiva, apenas 2.573 homens atingiram a nota de corte para ter as respectivas redações corrigidas. Entre as candidatas mulheres, se deu a situação oposta pois 988 cumpriram esse requisito, número muito superior à quantidade de redações previstas inicialmente para serem corrigidas.

A PMDF resolveu, então, por meio do Edital n. 74/2023, fazer um ajuste na nota de corte, o que foi prontamente visto como manobra para possibilitar a classificação de quantidade maior de homens para a etapa seguinte. O item 9.4 do Edital passou a contar com a seguinte redação (grifo nosso):

9.4 O candidato para ser aprovado na prova objetiva deverá, além de não ser eliminado por outros critérios estabelecidos neste Edital: a) obter

no mínimo 60% da pontuação máxima possível da prova objetiva, ou 48 pontos. Em caso de anulação de questões, haverá o ajuste proporcional, para baixo, da pontuação mínima de aprovação e consequentemente do número de questões mínimas para aprovação. (Distrito Federal, 2023)

As candidatas se organizaram, então, e formaram a Comissão de Mulheres Aprovadas no Concurso da PMDF, com a finalidade de questionar a constitucionalidade do teto estabelecido pela Lei n. 9.713/1998.

Como resultado direto dessa mobilização, o Partido dos Trabalhadores (PT) ajuizou, em agosto de 2023, a ADI 7.433 contra o dispositivo da Lei n. 9.713/1998, que limitava a no máximo 10% a participação de mulheres nos quadros da PMDF.

A alegação central do PT era de inconstitucionalidade material do art. 4º da Lei n. 9.713/1998, por afronta ao art. 5º, *caput*, I, ao art. 7º, XXX, e ao art. 39, § 3º, todos da Constituição Federal. Em síntese, a agremiação partidária defendia que o critério para ingresso na carreira era discriminatório, arbitrário e misógino. A inicial relata que a ideia arcaica e preconceituosa de que a polícia precisa ter quadros majoritariamente masculinos e fortes ignora, por completo, o fato de que as forças de segurança, atualmente, possuem a seu dispor veículos, equipamentos, armamentos e técnicas para imobilização e desorientação capazes de neutralizar outro ser humano com o mínimo de esforço.

O ministro Cristiano Zanin, designado relator, colheu, entre outras, informações da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, casas que aprovaram o diploma legal cujo dispositivo restava impugnado. Após o recebimento das informações iniciais, deferiu medida cautelar, *ad referendum*, para suspender o concurso até análise do pedido de liminar – de suspensão dos efeitos do art. 4º – formulado na inicial, inclusive para obstar a divulgação de resultados, provisórios ou final, e a convocação para novas fases do concurso.

Após audiência de conciliação, cujo mecanismo e resultado serão analisados no item 4, o concurso foi retomado. No mês seguinte, o dispositivo impugnado foi revogado pela Lei n. 14.724/2023. Ainda assim, no mérito, o Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 4º e, por arrastamento, do parágrafo único, da Lei n. 9.713/1998. Optou-se pela modulação de efeitos, para resguardo dos concursos já concluídos, de modo que a decisão teve eficácia *ex nunc* para atingir apenas os certames em andamento e futuros, em razão da segurança jurídica e do interesse social.

3. Manifestações das Casas Legislativas

Para melhor se compreender o diálogo entre os Poderes Legislativo e Judiciário da República nesse caso, passa-se a analisar como se manifestaram as advocacias do Senado Federal e da Câmara dos Deputados em suas informações processuais.

3.1 Senado Federal

O Senado Federal opinou pela improcedência da ADI. Argumentou, em resumo, que a interferência do Poder Judiciário nas funções típicas do Poder Legislativo só pode ser tolerada em casos excepcionalíssimos e constitucionalmente permitidos, o que não estaria configurado no caso.

As informações explicaram que, no nascedouro, a norma impugnada tinha objetivo justamente inverso, isto é, de reduzir discriminações contra mulheres nos efetivos da PMDF. A regra havia sido concebida para promover a unificação dos quadros masculinos e femininos de pessoal da PMDF. Nesse contexto, para que a isonomia entre sexos constitucionalmente prevista fosse observada, com a inequívoca participação de mulheres no quadro geral, estabeleceu-se um quantitativo obrigatório a ser observado para ingresso de policiais femininas. A opção por fixar o máximo de uma mulher para cada dez homens no quadro, acrescentou a Advocacia do Senado, foi entendida como adequada na época em função das características específicas do trabalho policial.

Reconhecendo que a sociedade havia evoluído para passar a reconhecer de modo mais extenso o âmbito da igualdade entre homens e mulheres e que a proporção entre efetivo feminino e masculino, hoje em dia, devia ser diferente do que outrora se imaginara correto, a Advocacia do Senado defendeu que o STF deveria aplicar a técnica de decisão conhecida como inconstitucionalidade progressiva no tempo ou declaração de lei ainda constitucional e, instar o Congresso Nacional a proceder à atualização normativa.

Acrescentou-se, ademais, que nos dois anos anteriores à elaboração da informação três projetos de lei haviam sido protocolados na Câmara dos Deputados com o objetivo de modificar a proporção entre efetivo feminino e masculino na PMDF. Dois desses projetos estariam em regular tramitação no Congresso Nacional, e a busca pela aprovação de um novo texto legal seria o meio adequado de o requerente endereçar a questão. Nessa argumentação de que o Poder Legislativo seria o foro adequado para endereçar a solução sobre a regra discriminatória, o Senado Federal alegou ainda que, uma vez

ocorrida a declaração de inconstitucionalidade, nasceria uma lacuna normativa e, conseqüentemente, um cenário de insegurança jurídica.

Três observações parecem relevantes sobre a manifestação do Senado Federal: a primeira delas diz respeito à inconstitucionalidade progressiva no tempo ou declaração de lei ainda constitucional.

Em pesquisa de mestrado realizada em 2009, na Universidade de São Paulo, intitulada *Mulheres na Polícia Militar do Estado de São Paulo: a difícil mudança de paradigma*, deparamo-nos com certa ausência de critérios que tornassem legítima a cláusula de barreira naquela realidade (Barreiras, 2009). No entanto, foi possível constatar, na época, na literatura sobre mulheres nas PMs brasileiras das diversas unidades da federação, um grande silêncio sobre a inconstitucionalidade das cláusulas de barreira.

Essa quietude é um dos indícios a revelar que, no lapso temporal entre o nascimento da lei (1998) e o julgamento da inconstitucionalidade de seu art. 4º (2024), os alcances interpretativos das normas constitucionais relativas à equidade de gênero se ampliaram. As conquistas das minorias são progressivas no tempo. Dependem de um processo de maturação dos mais diversos tomadores de decisão envolvidos e implicam profundas mudanças na sociedade. Com isso, alteram-se gradativamente as margens de abrangência dos textos normativos, ainda que seus termos permaneçam intactos. Hoje, finalmente, é fácil visualizarmos que uma norma que preveja uma carreira com, proporcionalmente, 90 vagas para homens e 10 para mulheres, sem justificativas concretas para a razão da discriminação, é inconstitucional. Na década de 1990, o alcance da regra de igualdade entre homens e mulheres era, possivelmente, outro, mais restrito.

O fenômeno traz desdobramentos para o controle de constitucionalidade. A evolução interpretativa no âmbito do controle de constitucionalidade pode implicar a censurabilidade de preceitos até então considerados compatíveis com a ordem constitucional (Mendes; Gonet, 2020). Daí a importância de que sejam discutidos os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em cada caso. Há, de fato, casos assim em que as normas podem ser consideradas ainda constitucionais, mas em processo de inconstitucionalização, ou seja, em uma situação de transição⁹². Alguns autores apontam que as alterações fáticas são

92 Esse instituto foi inaugurado na Alemanha, na década de 1960, no julgamento de leis eleitorais que restaram defasadas em virtude da alteração da quantidade de votantes de cada distrito. No Brasil, como exemplos de aplicação dessa inconstitucionalidade superveniente por alteração das circunstâncias fáticas, podem ser citados os casos que envolvem a dificuldade de aparelhamento das Defensorias Públicas (HC 70514 Rio Grande do Sul) e a alteração nos dados socioeconômicos usados como critérios de distribuição do Fundo de Participação dos Estados (ADI 875/Rio Grande do Sul, ADI 1987/Mato Grosso e Goiás, ADI 3243/Mato Grosso e ADI 2727/Mato Grosso do Sul).

fundamentais para caracterizar a hipótese de processo de inconstitucionalização (Mendes; Gonet, 2020). Outros, ao tratar desse fenômeno da norma “ainda constitucional”, sinalizam que “não apenas a transformação dos fatos, mas também a dos valores e a da própria compreensão geral do direito podem levar a que se declare inconstitucional norma antes vista como constitucional” (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2019, p. 1.292). O fato é que, atendo-se a uma ou outra visão, a consequência aqui é a mesma. No momento de propositura da ADI 7.433 já não havia contexto fático ou constitucional a dar guarida à tese de norma ainda constitucional. Por isso, na ADI 7.433, a saída era modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

A segunda observação sobre a manifestação da Advocacia do Senado diz respeito ao tempo que rege o processo legislativo, nem sempre coincidente com as demandas urgentes dos cidadãos. Se, por um lado, é verdade que a deputada Erika Kokay, integrante do próprio Partido dos Trabalhadores, havia apresentado o Projeto de Lei n. 3.408/2012 com o objetivo de alterar a porcentagem de mulheres na PMDF, não passa despercebida a circunstância de que somente após 7 anos de seu protocolo a minuta recebeu parecer – por sua inconstitucionalidade e injuridicidade, aliás – na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Quanto ao segundo projeto citado na manifestação do Senado – Projeto de Lei n. 1.203/2023, de autoria do deputado Pedro Aihara – dois anos após apresentação, somente havia passado por uma das três comissões que sobre ele deveriam se debruçar.

Com isso, não se quer tecer críticas à dinâmica legislativa da Câmara dos Deputados, que demanda debates, que depende, em grande medida, das prioridades do cenário nacional e do momento político e que envolve o processamento de um rol extenso de projetos anualmente⁹³. O que se pretende é, tão somente, ressaltar que, diante de um problema concreto como o que se verificou no concurso da PMDF em 2023 – isto é, preterição de mulheres com notas altas e afrouxamento de critérios para garantir a progressão de homens nas etapas do concurso –, a via judicial, com seus remédios liminares, costuma ser mais adequada que o trilha legislativo. No caso concreto, a prestação legislativa acabou se antecipando à jurisdicional, mas, além de essa não ser a regra, acredita-se que a repentina resolução do problema no Congresso Nacional somente se verificou porque a via judicial havia sido acionada e dava sinais de que, naquela seara, a norma seria em breve considerada incompatível com o ordenamento constitucional.

93 Foram mais de 5 mil projetos de lei apresentados em 2023, e mais de 4 mil em 2024.

Argumentar, como fez a Advocacia do Senado, que o Partido dos Trabalhadores, por ter expressão no Congresso Nacional e alinhamento com a Presidência da República, deveria ter eleito a via legislativa equivale a suprimir sua capacidade postulatória nessa ação constitucional.

O direito de propositura de ADI por partidos políticos com representação no Congresso Nacional foi uma opção expressa do legislador constituinte de 1988 tendo em vista a garantia de direitos, sobretudo dos grupos em alguma medida hipossuficientes. “Tem-se aqui, pois, uma amplíssima compreensão da chamada defesa da minoria no âmbito da jurisdição constitucional” (Mendes; Gonet, 2020, p. 1.341). Não há que se obstar ao partido político, em casos de necessidade de prestação célere para um grupo minoritário de cidadãos, a via judicial com suas ferramentas cautelares e compositivas.

O partido político é, aliás, o meio por excelência de consolidação da democracia representativa e sua legitimidade para propositura de ADI se relaciona exatamente com o fato de a agremiação ter algum – e, na sistemática brasileira, pode ser apenas um – representante ativo no Parlamento. Aliás, é tão vasta essa legitimidade que não recai sobre os partidos qualquer restrição jurisprudencial derivada do vínculo de pertinência temática (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2019, p. 1.149), isto é, não é necessário que o assunto debatido na ADI guarde conexão com as linhas programáticas do partido. É, portanto, uma legitimidade universal, irrestrita, derivada dos próprios fins institucionais que justificam a existência dos partidos políticos e do desejo do constituinte brasileiro de preservar a atuação jurisdicional abstrata das correntes minoritárias do Parlamento (Bulos, 2023, p. 168).

A terceira observação diz respeito à desnecessidade da norma infraconstitucional. A ideia de que a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo geraria vácuo normativo não resiste a uma análise mais detida. A declaração de inconstitucionalidade do art. 4º decorreria – e decorreu – de seu conflito com princípios e comandos normativos de estatura constitucional que seriam diretamente aplicáveis ao caso concreto. Ao dispor que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e, mais especificamente que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, o art. 5º, I, da Constituição, norma de eficácia plena, possui aplicabilidade direta, imediata e integral (Silva, 1999).

Raciocínio análogo se aplica à proibição de critério de admissão por motivo de sexo, insculpida no art. 7º, XXX, e replicada no art. 39 da Constituição. Nesse caso, o texto constitucional estabelece, no art. 39, § 3º, que, no caso dos

servidores ocupantes de cargo público, a lei pode estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. Nesse caso, estamos diante de uma norma de eficácia contida. O comando constitucional é aplicável direta e imediatamente. Pode, no entanto, não haver aplicabilidade integral, no caso de existência de lei restritora (Silva, 1999). A lei que impunha requisitos diferenciados existia e baseava-se em critérios completamente arbitrários, ou melhor, apenas impunha a diferença quantitativa de cargos sem qualquer justificativa. Sua eliminação do mundo jurídico foi salutar e permitiu que o comando geral de igualdade se aplicasse integralmente.

Em casos como esse, em que a eloquência constitucional garantista não deixou espaço para se falar em lacuna normativa, o que tem potencial de criar insegurança jurídica não é jamais o silêncio do legislador infraconstitucional, mas o alarido criador de comandos legais que contrariam os ditames da lei máxima.

3.2 Câmara dos Deputados

A Advocacia da Câmara dos Deputados, por sua vez, adotou postura bastante distinta em sua peça. Limitou-se a relatar como foi o rito de aprovação da Lei n. 9.713/1998. Explicou que o Poder Executivo submeteu o texto da norma à apreciação do Congresso Nacional em abril de 1996. Designado relator, o deputado Luciano Pizzatto, entre outros argumentos, narrou que a intenção do Ministério da Justiça para a propositura do texto foi o saneamento das injustiças decorrentes da existência de quadros distintos, masculino e feminino, de policiais. Na época, os quadros existentes de policiais militares femininas – quer de oficiais, quer de praças – eram muito reduzidos em relação aos quadros masculinos. Com isso, suas integrantes sofriam significativos prejuízos no tempo de promoção. Sobre a limitação de vagas no patamar de 10%, o ministro teria informado apenas, sem qualquer justificativa adicional, que, à semelhança de outras corporações, havia sido fixada a proporcionalidade de uma policial militar para cada grupo de dez policiais militares masculinos.

Sobre a duplicidade dos quadros de pessoal, tema central do Projeto de Lei n. 1.803/1996 – que deu origem à Lei n. 9.713/1998 –, o relator entendia que

[...] seria inaceitável que uma tal situação discriminatória se prolongasse, perpetuando e acumulando os prejuízos sofridos pelas policiais militares em suas promoções, as quais, ao final, acabam por adquirir caráter de discriminação de remuneração, ao arrepio dos preceitos constitucionais que pregam a isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados.

O documento da Advocacia da Câmara acrescentou que o texto foi aprovado em caráter terminativo pela Comissão de Defesa Nacional e pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação e, em seguida, enviado ao Senado Federal.

Não há, nas informações da Câmara, qualquer manifestação acerca do mérito da ação. E extrapola o objeto desse artigo analisar se essa prática, de se apegar mais ao trâmite legislativo, é praxe nas manifestações dessa Casa em ações constitucionais. A verdade é que as advocacias do Parlamento têm, na prestação de informações sobre a constitucionalidade de normas federais, uma incumbência delicada. Posicionar-se favoravelmente a uma norma que revela contornos inconstitucionais ou contrariamente a um dispositivo aprovado pela própria Casa não é missão que se cumpre sem complexidades.

Diante das dificuldades e da importância das temáticas envolvidas – mulheres e segurança pública –, parece-nos acertada a escolha da Advocacia da Câmara nesse caso. Relatar detalhes do processo legislativo é mais revelador para o público externo – jurídico incluído – do que supõem os profissionais habituados à prática parlamentar, ainda hermética para a população. Em outras palavras, o Congresso Nacional, ao aprovar a lei, considerou que se adequava ao regime constitucional vigente, e há relevância na descrição dos detalhes dessa atividade legiferante. As informações cumpriram bem esse papel.

A tarefa legislativa, no entanto, não se esgota em si mesma nem se confunde com aquela do Poder Judiciário. Em tempos de debate intenso sobre os limites do ativismo judicial, a controvérsia sobre até onde deve interferir o Poder Judiciário nos demais Poderes da República é desafiadora. Ocorre que, no caso da cláusula de barreira às mulheres nas polícias, essa celeuma não tem lugar.

A postura ativista judicial se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios menos rígidos que os de ostensiva violação da Constituição; e a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (Barroso, 2009).

Uma coisa é a Corte Suprema expandir o alcance da Constituição e ocupar espaços dos Poderes correlatos, transformando-se em verdadeiro legislador positivo (Moraes, 2019). Outra, bem distinta, é o STF provocar o diálogo entre os Poderes e fazer o texto literal sobre equidade de gênero da Constituição, aprovada pelos representantes do povo, ser observado.

4. Conciliação

Como mencionado anteriormente, nos autos da ADI 7.433, foi realizada, em outubro de 2023, audiência de conciliação. Estiveram presentes representantes do Ministério Público Federal, da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, da Polícia Militar do Distrito Federal, do Partido dos Trabalhadores e do Ministério da Justiça e Segurança Pública. As partes pactuaram que, diante da probabilidade de inconstitucionalidade, o certame em curso, que estava naquele momento suspenso, poderia prosseguir nas demais etapas pendentes, desde que excluída a cláusula de barreira. Convencionou-se que seria realizada lista de ampla concorrência, para assegurar que o resultado da fase classificatória não fosse inferior a 10% de candidatas do sexo feminino. As partes se comprometeram a envidar esforços para que as candidatas aprovadas fossem acolhidas na instituição com todas as suas especificidades.

Ao homologar o acordo, o ministro relator Cristiano Zanin especificou que, não obstante a conciliação pactuada para continuidade daquele concurso, a ADI deveria prosseguir a fim de que fosse processada e julgada definitivamente.

Analisando as iniciativas de conciliação no STF, Correia Neto (2025) explica que o primeiro acordo homologado pelo Plenário do STF, em processo objetivo, foi provavelmente o celebrado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 165, em 2018, em que se discutiam perdas com expurgos inflacionários dos planos Bresser, Verão e Collor 2. De lá para cá, os casos tornaram-se mais numerosos e o Tribunal viu as unidades que cuidam dessa temática ganharem contornos institucionais mais precisos. O Núcleo de Solução Consensual de Conflitos (Nusol) é, atualmente, a unidade do STF com atribuição de apoiar os gabinetes na busca e implementação de soluções consensuais de conflitos. Os resultados da prática compositiva constitucional são numericamente significativos e não é incomum que o processo de conciliação resulte em encaminhamento de propostas de alterações normativas ao Poder Executivo ou ao Congresso Nacional, mesmo com fixação de prazos.

No acordo da ADI 7.433 não houve esse tipo de recomendação. Ainda assim, no mês seguinte à realização da conciliação, o dispositivo impugnado foi revogado por iniciativa dos Poderes Executivo e Legislativo. A alteração legislativa pode ser vista como reflexo positivo, ainda que não desejado, da mecânica compositiva constitucional. De fato, os acordos na jurisdição constitucional constituem aprimoramento a ser festejado e caminho para a construção de consensos interinstitucionais em casos difíceis (Correia Neto, 2025).

Depois de celebrado e homologado o acordo na ADI 7.433, outras conciliações exatamente com a mesma temática foram firmadas nas ADI 7.483 (RJ), 7.486 (PA) e 7.487 (MT). As cláusulas de barreiras previstas em diferentes leis estaduais tiveram que ser excluídas de concursos públicos para que estes pudessem ter continuidade. É que, a partir da propositura da ADI 7.433, a Procuradoria-Geral da República ajuizou ao menos 17 ADIs⁹⁴ no STF contra leis estaduais que estabeleciam percentuais para o ingresso de mulheres na Polícia Militar e no Corpo de Bombeiros.

É interessante notar que concursos para polícias militares, com cláusulas de barreiras, aconteciam no Brasil a cada ano. A mobilização das candidatas da PMDF, sobretudo após a manobra editalícia de redução das notas de corte, e a atuação, perante o STF, de um partido político, funcionaram, então, como estopim para revelar a inconstitucionalidade de uma gama de normas estaduais, por todo o país.

5. Revogação da norma impugnada

Como narrado, uma vez celebrado e homologado o acordo na ADI 7.433, o Poder Legislativo revogou o dispositivo combatido com aprovação da Lei n. 14.724/2023. A retirada daquele artigo do mundo normativo se deu em caráter peculiar. O Projeto de Lei n. 4.426/2023, origem da norma revogadora, foi apresentado pelo Poder Executivo. Originalmente instituiu o Programa de Enfrentamento à Fila da Previdência Social e dispunha sobre a transformação de cargos efetivos vagos do Poder Executivo federal. Durante sua tramitação, recebeu emendas que resultaram num texto bastante mais amplo. Nos debates em Plenário, na Câmara dos Deputados, o deputado Carlos Jordy chegou a usar o termo “salada de frutas” para se referir ao projeto emendado. É que além das temáticas originais, o novo projeto regulamentava, entre outros assuntos, a prorrogação de contratos de pessoal da Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai), a concessão de reajuste salarial para policiais e bombeiros do Distrito Federal e a revogação da cláusula de barreira à participação feminina nessas corporações militares.

No tocante ao assunto aqui em análise, o relator, deputado André Figueiredo, assim se manifestou:

94 ADI 7.479 (Tocantins); ADI 7.480 (Sergipe); ADI 7.481 (Santa Catarina); ADI 7.482 (Roraima); ADI 7.483 (Rio de Janeiro); ADI 7.484 (Piauí); ADI 7.485 (Paraíba); ADI 7.486 (Pará); ADI 7.487 (Mato Grosso); ADI 7.488 (Minas Gerais); ADI 7.489 (Maranhão); ADI 7.490 (Goiás); ADI 7.491 (Ceará); ADI 7.492 (Amazonas); ADI 7.556 (Rondônia); ADI 7.557 (Acre); ADI 7.558 (Bahia).

Uma derradeira sugestão que inserimos no PL foi a revogação do anacrônico art. 4º da Lei n. 9.713, de 1998, com o objetivo de garantir a isonomia de tratamento entre homens e mulheres aprovados em concursos para a Polícia Militar do Distrito Federal. A limitação de vagas em apenas 10% do efetivo de cada quadro da PMDF para mulheres impõe a elas uma situação de desvantagem, pois mesmo as mulheres que alcançarem desempenho elevado no concurso serão preteridas em função dessa limitação anacrônica e injustificada.⁹⁵

A questão da disparidade entre as notas femininas e masculinas foi destaque nas argumentações para o caso, seja na via judicial, seja na via legislativa. O tema das notas, todavia, não deveria sequer ter destaque no debate. Há um ponto central e prejudicial: a igualdade de direitos entre homens e mulheres. Todos, homens e mulheres, precisam de boas notas para ingressar nas carreiras públicas. Utilizar, para as candidatas, argumentos atrelados à pontuação pode levar à ideia de que a igualdade de direitos entre homens e mulheres dependa de prévia comprovação da capacidade feminina, num retorno distópico ao raciocínio de quando as mulheres estavam começando a ocupar a esfera pública. O relator fala em anacronismo da limitação, e está correto. Não é menos extemporâneo o recurso argumentativo que toma por base as notas das candidatas como pré-requisito para que a igualdade de acesso seja garantida e que nos faz recordar as palavras – com quase um século de vida – de Carlota de Queiroz, primeira deputada federal do Brasil, ao se manifestar de maneira inaugural no Plenário, em 13 de março de 1934:

Porque nós, mulheres, precisamos ter sempre em mente que foi por decisão dos homens que nos foi concedido o direito de voto. E, se assim nos tratam eles hoje, é porque a mulher brasileira já demonstrou o quanto vale e o que é capaz de fazer pela sua gente.” (Queiroz, 1934, p. 4)

Deixando, por ora, de lado a questão dos argumentos, o fato é que o dispositivo do art. 4º da Lei n. 9.713/1998 restou revogado em 14 de novembro de 2023. Quando julgado o mérito da ADI 7433, em maio de 2024, foi vitorioso, como já destacado, o voto do relator, ministro Cristiano Zanin, que reconhecia a inconstitucionalidade do dispositivo. A dinâmica, prévia ao julgamento, de aprovação de uma norma revogadora pelo Congresso Nacional não foi mencionada, nem no relatório e tampouco no voto vitorioso.

95 Nota taquigráfica da 194ª Sessão da 1ª Sessão Legislativa Ordinária da 57ª Legislatura, realizada em 4/10/2023. Disponível em: <https://escriba.camara.leg.br/escriba-servicosweb/html/70359>. Acesso em: 7 mar. 2025.

Houve, entretanto, em função dessa atuação do Congresso Nacional, voto divergente do ministro André Mendonça no sentido de perda superveniente do objeto da ADI. A divergência destacou que os Poderes Legislativo e Executivo haviam demonstrado, com a aprovação da Lei n. 14.724/2023, que estavam atentos às discussões desenvolvidas no bojo daquela ação direta e imbuídos de nítida e manifesta intenção de estabelecer novos patamares protetivos em favor das policiais mulheres. Por isso, haviam readequado o âmbito de proteção normativa que, tal como posto pelo dispositivo antes vigente, havia se transformado em comando anacrônico, defasado e insuficiente. Não verificada a intenção do Poder Legislativo de burlar a jurisdição constitucional, a revogação do ato normativo impugnado prejudicava, na visão do ministro André Mendonça, e em alinhamento com a jurisprudência do Tribunal, o julgamento da ação direta.

Apesar de o ministro Nunes Marques ter acompanhado a divergência, não há registro de qualquer debate com os demais integrantes da Corte sobre a circunstância de o dispositivo sob julgamento já ter sido revogado. O fato de ter se tratado de sessão virtual de julgamento pode ter contribuído para essa dinâmica de pouca troca entre os julgadores. De qualquer maneira, o STF adentrou o mérito e afastou a cláusula de barreira, utilizando-se do argumento central de que a República Federativa do Brasil se posiciona no texto constitucional de maneira contrária ao preconceito, seja este de origem, raça, cor, idade ou sexo, e a outras formas de discriminação.

6. Aspectos criminológicos das mulheres nas polícias

Ao lado dos argumentos constitucionais de isonomia entre homens e mulheres, grande parte da literatura criminológica defende que o ingresso de mulheres nas corporações policiais tem o potencial de ser um impulso rumo à desconstrução do paradigma hegemônico de valorização à virilidade, e consequentemente, à violência, nessas instituições. Assim vale recuperar, de maneira resumida, a história das mulheres nas polícias ostensivas.

Até o século XIX, não havia, no policiamento, espaço para o trabalho feminino. Entre 1903 e 1905, mulheres começaram a ser empregadas nas polícias alemãs. Elas tratavam, sobretudo, do enfrentamento à prostituição. Ao mesmo tempo, experiências similares tinham início em outras partes do globo. Em língua inglesa (Myers, 1995), emprega-se o termo “mães municipais” para se referir a essas primeiras policiais que eram, em geral, mulheres da classe média alta que desejavam, sobretudo, agir como cuidadoras daquelas pessoas cujo estilo de vida deixava transparecer a necessidade de certa disciplina.

Na Inglaterra, fonte de inspiração para o policiamento moderno, formou-se um corpo de mulheres policiais voluntárias – *Women Police Volunteers* – para cuidar da área metropolitana de Londres em 1914, dada a escassez de homens em virtude da 1ª Guerra Mundial. Argumentava-se que era em virtude dos tempos anormais, de guerra, que as mulheres estavam fazendo essas coisas “grotescas” (Allen, 1973, p. 12).

Nos Estados Unidos, muitas mulheres de classe média ingressaram na polícia durante a 2ª Guerra Mundial. No começo, o trabalho com crianças e outras mulheres era prioridade. A partir da década de 1960 os âmbitos de trabalho começaram a se alterar, uma vez que as novas policiais não se conformavam com as limitações a determinada esfera social; muitos homens tinham falecido ou se aposentado após a guerra, o que gerou falta de mão de obra; e vários tumultos e conflitos emergiam dos movimentos pelo reconhecimento de direitos civis, aos quais a resposta policial majoritariamente masculina era frequentemente permeada de brutalidade (Martin; Jurik, 2007).

Em 1979, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas aprovou, na Resolução 34/169, o Código de Conduta para Funcionários Encarregados de Zelar pelo Cumprimento das Leis. No documento, expressa-se literal preocupação com o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais de todas as pessoas, sem qualquer distinção. Está também presente no texto a noção de que a forma como se exerce uma atividade policial tem repercussão imediata sobre a qualidade de vida da população. Para que essas questões sejam endereçadas, sugere-se que as agências policiais sejam representativas da população por elas protegida.

No mesmo ano nasceu a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher – que somente viria a ser promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 4.377/2002, por cujo art. 11 os países signatários se comprometiam a adotar medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego, em especial estratégias que dessem às mulheres as mesmas possibilidades de emprego dadas aos homens, com adoção de critérios equivalentes de seleção.

Diante de tal cenário, a situação da mulher na polícia começou a se alterar significativamente a partir da década de 1970. Muitas instituições policiais modificaram seus critérios de seleção e promoção, eliminando ou adaptando alguns requisitos que barravam a entrada de mulheres, como os limites mínimos de altura e peso; os rígidos testes de aptidão física que valorizavam a força na porção corpórea superior – braços, costas, peito, ombro – (Martin; Jurik, 2007); e os exames orais geralmente conduzidos por policiais do sexo

masculino que não hesitavam em fazer perguntas discriminatórias às candidatas (Wells; Alt, 2005).

No Brasil, a Polícia Militar do Estado de São Paulo (PMESP) admitiu mulheres em seus quadros antes de qualquer outra instituição militar. Em 1947, revoltada com a calamitosa situação do transporte público da capital, a população armou-se de paus e pedras e passou a apedrejar e queimar ônibus e bondes. O episódio, conhecido como quebra-quebra dos bondes e ônibus (Duarte, 2005), fez o secretário de Segurança Pública, Flodoardo Maia, lançar a campanha “Polícia dos Amigos da Cidade”, para permitir que os delegados selecionassem cidadãos “idôneos e capazes” para colaborar no trabalho de policiamento, em caráter experimental. Algumas das mulheres pertencentes ao Movimento Político Feminino inscreveram-se e participaram da campanha. A aderência feminina foi, por si própria, simbólica, pois demonstra a vontade que tinham algumas mulheres, já naqueles tempos, de participar da vida pública, ajudar a população e auxiliar no policiamento.

No começo da década de 1950, com o aumento da delinquência juvenil e da prostituição, sobretudo entre as jovens, ganharam força os debates sobre a criação de um corpo ostensivo de polícia feminino naquele estado. A Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo possuía, na época, uma unidade chamada Centro de Debates, cujo departamento feminino solicitou à professora Esther de Figueiredo Ferraz um estudo sobre o tema. Ferraz estava convencida da necessidade de a mulher ser aproveitada, mas apenas em certos setores da atividade policial. Refletindo, ao lado do pioneirismo, o pensamento característico de sua época, afirmou:

O que se deve investigar é se a Polícia precisa das mulheres. Se há, na multiforme e complexa atividade policial, seja preventiva, seja repressiva, lugar para a colaboração feminina. Se postos existem em que essa colaboração – dadas as qualidades específicas que caracterizam o sexo frágil – se torna útil ou mesmo indispensável. Se o interesse público lucra com a presença das mulheres na máquina policial, desde que lhes sejam atribuídas funções compatíveis com suas aptidões e suas capacidades. (Ferraz, 1955, p. 36 *et seqs.*)

A professora acrescentava, ademais, que os encargos femininos na polícia deveriam ser, sobretudo, assistenciais, sociais e preventivos. A tarefa repressiva e coercitiva, “pouco adequada à verdadeira personalidade feminina”, deveria permanecer a cargo dos homens.

O estado de São Paulo instituiu, então, por meio do Decreto n. 24.548/1955, na então Guarda Civil – a Polícia Militar ainda não existia –, um corpo de

policiamento feminino. O ato normativo explicava que a mulher passava a alcançar certos postos, pois havia tido sua capacidade demonstrada, comprovada. O texto não expressava que era injusto ter alijado a mulher por tanto tempo de inúmeras atividades na vida pública, mas que somente agora, após ter comprovado que era tão capaz quanto os homens, fazia sentido admitir seu ingresso no policiamento.

O raciocínio se alinha com o pensamento de Bourdieu (2002), que nos ensina sobre a desnecessidade de se justificar a visão androcêntrica de mundo, tida como neutra⁹⁶. O necessário, sempre, é justificarem-se as mudanças do padrão hegemônico, isto é, explicar-se por que se quer dar à mulher a oportunidade de realizar algo que nunca lhe foi permitido.

Ainda segundo o decreto, a mulher era tida como um ser que possuía “formação psicológica peculiar”, que fazia sua atuação ser eficaz e vantajosa em alguns setores da atividade policial, sobretudo aqueles que envolvessem menores ou outras mulheres. Esses traços psicológicos femininos serão utilizados de forma recorrente nos discursos, na literatura e na legislação relativa ao emprego de mulheres na polícia. Nas mais diversas oportunidades em que se encontra menção às características psicológicas femininas, no entanto, não há maiores explicações sobre quais são elas, exatamente. Nenhum estudo psicológico é citado como fonte. O termo “formação psicológica peculiar” acaba, portanto, sendo adotado como justificativa para o ingresso de mulheres na polícia sem que haja qualquer consenso sobre qual o seu exato conteúdo, da mesma maneira que não se justificará, depois, a proporcionalidade de uma mulher para cada dez homens.

Passado o período de quatro anos, considerado experimental pelo governo paulista, a Lei n. 5.235/1959 consolidou a instituição do policiamento realizado por mulheres e criou a Polícia Feminina, à qual incumbiriam encargos de investigação e de prevenção da criminalidade e tarefas assistenciais, sobretudo as relativas à proteção de menores e mulheres.

Nossas primeiras policiais assumiram, portanto, papel relativamente semelhante àquele das “mães municipais” estadunidenses do início do século

96 Pierre Bourdieu explica que a divisão das coisas e das atividades segundo a oposição entre o masculino e o feminino é arbitrária e se insere em um sistema de oposições homólogas que contempla alto/baixo, em cima/embaixo, na frente/atrás, direita/esquerda, reto/curvo (e falso), seco/úmido, duro/mole, temperado/insosso, fora (público)/dentro (privado). Esses esquemas de pensamento, de aplicação universal, registram as diferenças como se a primeira característica desses pares fosse natural, objetiva e evidentemente masculina, em oposição à segunda característica, feminina. A força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificação: a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem a legitimá-la.

XX. Eram selecionadas entre mulheres com alto nível de instrução e de boas famílias. No lugar de armas, levavam uma bolsa, que fazia parte de seus uniformes. Ajudavam a população desamparada que eventualmente a elas recorresse, e estavam sempre às voltas com problemas que envolviam menores e prostituição.

A participação de mulheres nas polícias militares brasileiras somente foi nacionalmente regulamentada em 16 de junho de 1977, por uma portaria do Estado-Maior do Exército.

Nas atividades normais de policiamento ostensivo, verificam-se acentuadas dificuldades para a efetiva ação no trato com menores delinquentes ou abandonados e com mulheres envolvidas em ilícitos penais. Para atender a esse campo de atividade policial e também a certos tipos de relações com determinado público, no interesse da Corporação, caso seja julgado conveniente, é possível dotar as Polícias Militares de elementos de Polícia Feminina. (Soares; Musumeci, 2005, p. 28)

No Distrito Federal, o ingresso da primeira turma de mulheres ocorreu em 1983. A entrada de mulheres ocorria somente se as corporações julgassem conveniente, sempre com as cláusulas de barreiras limitadoras do quantitativo e em quadros de pessoal apartados dos originais, pertencentes aos homens. Com o passar das décadas, gradativamente, o movimento de unificação dos quadros começou a acontecer, tendo sido talvez a primeira conquista garantista difusa entre as mulheres policiais de diferentes unidades da federação. A unificação de quadros contribuiu para a redução do paternalismo, implicou a possibilidade de as mulheres trabalharem em pé de igualdade com seus colegas homens e configurou, para elas, oportunidade de obter maior realização profissional, pois o serviço realizado pelos homens era mais diversificado e abrangente na corporação (Cappelle, 2006; Calazans, 2003).

Unificados em grande medida os quadros, permaneciam as cláusulas de barreira e as resistências à presença feminina. Um problema central dessa desconfiança é a temática do emprego da força física. Egon Bittner (2003) explica que, com raríssimas exceções, o trabalho policial em geral implica a realização de algo para alguém por intermédio de um procedimento contra alguém. Ou seja, o policial fica, no mais das vezes, entre uma e outra pessoa em conflito, e surgem inúmeras situações em que se faz necessário empregar força, seja para aplicar a lei, seja para se defender ou para defender os colegas. A compleição física feminina é, então, usada como fator de discriminação, ainda que, de maneira frequente, sem qualquer dado empiricamente demonstrado.

Apesar de ser tarefa prioritária, o combate à criminalidade não é a única missão da polícia. Dominique Monjardet (2003) avalia que a luta contra o crime mobiliza não mais do que 15% a 20% dos efetivos policiais. A rotina do policial é, na maioria das vezes, consumida por ocorrências que se distanciam muito das atividades emocionantes e perigosas que as pessoas imaginam ou veem nos noticiários.

Lorene Sandifer (2006) reuniu uma série de pesquisas que relacionam mulher e uso da força. Sua coletânea de estudos permite-nos afirmar que as mulheres, sem prejuízo da eficiência, são mais propensas e mais habilitadas às soluções verbais, o que pode ser um benefício para os departamentos policiais e para a sociedade em geral, sobretudo em países, como o Brasil, em que o uso excessivo da força é marca distintiva de tantas corporações. Sandifer demonstrou que as policiais custam menos para suas instituições por não usar tanta força quanto seus colegas homens. As ocorrências em que elas se envolvem resultam, com menos frequência, em incidentes. Com isso, deixa de existir um círculo vicioso: quanto menos sinistros, menos policiais estão de baixa no trabalho, menos processos de indenização contra as instituições policiais são ajuizados e menores são as críticas sobre a polícia. O bom policiamento, atesta Sandifer, não está nos ombros, mas nas cabeças.

Alguns dos achados apontados por Sandifer merecem destaque. Uma pesquisa realizada no Departamento de Polícia Metropolitana do Distrito de Columbia, nos Estados Unidos, avaliou dois grupos de policiais: um com 86 homens novatos e outro com 86 mulheres novatas. O estudo revelou que as mulheres tendem a ser mais efetivas em evitar violência e diluir situações potencialmente violentas. Outro estudo norte-americano, publicado em 2003, revelou que 1,6% das reclamações de uso excessivo da força recaíam sobre policiais femininas, enquanto 98,4% diziam respeito a abusos cometidos por homens policiais. As mulheres estavam, portanto, sub-representadas nas reclamações, já que, em relatório de 2000, preenchem 13% dos cargos policiais naquele país. Sandifer comenta, ainda, que análises teriam permitido concluir-se que enquanto os homens veem o trabalho policial como atividade que implica controle por meio da autoridade, suas colegas mulheres o encaram como serviço público, do que resultariam melhor relação com a população, imagem mais positiva da instituição e maior probabilidade de se acalmarem situações potencialmente violentas. As desenvolvimentos comunicativas usualmente presentes em muitas mulheres seriam determinantes em alguns encontros com os cidadãos.

O *National Center for Women and Policing*, principal centro de estudos sobre mulheres policiais, conduziu uma pesquisa que demonstrou, igualmente, que as mulheres têm menor probabilidade de se envolver em incidentes de uso excessivo de força (Lonsway; Wood, 2002). Nesse raciocínio, é preciso não se perderem de vista os altos índices de letalidade de diversas polícias militares brasileiras (Fórum, 2024a).

Abordando outra vantagem do policiamento feminino e estudando a crença, muito difundida no Rio de Janeiro, de que as policiais são menos corruptas que seus colegas homens, Soares e Musumeci (2005) concluíram pela existência de um círculo virtuoso em que as expectativas se confirmam pelas práticas que geram. Como as mulheres são vistas como mais honestas, a população sente dificuldade em abordá-las para sugerir um acerto e seus colegas de profissão as veem como pouco confiáveis para cúmplices de irregularidades. Desse modo, as pessoas que as rodeiam adotam comportamentos mais cuidadosos e com isso há certa quebra da reprodução automática dos códigos da corrupção.

Há, portanto, uma quantidade significativa de pesquisas a demonstrar que a mulher não apenas está apta a policiar – sobretudo se considerado o advento de novas tecnologias, equipamentos, armamentos e técnicas capazes de neutralizar outro ser humano com o mínimo de esforço, como bem apontado na inicial da ADI – como pode desempenhar papel relevante se tiver a sabedoria de empregar no policiamento os traços que socialmente lhe foram atribuídos e cooperar para quebrar um código de virilidade, violência, corrupção e até mesmo descuido com a própria saúde mental. Um risco ainda presente, já que tudo o que está relacionado à força física, coragem, bravura e virilidade é extremamente valorado em nossas instituições policiais, é o de as mulheres, buscando sucesso profissional, seguirem a tendência de repetir o que sempre foi feito, consolidando práticas pouco republicanas.

Por isso, é crucial que o sistema educacional policial aproveite o momento histórico que se apresenta e repense parte de seus métodos e de seus currículos. São desejáveis escolas policiais que sejam menos quartel e mais espaço de debates, que incorporem e efetivamente repliquem, para toda a instituição e para a sociedade, as novas visões de mundo trazidas por um efetivo mais numeroso de mulheres. Precisamos de academias e cursos que acolham esse repertório sobre o diálogo, a resolução não violenta de conflitos, o cumprimento de regras e o bem servir à sociedade.

Esse mesmo sistema educacional precisa promover debates sinceros – interna e externamente – sobre a ideia de que os policiais passam grande parte do dia envolvidos em enfrentamentos perigosos. Porque mesmo que o confronto não seja cotidiano, a imagem de bravura e coragem como atributos típicos dos policiais não é desconstruída. Ao contrário, costuma ser incentivada, até mesmo em função do valor positivo que possui na sociedade de modo geral. Essa construção acaba formando parte da própria cultura policial, o que dificulta a adoção de novos estilos de policiais e de policiamento que estejam calcados mais no diálogo e na resolução de problemas da população do que no uso da força.

Ademais, a criminologia e as normas constitucionais demonstram que a restrição das opções das mulheres policiais às tarefas assistenciais ou administrativas não é uma saída quando se pretende, de fato, realizar uma integração emancipadora.

No debate brasileiro sobre esse tema, não podem estar ausentes as palavras de Marcos Rolim (2006), para quem o paradigma de que o trabalho policial é definido como aquele correspondente ao monopólio do uso da força pelo Estado deveria ser substituído, com vantagem, pela ideia de que cabe à polícia “proteger as pessoas” ou “assegurar a todos o exercício dos seus direitos elementares”. Em vez de uma definição a partir do poder concedido à autoridade policial, teríamos, então, uma definição a partir daquilo que se espera que a polícia faça. Uma definição desse tipo tornaria possível que o papel da polícia fosse percebido como mais importante ainda e, ao mesmo tempo, projetaria uma moldura na qual a noção de direito – não de força – é destacada. Numa perspectiva humanista, pela qual a população brasileira deveria ansiar, é muito importante definir-se o trabalho policial como aquele vocacionado por uma missão civilizadora, algo que sua identificação com a ideia de “força” termina atrapalhando.

7. Mulheres no Curso de Formação de Praças da PMDF 2024

Como vimos na primeira parte do texto, o Edital n. 4/2023 previa 11% de vagas para mulheres no concurso da PMDF. Adotadas a revogação legal do dispositivo discriminatório e a declaração de sua inconstitucionalidade, o Curso de Formação de Praças teve início em setembro de 2024 com 324 mulheres na turma de 1.264 alunos, cerca de 25,63% do total de formandos.

Há, portanto, demanda feminina para preenchimento dos cargos de praças policiais militares. O próximo certame de oficiais deverá revelar, igualmente,

alta procura por parte das mulheres. É importante os registros de que a PMDF já é presença constante no topo dos *rankings* anuais de polícia menos violenta do Brasil (Fórum, 2024a) e de que o Distrito Federal foi a primeira unidade da Federação a ter o posto de comandante-geral ocupado por mulher. Esses fatores, somados à exclusão de cláusula de barreira, devem funcionar como atrativos para o público feminino.

Como em qualquer outro serviço ou concurso público, cabe às mulheres decidir se querem, ou não, se candidatar. É esperado que a procura masculina nos concursos policiais siga sendo maior por muito tempo, seja porque as características historicamente associadas aos homens são valoradas nas instituições militares, seja porque o cenário da segurança pública brasileira é, de fato, desanimador como ambiente de trabalho, e isso pesa mais para aquela parcela da população sobre a qual recaem majoritariamente os deveres de cuidados familiares.

Pesquisas futuras e as instituições públicas brasileiras deverão seguir vigilantes sobre outras barreiras às mulheres, mais ou menos veladas, que podem surgir nos certames e nas carreiras policiais. No próprio concurso da PMDF, em fevereiro de 2025, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios expediu recomendação para que a PMDF reconheça ilegalidade no edital no tocante ao teste de aptidão física das mulheres. Para a prova de corrida, o Edital n. 8/2023 estabeleceu aumento na distância mínima inicialmente exigida das mulheres, de 2.100 metros para 2.200 metros em 12 minutos, enquanto reduziu a exigência para os homens, de 2.600 metros para 2.400 metros. O MP viu, na manobra, discriminação contra as candidatas mulheres, por se tratar de alteração sem justificativa técnica, que resultou na eliminação de 78 candidatas que teriam sido aprovadas se mantido o critério original.

Em concurso recente da PMERJ, que também foi alvo de ADI em virtude da cláusula de barreira, o Poder Judiciário do estado concedeu, em 2024, decisão liminar favorável às mulheres em ação civil pública⁹⁷ que contestava a exigência de exames ginecológicos na sétima de nove etapas. O MP questionou a exigência desses testes para as candidatas sem qualquer procedimento correspondente para os homens, a existência de correlação lógica entre os critérios avaliados nesses procedimentos e o exercício dos cargos de policiais, e o caráter invasivo, desconfortável e constrangedor dos exames.

97 Processo n. 0039292-50.2024.819.0000 TJRJ. Comunicado disponível em: <https://conhecimento.fgv.br/sites/default/files/concursos/comunicado-pmerj-cfsd-decisao-judicial-exame-ginecologico.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2025.

Esses são dois exemplos de exigências que dificultam de maneira discriminatória, porque não justificadas tecnicamente, o acesso das mulheres aos cargos policiais, numa sistemática agora claramente inconstitucional, mas que está longe de poder prescindir de vigilância pela sociedade brasileira.

8. Conclusão

Os achados convergem para a conclusão de que as cláusulas de barreira de gênero nas polícias militares do Brasil eram discriminatórias, uma vez que desprovidas de lastro justificador da diferenciação, e, portanto, inconstitucionais, como no final foi reconhecido pelo STF na ADI 7433.

É difícil o papel das advocacias do Parlamento brasileiro ao serem instadas a prestar informações em ações diretas que contestem a validade de leis aprovadas pelo Congresso Nacional. Relatar o trâmite processual legislativo é uma opção válida, que aporta informações relevantes, mas nem sempre de fácil apreensão, ao debate judicial.

A mobilização das candidatas ao concurso da PMDF e a existência, na ADI 7433, de conciliação que já mencionava a probabilidade de inconstitucionalidade parecem ter conjunta e decisivamente contribuído para a rápida atuação do Poder Executivo e do Congresso Nacional na revogação do dispositivo impugnado.

No primeiro concurso da PMDF após a mudança normativa, os mecanismos jurídicos e legislativos acionados mostraram-se efetivos para se rejeitar a cláusula de barreira de gênero e para se promover um ingresso histórico de 25% de mulheres entre os aprovados. Confirma-se a hipótese de que as mulheres almejam integrar as forças policiais militares, a despeito dos discursos paternalistas e dos riscos da profissão.

Os futuros editais da PMDF, já sem cláusula de barreira de gênero desde o início, tendem a ter potencial de atrair grande contingente de mulheres, sobretudo porque a corporação possui traços que a distinguem positivamente das demais polícias brasileiras. A PMDF, particularmente, reúne condições para se tornar um celeiro de ideias de como bem incluir, escutar e multiplicar o novo aporte de visões trazidos pelo contingente crescente de mulheres. Análises futuras poderão apontar a qualidade dessa inclusão e, sobretudo, o impacto desses ingressos para a sociedade do Distrito Federal.

As polícias e a população brasileira em geral podem se beneficiar da exclusão mais generalizada das cláusulas de barreira, uma vez que o policiamento

realizado por mulheres é tão eficaz quanto o de homens e as mulheres com menos frequência estão envolvidas nos problemáticos episódios de uso excessivo da força, corrupção e descumprimento de normas.

Há que se observar, nos concursos futuros das polícias militares brasileiras, se não serão criados outros óbices, como patamares de altura mínima desmedidos, níveis de teste de aptidão física desproporcionais, investigações sociais misóginas ou exigências de saúde descabidas. Ademais, é necessário se observar se as mulheres serão amplamente integradas nas diversas frentes das atividades policiais. A necessidade de vigilância, portanto, não se encerra com a revogação legislativa ou com as decisões de inconstitucionalidade do STF.

Referências

- ALLEN, Mary S. *The pioneer policewoman*. New York: AMS Press, 1973.
- BARREIRAS, Mariana B. *Mulheres na Polícia Militar do Estado de São Paulo: a difícil mudança de paradigma*. 2010. 182 f. Dissertação (mestrado em direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium* – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.
- BITTNER, Egon. *Aspectos do trabalho policial*. São Paulo: Edusp, 2003.
- BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- BRASIL. *Lei n. 9.713, de 25 de novembro de 1998*. Altera dispositivo da Lei n. 6.450, de 14 de outubro de 1977, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19713.htm. Acesso em: 2 mar. 2025.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2023.
- CALAZANS, Márcia Esteves de. *A constituição de mulheres em policiais: um estudo sobre policiais femininas na brigada militar do Rio Grande do Sul*. 2003. 127 f. Dissertação (mestrado em psicologia social e institucional) – Instituto de Psicologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- CAPPELLE, Mônica C. A. *O trabalho feminino no policiamento operacional: subjetividade, relações de poder e gênero na Oitava Região da Polícia*

Militar de Minas Gerais. 2006. 378 f. Tese (doutorado em administração) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

CORREIA NETO, Celso de Barros. Acordos na jurisdição constitucional: um caminho para casos difíceis. *Jota*. 25 jan. 2025. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/observatorio-constitucional/acordos-na-jurisducao-constitucional>. Acesso em: 8 mar. 2025.

DISTRITO FEDERAL. Secretaria de Estado de Segurança Pública. Polícia Militar do Distrito Federal. *Edital n. 04/2023-DGP/PMDF, de 23 de janeiro de 2023*. Edital Normativo do Concurso Público de Admissão ao Curso de Formação de Praças (CFP). Disponível em: <https://arquivos-site.institutoaocp.org.br/publicacoes/edital-abertura-04-2023.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2025.

DUARTE, Adriano Luiz. O “dia de São Bartolomeu” e o “carnaval sem fim”: o quebra-quebra de ônibus e bondes na cidade de São Paulo em agosto de 1947. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 25, n. 50, jul./dez. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010201882005000200003&script=sci_arttext#back16. Acesso em: 22 out. 2008.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. Polícia Feminina. *Militia*, São Paulo, n. 55, p. 36-40, jan./fev. 1955.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *18º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2024a. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/handle/123456789/253>. Acesso em: 9 mar. 2025.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Raio-x das forças de segurança pública do Brasil*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2024b. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/handle/123456789/237>. Acesso em: 5 mar. 2025.

KICIS, Bia. *Relatório*. Comissão de Constituição e Justiça. Projeto de Lei n. 3.408/2012. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1800307&filename=Parecer-CCJC-2019-09-02. Acesso em: 3 mar. 2025.

LONSWAY, Kim; WOOD, Michelle. *Men, women and police excessive force: a tale of two genders*. The National Center for Women and Policing. 2002.

MARTIN, Susan E.; JURIK, Nancy C. *Doing justice, doing gender*. 2. ed. Thousand Oaks: Sage, 2007.

MENDES, Gilmar F.; GONET Branco, P. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MONJARDET, Dominique. *O que faz a polícia*. São Paulo: Edusp, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MYERS, Gloria E. *A municipal mother*. Corvallis: Oregon State University Press, 1995.

QUEIROZ, Carlota P. *Discursos pronunciados na Assembleia Nacional Constituinte de 1934 pela primeira deputada brasileira*. Rio de Janeiro: Oficinas Gráficas do Jornal do Brasil, 1934. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/items/c6c6981a-8aec-40e8-92ea-eb68d48db640>. Acesso em: 7 mar. 2025.

ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

SANDIFER, Lorene. *Police use of force: does gender make a difference?* 2006. 67 f. Dissertação (master of arts in criminology and criminal justice) – The University of Texas at Arlington, 2006.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOARES, Barbara M.; MUSUMECI, Leonarda. *Mulheres policiais: presença feminina na Polícia Militar do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

WELLS, Sandra K.; ALT, Betty L. *Policewomen: life with the badge*. Westport: Praeger, 2005.

El Señor Monopresidente⁹⁸

O Senhor Monopresidente

The Lord Monopresident

Raúl Gustavo Ferreyra

Catedrático de derecho constitucional, Facultad de Derecho (FD), Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctor en Derecho (UBA). Postdoctor en Derecho FD de la UBA (ORCID 0000-0001-5089-8136).

98 Una versión de este texto fue presentada como “Ponencia” al XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, 21 al 25 de octubre de 2024, Ciudad de México, “Eje temático: IV. Regímenes de gobierno y gobernabilidad democrática. 1. Sistemas presidenciales”. La ciencia del derecho, que se expresa por escrito, puede poseer aspiraciones de una forma de literatura. Así, desde una base literaria, el título de la ponencia se inspira en *El Señor Presidente* de Miguel Ángel Asturias, cuya edición príncipe es de 1946, Ciudad de México. Aquí se considera la publicada por Losada, Buenos Aires, 1995 [1948].

CONTENIDO: 1. La forma inicial del orden. Microtesis sobre la autoridad ejecutiva; 2. Elegir presidente; 3. Unidad, hegemonía y ejercicio del poder. ¿Democratización?; 4. Telón; Referencias.

RESUMEN: En esta ponencia se presenta la crítica figura del monopresidente, autoridad sobresaliente de los sistemas de gobierno en América del Sud. A ese servidor público se le atribuyen constitucionalmente una enorme variedad de competencias regladas para liderar y afrontar el proceso público de la gobernanza comunitaria. El ejercicio de la función presidencial requerirá de unidad, concentración y hegemonía para desempeñar las jefaturas y responsabilidades conferidas. Esa suma imponente de atribuciones desbata una construcción dialéctica de la democracia. Así, el hiperpresidencialismo aumentado constituye un problema capital para una teoría general de la Constitución. El sesgo autoritario puede crecer y hasta degenerarse en una autocracia electiva, como se observó y se observa en la actualidad. El texto propone que una significativa, profunda y racional atenuación del modelo, por la vía de la reforma, alentaría la democracia participativa e inclusiva de toda la ciudadanía para el autogobierno.

PALABRAS CLAVE: monopresidente; autoridad; América del Sud; unidad; hegemonía; concentración; democracia; autocracia; reforma.

SUMÁRIO: 1. A forma inicial da ordem. Microtese sobre a autoridade executiva; 2. Eleger presidente; 3. Unidade, hegemonia e exercício do poder. Democratização?; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO: Esta apresentação aborda a figura crítica do monopresidente, autoridade proeminente nos sistemas de governo da América do Sul. A esse servidor público são atribuídas, constitucionalmente, uma grande variedade de competências regulamentadas para liderar e conduzir o processo público de governança comunitária. O exercício da função presidencial exige unidade, concentração e hegemonia para desempenhar as chefias e responsabilidades conferidas. Esse conjunto imponente de atribuições desestrutura a construção dialética da democracia. Assim, o hiperpresidencialismo exacerbado se torna um problema central para uma teoria geral da Constituição. O viés autoritário pode crescer e até se degenerar em uma autocracia eletiva, como já foi e continua sendo observado. O texto propõe que uma atenuação significativa, profunda e racional do modelo, por meio de reformas, estimularia a democracia participativa e inclusiva de toda a cidadania para o autogoverno.

PALAVRAS-CHAVE: monopresidente; autoridade; América do Sul; unidade; hegemonia; concentração; democracia; autocracia; reforma.

TABLE OF CONTENTS: 1. The Initial Form of Order: A Micro-Thesis on Executive Authority; 2. Electing a President; 3. Unity, Hegemony, and the Exercise of Power: Democratization?; 4. Conclusion; References.

ABSTRACT: This paper presents the critical figure of the mono president, the outstanding authority in South American systems of government. This public

servant is constitutionally empowered with an enormous variety of regulated competencies to lead and face the public process of community governance. The exercise of the presidential function will require unity, concentration and hegemony to carry out the leadership and responsibilities conferred. This imposing sum of powers disrupts a dialectical construction of democracy. Thus, increased hyper-presidentialism constitutes a major problem for a general theory of the constitution. The authoritarian bias can grow and even degenerate into an elective autocracy, as was and is observed today. The text proposes that a significant, deep and rational attenuation of the model, through reform, would encourage participatory and inclusive democracy of the whole citizenry for self-government.

KEYWORDS: monopresident; authority; South American; unity; concentration democracy; autocracy; reform.

1. Microtesis sobre la autoridad ejecutiva

La Constitución del Estado es pura creación del poder político constituyente. En la tercera década del siglo XXI, los Estados de América del Sud se ordenan por una “Constitución” (Bidart Campos, 1995) con pretensiones democráticas, que posee hasta cuatro piezas: composición, mecanismos, estructura, en el entorno de una sociedad abierta en la que se debería perseguir, alcanzar y desarrollar una paz social relativa (Ferreira, 2022). En esa Escritura fundamental consta la “lengua” (Valadés, 2005) de la razón por la que se instituye la forma inicial del orden estatal, consistente en un sistema de reglas sobre todas las reglas del Derecho para la concreción de procesos públicos (división y control del poder⁹⁹; gobernanza y estructuración democrática) en un determinado tiempo, espacio y comunidad de ciudadanos y ciudadanas. Si bien el poder del Estado es siempre único, se lo distingue en diversas ramas o funciones: un solo poder del Estado, varios departamentos o agencias.

En diez repúblicas sudamericanas su ciudadanía delega o deposita el desempeño constitucional de la función o rama ejecutiva en la unipersonalidad, más o menos estricta, más o menos caprichosa, de un presidente. En la “lengua” de las Constituciones se persigue un determinado estadio de justicia social, con diferentes estilos y profundidades. No hay poder constituyente que no auspicie el bienestar de la comunidad. Para decidir la autoridad ejecutiva se apela a una sola palabra: “presidente”. Así se lee en los artículos de las Escrituras fundamentales de Argentina (87), Bolivia (165), Brasil (76), Ecuador

99 Entre la inabarcable literatura sobre división y control del poder, cito algunas referencias: Loewenstein (1979); Schmitt (1992); De Vergottini (1999); Bosch (1945); Bianchi (2019); Valadés (2000).

(141), Chile (24), Paraguay (226), Colombia (188), Venezuela (225), Uruguay (149) y Perú (110). Añado como curiosidad que la primera de esas Leyes en el tiempo es la argentina de 1853, todavía vigente con sus reformas, y la última es la de Bolivia de 2009. El “ciudadano presidente” en un tiempo perpetuo.

La microtesis sostenida en este escrito, exclusivamente basada en un enfoque normativo, es la siguiente:

Las Constituciones sudamericanas se inclinan por el sistema de gobierno presidencialista. Así, se origina un nuevo animal político: el monopresidente. Este oficial principal del pueblo será elegido, en general, con base en sistemas mayoritarios de pura confrontación. Al resultar un ganador indiscutido, con arreglo a esa legitimación de origen, ejercerá un poder que aspirará a la hegemonía, desde que la unidad del cargo desecha el diálogo como fuente de energía. Esa concentración se logra porque las Constituciones le alzan, por regla, como jefe supremo del Estado, jefe del gobierno, comandante de las fuerzas armadas, responsable de la administración, colegislador y eventualmente “legislador”; incluso con potestades jurisdiccionales; todas atribuciones que le son adjudicadas sin sumisión a controles racionales y efectivos. En tanto en un futuro no se democratizan los poderes del monopresidente por la vía de reformas constitucionales, su sesgo predominantemente autoritario determinará la inestabilidad del sistema, su baja calidad y la falta de confianza que se aprecia, también por regla, durante el ejercicio de su mando.

Asumo las enormes diferencias que presenta el funcionamiento del sistema presidencial en cada uno de los países sudamericanos. Sin embargo, resulta posible anudar rasgos básicos y comunes del modelo regional: la búsqueda afanosa de una legitimidad de origen, enormes atribuciones con tintes absolutistas, ineffectividad o carencia de controles y, sobre todo, la única individualidad de un hombre en las jefaturas supremas del Estado y del Gobierno. En más de 200 años de historia constitucional no existe un solo país del subcontinente en el que la instalación, el desarrollo y la continuidad de la institución presidencial no hayan padecido alteraciones o quebrantamientos. Al carecer de ambiciones *iuscomparatistas* o similares, mi intención es concretar una singularidad de las angustias que se presentan a menudo, tanto desde las bases normativas como desde las furiosas experiencias fácticas. A partir de esa enunciación, acaso, acometer los trazos para una teoría general de la Constitución en América del Sud que cubra, en este caso, las desdichas ocasionadas por el uniforme sistema de gobierno adoptado por los países de la región.

En este artículo expreso razones sobre las propiedades de la figura de quien nos gobierna, una autoridad (que ejerce el mando ejecutivo, el presidente) en

el ámbito de las autoridades. Nótese, en la inteligencia de la microtesis, que es preciso evaluar dos aspectos del presidencialismo: por un lado, la concentración de funciones en la persona del líder del proceso; por otro, la posible descalificación del modelo por el predominio que ejerce el presidente sobre los otros poderes constituidos y también sobre los “mecanismos de decisión política en el Estado” (Carpizo, 2002, p. 220). En las próximas secciones desarrollo argumentos que justifican la problematización descrita. En el “Telón” me despido con unas palabras conclusivas.

2. Elegir presidente

La regla sobre la distinción debería generar la esperanza de que “poder distinguido y distribuido” daría lugar a un “poder limitado”. La división podrá ser entre poderes constituyentes y poderes constituidos; desde luego, en el caso de estos últimos: su parcelación en agencias ejecutivas, legislativas y judiciales. Primero, John Locke en siglo XVII y, luego, David Hume y Montesquieu, respectivamente, en el siglo posterior, fueron quienes dictaron diversas ideaciones sobre una relativa partición para el ejercicio del poder. Evidentemente, la división de un determinado plan gubernativo en diferentes dominios, jurisdicciones y personas actuantes, podría hacer creer en la posibilidad de un gobierno sabio, certero y afortunado. Esa racionalización que induce a la desconcentración del ejercicio del poder siempre se debería imponer sobre aquella que implicase cualquier modelo de concentración. El autogobierno de una comunidad es un asunto de la ciudadanía, motivo por el cual una mayoría debería participar dentro del ámbito de sus razones prácticas y del orden establecido. La suma de la parte del poder que pertenece y autoriza a cada individuo resulta elemental para dar idea del poder político en una sociedad democrática. No hay otra explicación.

La teoría sobre una división del poder fue pensada doctrinariamente en Europa y concretada, en su faz normativa, con la fundación constitucional de los Estados Unidos de América en 1787. Una composición colectiva, pese a que no existió un plan original. Durante los siglos XIX a XXI, los textos constitucionales en América del Sud reflejan, en mayor o menor medida, la estructura de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, según la distinción en tres clásicas ramas gubernativas: la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Un reparto de competencias de cada uno de los poderes del Estado.

Muy posiblemente los estadounidenses necesitaban la invención de un presidente. ¿Cómo saberlo con rasgos objetivos más allá de la frágil intuición? La

institución quizá haya funcionado en los Estados Unidos de América, donde la lucha entre sus clases sociales no fue de ninguna manera el criterio ordenador para orientar un destino a la comunidad. Sin embargo, el presidencialismo fuera de su tierra y de su comunidad ciudadana ha probado “ser básicamente un desastre” (Ackerman, 2007. p. 19).

En el proceso constituyente de Estados Unidos se desplazó a la potencia colonial. Su comunidad no sufrió ninguna alteración, porque mantuvo intacta la estructura heredada del pasado colonial. La Constitución de Estados Unidos de 1787 se corresponde con una comunidad de clases hegemónicas bien establecidas con significativas exclusiones que no parecían inferirse de la “Declaración” del 4 de julio de 1776: esclavos, afroamericanos, mujeres, pobres, indigentes e indios. Los postulados ideados en el origen del Estado no hicieron peligrar esta estratificación, cuya construcción era bastante sólida. Los padres fundadores de los Estados Unidos organizaron un nuevo Estado, aunque fueron “gente muy temerosa de una distribución igualitaria de la propiedad” (Zinn, 2001, p. 10), situación que se ha mantenido sin atenuaciones.

En el caso de América del Sud, la creación del cargo presidencial no posee cualidades semejantes. En nuestros países casi no se discutió, con profundidad, sobre otra alternativa para una anatomía del poder Ejecutivo, como sí se hizo en Filadelfia en 1787. Al independizarse, nuestros países quedaban librados –acaso– al caudillismo, al personalismo, al hecho de que un líder prometiese, con magia o providencia santísima, que él y sólo él penetraría y llevaría a las aguas del bienestar a la comunidad ciudadana. Una circunstancia no favorecida por la notable extensión de la región, con su territorio de casi 18.000.000 de kilómetros cuadrados, apenas alterados desde aquellos lejanos momentos constituyentes fundacionales.

En América del Sud no existe ni existió una distribución justa ni racional de los bienes yacentes o de los bienes que están a punto de crearse –o que pudiesen serlo algún día–. Asimismo, la inequidad es la fuente de sus sistemas tributarios perversamente regresivos. Por lo tanto, una ha sido la lucha por la independencia política y el entierro del colonialismo; y otra, la lucha por la construcción del tipo de un Estado constitucional y con sesgo democrático. Sin embargo, en el ámbito económico, financiero y negocial, la posición geográfica del subcontinente y sus riquezas naturales hicieron que se lo convirtiese en un granero a campo abierto, en el que sus ríos, cielos, subsuelos, riquezas marítimas y montañas también han sido objeto de explotación constante, ruinosa y perversa para los sudamericanos.

Dentro de ese marco, sin dudas, resultaría sencillo echar la culpa al presidencialismo. El sistema, por su propia arquitectura jurídico-constituyente,

no ha servido ni podría servir para construir bases racionales de un diálogo. Desde tal comprensión, quizá, dentro de 100 años causará extrañeza leer que la ciudadanía en el 2024 disponía conferir a una sola persona la posibilidad de ejercer una energía hegemónica, que se basa en la más pura confrontación: el poder presidencial. También sospecho que será motivo de asombro la revelación de que por entonces un solo individuo, un humano natural, ejercía el mando personal y ejecutivo, sin interés, rencor y, sobre todo, exento del error individual.

En toda República el dominio debería pertenecer a todos los ciudadanos y ciudadanas. Ellos son los únicos e insustituibles sujetos que han de determinar un orden con el compromiso de leal y riguroso acatamiento. Con naturalidad, se puede advertir la incongruencia de que la actuación constitucional se atribuya a un solo ciudadano, el presidente, un hombre unido y sumergido en la soledad de su propia persona.

El presidente estadounidense dispone de un poder hegemónico, pero bastante controlado por el Congreso y los jueces. En cambio, en América del Sud, el “príncipe”, mientras dure su gestión, dispondrá de un poder hegemónico con un haz de atribuciones, quizá superior al estadounidense, de acuerdo a la nomenclatura constitucional, pero los controles no serán semejantes, ni –en caso de serlo– eficientes, debido a sus dificultades para la puesta en marcha o su pésima concepción jurídica.

Por aquello de que nada proviene de la nada, la forma de elección del presidente instituye una cuestión relevante, determinante y paradigmática del sistema de gobierno modelado. Así, la utilización de sistemas mayoritarios, que cuentan además con una segunda ronda electoral, buscan el encuentro de un líder que gozará de un amplio respaldo ciudadano. Un solo líder. Una sola persona, acaso un verdadero y singular campeón de la lid política. El colectivo comunitario se reduce a una persona: el monopresidente.

De ese modo, se cree que ese “príncipe republicano” recibirá la unción de la ciudadanía por un camino directo. La mayoría obtenida en la elección y la fuente ciudadana directa convencerán y harán decir al líder presidencial escogido que su gobernación habrá de conjugar la historia, el presente y el pasado. Todo el proceso público –afirmará– empieza con él, incluso el pasado invencible y el futuro inescrutable. El líder domina el tiempo como ninguna inteligencia humana ha resuelto hasta el día de su elección, porque él y solo él propondrá “un liderazgo de duración indefinida” (Cassagne, 2024). Las inclinaciones e ideas del nuevo “príncipe republicano” son dueñas de una originalidad superior a todo lo conocido hasta entonces. Sus electores, simpatizantes o aduladores, confiarán en el liderazgo prometido.

Toda elección de un presidente celebrará, además, un experimento curioso. Durante la campaña un candidato presentará su carta para el bienestar comunitario; los otros, también. Con diferentes argucias y falacias, se acusarán sobre el pasado remoto o el presente imperfecto. Llegado el momento de un balotaje, el candidato que triunfe será alentado por una mayoría de ciudadanos creyentes, cuya exigencia constitucional reside frecuentemente en la mitad más uno del cuerpo electoral, excepto en la Argentina, donde existe la posibilidad de que las leyes de la aritmética no rijan tanto porque el presidente puede ser elegido con una mayoría del 40% (Constitución Federal, art. 98). Favorecido por el electorado, el líder será quien podrá realizar, ahora y para siempre, el bien común anhelado y tan postergado... Porque con él comienza el tiempo.

Una vez electo, para el presidente jamás existirá un tiempo perdido en sus francos deseos reeleccionistas. En los países de América del Sud, una de sus misiones –quizá hasta la más relevante de su propio gobierno del Estado– quedará encajada en su carrera por la reelección inmediata¹⁰⁰. Así, empleará todo el aparato del Estado, incluso el coactivo –y no sólo sus recursos–, para cumplir el objetivo de la reelección, porque, en caso de no conseguirlo en la mitad de su período o antes, las fuerzas políticas siempre buscarán, por intermedio del enfrentamiento, un sucesor en demérito de las atribuciones del actual. La consigna parece ser: reelección o abismo.

Se argüirá que una presidencia nunca es suficiente, porque los “cambios” que se proyectan requieren de una segunda. El presidencialismo, al descansar en el combate permanente, le presenta a su insigne titular la necesidad de pelear para que su poder político, un “concepto fundamental” (Russell, 1948, p. 10) en la configuración anatómica de sus atribuciones, no disminuya. El tiempo no debería alterar su poder. En México, por ejemplo, la reelección presidencial es un fruto prohibido por su Constitución, desde el 5/2/1917, en su artículo 83. Con sabiduría, en el 2015 en Colombia se ha dispuesto, en el artículo 197 de su Ley fundamental, una prohibición de reelección del presidente con claros ribetes de naturaleza eterna; una suerte de impedimento para perpetuarse en la presidencia ejecutiva del gobierno.

100 En la Opinión consultiva número 28, pronunciada el 7/6/2021, solicitada por la República de Colombia, los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por mayoría, decidieron que “la reelección presidencial indefinida no constituye un derecho autónomo protegido por la CADH ni por el *corpus iuris* del DIDH”. Asimismo, determinaron que “la prohibición de la reelección indefinida es compatible con la CADH, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (DADH) y la Carta Democrática Interamericana”. Finalmente, sostuvieron “que la habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ello, a las obligaciones establecidas en la CADH y la DADH”. La OC 28/21 significa un gran aporte en la lucha contra la autocracia presidencialista, una perversidad del sistema de gobierno generalizada en América del Sud.

3. Unidad, hegemonía y ejercicio del poder. ¿Democratización?

La unidad de la autoridad del poder presidencial define al sistema de gobierno. Su jefatura suprema, sin interdicciones, decide los propósitos del proceso constitucional que quedará liderado por el presidente. Presidente es y será sinónimo de unidad en el ejercicio constitucional de la autoridad en nombre del Estado y de su pueblo. Un director absoluto con severos indicadores despóticos. Esa unidad presidencial, que se eleva a semejante altura, no debería disponer de espacio para comprender las debilidades o problemas que tienen los seres humanos que integran la sociedad.

En el sistema gobernado por un presidente, se debe descubrir una energía vital y suprema. Puede conjeturarse que, al imaginarse el modelo, sus creadores se hayan representado esa unidad y concentración de las competencias ejecutivas. También se puede intuir que, al crearse la institución presidencial en 1787, se creyó conveniente que la autoridad de una sola persona facilitaría las decisiones gubernativas de naturaleza ejecutiva. Sin complacencia: no existía otro modelo para inspirarse; la invención fue total.

Dentro de ese perímetro queda la idea de que la “unidad tiende a la energía” (Hamilton, 1994, p. 298). Así, pues, por simple derivación, se distinguirá, en otros servidores o funcionarios públicos, un mero rol secundario, siempre fuera de la escena, como consejeros o cualquier modalidad que adopte un sujeto influyente, pero sin dominio de los hechos, ni emergente de una representación popular directa. La búsqueda de un “buen gobierno” (Hamilton, 1994, p. 297), eficaz y seguro, sin dudas, animó la comprensión ensayada respecto de la unidad de la energía del poder presidencial.

Una denuncia del poder hegemónico del presidente implica que la política constitucional, precisamente, cobra cuerpo en tanto se conjuguen nuevos idearios que, asentados en la crítica al presente estado de situación, también expongan con suficiente racionalidad los cambios proyectados. Eso aquí se hace o se intenta hacer. Por supuesto que tendría originalidad plantear que la denunciada presidencia como institución monocrática debería ser “abolida” (Lockwood, 1884, p. 302) y reemplazada por otro modelo plural para la función ejecutiva. Hay razones para pensar un mañana en el que exista deliberación, solidaridad, ilustración y, sobre todo, ciudadanos comprometidos pluralmente, que impidan un apoderamiento individual del poder del Estado.

Las competencias presidenciales son innumerables. Por eso se le confiere una importantísima cantidad de atribuciones, que se concentrarán, con hegemonía suficiente, en la unidad de su persona. Dichas facultades, en la mayoría de los casos, son explicitadas en las Leyes fundamentales. Dado que

el poder es la energía fundamental en el Estado constitucional, las competencias del presidente deben responder, al menos, a dos acciones clave, de naturaleza asimétrica. Por un lado, se lo inviste para ejecutar activamente una política y, por otro, también se lo inviste para impedir reactivamente una política de los opositores. En el presidencialismo, las oposiciones no deberían cotizar. Los poderes del presidente se encaminan para lograr un nuevo estado de cosas constitucionales o para inhibir o rechazar el cambio de un estado de cosas propugnado, en general, por otros congresistas o por jueces abiertos y proclives –con o sin autorización– a la judicialización desmedida de la política, que piensan que los tribunales –y no las urnas– son la puntada inicial de cualquier solución comunitaria. Los poderes presidenciales, sean estimulantes o de recalitrante rechazo, pueden ser utilizados para el progreso o el atraso de las condiciones de vida en la comunidad ciudadana.

Así, el presidente puede participar de la legislación ordinaria como colegislador, ya sea porque envía iniciativas al Congreso o porque promulga las leyes o porque, eventualmente, ejerce un veto parcial o total sobre el producto del Congreso. Al presidente y su equipo se le atribuye la administración del Estado, en principio, pues, la “ejecución del Derecho” (Merkl, 2018, p. 40). Así, la tarea reglamentaria resulta clave en la actividad del presidente. Sin embargo, con motivo de las “emergencias infinitas” que azotan a nuestros países, a los presidentes también se les atribuyen poderes legislativos que incluyen la posibilidad de dictar decretos con fuerza de ley o que el Congreso les delegue la potestad legislativa. Quizá el antecedente más remoto de este flagelo se encuentre en la Ley fundamental de Prusia de 1850¹⁰¹.

La mayoría de los Estados sudamericanos contienen en sus Escrituras fundamentales reglas para solventar los estados de excepción, cuya regularidad hace que la normalidad institucional se torne excepcional y la emergencia, normal y cotidiana: un mundo irracional y al revés. La autorización legislativa a los presidentes, por vía constitucional, para emitir decretos con fuerza de ley¹⁰² o para que se les delegue la facultad de legislar constituye un peligro, cuyos daños patrimoniales y simbólicos son incalculables. La regulación jurídica de las extraordinarias situaciones de emergencia debería solventarse de manera colegiada y con activa y principal participación del Congreso, con la especialidad de sus comisiones y una convocatoria a la ciudadanía; no del presidente, porque él debe ejecutar, no reglar.

101 “Cuando así lo exija la seguridad pública, o lo crítico de las circunstancias, podrán expedirse decretos que tendrán fuerza de ley, si no se oponen a la Constitución, y que deberán ser presentados a las Cámaras en la reunión siguiente, si a la sazón no se hallasen reunidas”.

102 En la República Argentina el actual presidente se ha arrogado, por ejemplo, la suma del poder público en violación de la división de poderes y del sistema democrático (Ferreira, 2024).

Además, esas autorizaciones exclusivas que suele otorgar el Congreso al presidente para reglar incurren en una enorme contradicción jurídica, porque la ciudadanía, por la vía de la delegación, depositó el poder de legislar en el Congreso, razón por la cual resulta inentendible que este órgano, a su vez, haga una delegación o autorización al príncipe para legislar. En otras palabras, delegar un poder delegado comporta una violación a la soberanía del pueblo, la fuente de todo el poder.

Con estas habilitaciones queda indefinida la frontera entre la administración y la legislación y, así indiferenciada, la división del poder. Se da más poder al presidente. El presidente elegido para ejecutar el Derecho también participa del “hecho de su producción”, obviamente sin ninguna dialéctica más que consigo mismo, o con el cuerpo de colaboradores elegidos por él.

Pero esto no es todo. El presidente también puede emitir proyectos sobre la reforma constitucional. Además, administra y gestiona el Estado y sus negocios con su voluntad suprema de ciudadano elegido. No hace falta recordar que maneja y presupuesta los recursos con celebrada discreción del Estado, imagina el gasto público y por eso determina las cuentas públicas de las restantes ramas del gobierno. Nombra a todos sus colaboradores y puede decidir su remoción, sin otro espejo que su propia responsabilidad. Representa al Estado en lo interno y en sus relaciones internacionales. En la Argentina, además, ejerce la jurisdicción administrativa. En Colombia representa la “unidad nacional”. También el presidente puede convocar al Congreso. Por si no fuera suficiente, lidera el proceso constitucional y es el actor principal del proceso político. En los países federales, en receso del Congreso, órgano al que en general no puede disolver¹⁰³, pero sí vapulear institucionalmente, podría disponer la intervención de los poderes de los entes federados.

El presidente considera el presupuesto del Estado y planea sus ingresos y sus gastos, por lo general, mediante una ley que debe ser aprobada por el Congreso cada año. También administra el Tesoro del Estado, que delega en el jefe supremo la negociación de las deudas públicas de los países, atribuciones exclusivas del Congreso. Naturalmente, el presidente no ha de decidir cuánto deben gastar el Congreso y el poder judicial, respectivamente. Ninguno de

103 Una excepción a esa regla emana del art. 148 de la Constitución de Ecuador, donde determina que el presidente puede disolver la Asamblea, en las condiciones y alcances allí detallados, que incluyen el fenecimiento de su propio mandato. En la institución vulgarmente apodada “muerte cruzada”, se acrecientan los Poderes presidenciales porque, llegado el caso, él mismo es el sujeto que decreta el fin de la función legislativa otorgada por la ciudadanía a la Asamblea y gobierna con “decretos leyes”. El “no va más” queda decidido por el monopresidente, incluso sobre su propio encargo constitucional. En Venezuela, este rasgo es totalmente autocrático, dado que el presidente puede disolver la Asamblea (art. 236, inc. 21) sin declinación de su mandato.

estos órganos posee competencia constitucional para recaudar, ni bolsa para juntar, ni poder coactivo directo para afrontar sus gastos. Los poderes legislativos y judiciales, en las esferas de sus competencias, deben operar con autonomía para la planificación presupuestaria. No hace falta decir que, si el presidente decidiese una restricción o una limitación de sus gastos, su capacidad operativa atravesaría serios aprietos institucionales. Por consiguiente, en el presidencialismo el desarrollo del presupuesto y la ejecución del gasto tienen una dinámica capital.

En suma, al instituirse en una sola persona esa enormidad de atribuciones estatales, como expongo en la microtesis, ha nacido un nuevo instituto constitucional, adjudicado y ejercido por una sola persona: el “monopresidente”. Su configuración produce una rareza. Si el “monopresidente” puede desplegar sus competencias, funciona la danza presidencial; en esa escena arrasará, con toda su energía suprema, contra cualquier otra autoridad constituida, en especial, legisladores y jueces. Bastante semejanza a un monarca, un “rey” (Proudhon, 1868, p. 160-164), sujeto que podía concentrar con venerable absolutismo todo el poder del Estado. Si las políticas públicas del presidente no pueden avanzar, no habrá danza. Quedará a la intemperie y, por lo general, con una ciudadanía expectante por la precariedad, la demolición o la caída de la institucionalidad.

La democracia, que es un método de construcción permanente de las razones del Estado, debe reposar en el pluralismo. No es infalible. Para ella la Constitución es un presupuesto, porque sin Derecho no hay democracia plural. Así, en determinado sentido, todos deberían sostener la idea del auditorio plural; de lo contrario, se debilitaría o pulverizaría la propia idea democrática. Su pluralismo político debe cobijar todas las opciones en su interior y a la luz del día, incluso las posturas neutrales. La búsqueda de un ganador, que ejerza como presidente, no favorece ni a quienes no lo apoyaron ni a los neutrales. Quien gane la elección tendrá la tentación de conducir al país como lo aconsejan las convicciones de su mismidad. La gobernabilidad queda en un duro trance.

Para gobernar, el presidente requiere de mayorías extendidas. Si las posee, construirá hegemonía suficiente; si no, tendrá una debilidad que puede ser extrema. He evitado, a propósito, analizar la mixtura de sistemas mayoritarios para elegir presidente y sistemas de representación proporcional para elegir un fragmento o todos los miembros del Congreso. La combinación de los sistemas no fortalece la unidad del poder presidencial; tampoco la optimización de su gesta. Bastaría pensar, por de pronto, que en el único país del

mundo en el que el presidencialismo funciona con determinada eficiencia (EE. UU.), no hay combinación de los modelos electorales: todo es resultado de la aplicación de un sistema electoral de sesgo mayoritario para la composición del Ejecutivo y la composición del Congreso. Congresistas elegidos por sistemas proporcionales y Ejecutivo por la vía del sistema mayoritario es una invención sudamericana.

En una democracia constitucional, la coexistencia de diferentes puntos de vista propiciaría un debate, la búsqueda de consensos y de cambios. Un fundamento epistémico insoslayable. No obstante, el presidencialismo es ajeno al diálogo, porque –repito– su autoridad se encuentra sólo preparada para disputar. Un presidente que intenta el diálogo abre la puerta del fracaso tan temido. Lector: ¿usted recuerda que alguna vez un presidente sudamericano haya invitado a la oposición, con seriedad, para tender puentes o pactos sustentables al fortalecimiento del diálogo institucional?

El presidencialismo es la máxima institucionalización del poder unido y regido en una sola persona. El hecho de ser “jefe supremo de la Nación”, como prescribe la Constitución federal de Argentina en su artículo 99.1, puede conducir a ese singular “ciudadano” a ser o sentirse más poderoso que los ciudadanos; quienes, mientras tanto, no se unirían en deliberación sincera para ejercer el poder que les corresponde por natural derecho propio y soberano. No debería ser tolerable que una autoridad ejercida en nombre de un poder estatal flotase por encima de los ciudadanos (Häberle, 2003, p. 198), porque la democracia es orden de la igualdad. Sin embargo, la Escritura fundamental de Argentina no incentiva la idea divisoria, dado que la jaquea con un “jefe supremo” entre todas las autoridades constitucionales.

Repárese, asimismo, en el hecho de que un sistema presidencialista, por las razones esgrimidas, comporta un aparato de dominación complejo en escenarios de concentración de la riqueza en pocas personas o empresas, como sucede en nuestros países. Aquellos que se juzguen poderosos, por el manejo y control de la producción, los negocios y las finanzas en gran escala y jerarquía, pueden sentir la irresistible tentación para dominar, conjuntamente, el escenario político. En este siglo, en varios Estados sudamericanos, miembros de esos poderes capitalistas decidieron ejercer el poder presidencial de manera directa; en todos los casos, se produjo un colapso o atenuación de la regulación estatal. A un electorado se le puede sabotear con campañas fraudulentas y que inhiban la adopción de decisiones racionales (Nercesian, 2020, p. 27). Esas campañas, que requerirán altísimos costos económicos, sólo pueden ser

emprendidas por la banca, los negocios o cualquier agrupación constituida por individuos poderosos que deseen manipular el resultado de las elecciones ciudadanas.

La manipulación electoral no es una mera hipótesis de laboratorio. Sin embargo, presenta diferencias si se practica en un sistema parlamentario o en un sistema presidencial. En el parlamentarismo, la elección no asegura, por completo, la conducción del sistema, dado que la cooperación es un recaudo de su naturaleza. En el presidencialismo, pese a que implique un costo muy alto, en caso de triunfar, con abstracción de la manipulación, se podría aguar-
dar la conducción del proceso político.

La necesaria hegemonía del poder presidencial es una consecuencia relevante de su poder unitario. La inestabilidad de las presidencias siempre conlleva la inestabilidad, más o menos cruenta, del propio modelo. Hasta se podría sostener que existe una física del poder del presidente; así, en caso de cumplirse sus determinaciones hegemónicas, siempre con suficiente auto-
cracia, el modelo danzará, incluso en escenarios movedizos. Si, en cambio, su poder es inestable, dicha cualidad se transmitirá sin solución de continuidad al modelo. La cancelación de la función y del sistema de gobierno no será una cuestión especulativa. El final coral de la 9ª Sinfonía de Beethoven que se escuchó el día de la elección será reemplazado por el Réquiem de Mozart.

En este escenario, no es de extrañar que el sistema presidencialista sea un incentivo para la corrupción. El presidente resulta vulnerable, porque todo su poder se encuentra concentrado y carece de inserción en el Congreso. En su carrera se conjugan diferentes elementos negativos: su inquebrantable libre albedrío, la burocracia, la obsecuencia de funcionarios, la ausencia y adversidad de resultados, la falta de colaboración de la oposición. Los caminos indicados conducirán a un fiasco de su gestión. Incluso, una vez terminado su período de gobierno, será habitual que se inicien en su contra causas judiciales –con fundamentos o sin ellos– para determinar su responsabilidad por actos presuntamente ilícitos.

El presidente también posee poderes de influencia política que corren en paralelo a sus atribuciones constitucionales. Estos poderes no reglados cobran entidad porque el presidente es una de las personas más notables de la sociedad. En virtud de que no se trata de poderes reglados, no resulta factible un tratamiento puntual, ante la ausencia de evidencia normativa. Pese a ello, en más de dos siglos de práctica del presidencialismo, la escasa influencia del presidente sobre el Congreso marca, por lo general, un estancamiento o una

parálisis de la actividad política. Contrariamente, el ejercicio de atribuciones presidenciales eminentes tiende al abuso e indica una crisis en la separación de los poderes constitucionales.

Basta analizar qué ocurre, por ejemplo, con la influencia del Ejecutivo sobre los servicios de comunicación audiovisual, una situación no reglada en la Ley fundamental. Al inventarse la presidencia en el siglo XVIII, sólo existía la prensa escrita. Hoy el discurso de los presidentes puede ser divulgado y transmitido, al instante y a cualquier lugar del mundo, por fuentes orales, escritas o audiovisuales, en diversos tipos de soportes. El abuso de la oficina del presidente en el manejo de los servicios de “comunicación”¹⁰⁴ insinúa una frustración de la democracia, porque devalúa el derecho a la comunicación: un bien colectivo y fundamental de la comunidad. Además, en los últimos años, determinadas autoridades presidenciales deciden abandonar la pauta publicitaria del Estado en medios de comunicación porque han criticado su gestión.

El ejercicio abusivo del presidente sobre los medios de comunicación hace que colapse cualquier posibilidad de deliberación genuina en el auditorio ciudadano. De la misma manera que un presidente podría abusar del derecho a la comunicación, una hegemonía en la propiedad de los medios podría volcarse, con semejante naturaleza, contra las políticas presidencialistas. Los sistemas de gobierno, incluido el presidencialismo, observan una notable reducción del “peso y la esencialidad de los partidos políticos” (Sartori, 2000, p. 110), una espinosa circunstancia que determina y obliga a estos últimos a transformarse y adecuarse a los influjos de la “video-política”. La nueva plaza pública de un presidente son los medios de comunicación y las redes sociales; las ágoras multitudinarias y en asambleas abiertas parecieran una rémora de un pasado que no volverá.

Es imposible agotar la lista de poderes reglados e influencias sin reglas del presidente. Debe remarcar que el presidente debe cumplir con su tarea individual de representación del Estado propio y ante cada uno de los miembros que conforman la constelación de Estados del mundo. También ejerce la representación estatal en el ámbito de organizaciones supraestatales como la ONU, la OEA, la UNESCO, etcétera. En los mencionados ámbitos, el presidente debería cultivar las relaciones exteriores de su Estado, porque resulta ser el encargado constitucionalmente elegido para cumplir la misión con lealtad, respeto y vocación de paz. Ningún presidente, por ejemplo, debería estrechar relaciones con países que comprometiesen la paz interior de su

104 La Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, en su art. 220, inc. 5°, dispone que los medios de comunicación social no pueden ser objeto de monopolio u oligopolio.

propia comunidad. O manifestar, en su recorrido internacional, sugerencias que contradigan el Derecho de su propio país y que consten en la Escritura fundamental.

Los argumentos expuestos sostienen la imperiosa necesidad de democratizar el sistema de gobierno presidencial. Ciertamente, el modelo reviste alguna utilidad para afrontar momentos de zozobra. Sin embargo, el monopolio que instituye espanta toda alternativa para igualar a los ciudadanos en una sociedad abierta. El liderazgo del presidente resulta, en muchísimas oportunidades, antidemocrático, porque debilita la posición del Congreso o se caracteriza por una emanación de órdenes sin consulta ni invitación para la toma de decisiones (Bunge, 2009). Hay un único protocolo para cambiar el presidencialismo: el propio proceso de reforma constitucional instaurado en la Escritura fundamental de cada uno de los países de América del Sud.

Para mejorar el sistema se debería promover una discusión racional. El modelo revela notable incapacidad para asegurar la estabilidad del orden constituyente y fomentar el diálogo en una democracia cuya naturaleza participativa surge desde el mismo instante en que se trata del autogobierno de la comunidad.

La propuesta democratizadora de los sumos poderes debería posarse en el diseño de mecanismos para conjurar los abusos o desvíos autoritarios de la autoridad del presidente. Así, se podría bosquejar un menú para aquietar, aliviar o corregir la naturaleza dominante del presidencialismo. Una vez abierta la discusión, se podría pensar en colegiatura del órgano y asignarle una naturaleza plural de individuos, o en la nominación de un primer ministro con acuerdo congresual. También se podría sumar el anclaje en el Congreso de todos los ministros, o en otras posibles formas de fusión que provengan de la experiencia del sistema de gobierno parlamentario. Obviamente, se deberían eliminar las habilitaciones para que el presidente pueda convertirse en legislador o asumir cualquier método para legislar: una vez autorizado el monopresidente para legislar sobre la vida, la libertad, la fortuna de toda la ciudadanía y los bienes del Estado, todo quedará sometido al absolutismo omnímodo de una sola persona. En el tipo de Estado constitucional con sesgo democrático deben ser eliminadas –o reducidas a su mínima expresión– cualquier vía que autorice o habilite el despotismo. Precisamente, la república, la casa de toda una ciudadanía, fue pensada para enterrar cualquier forma de absolutismo. También debería repensarse la tarea jurisdiccional por la que se habilita al presidente.

El sesgo democrático que propone el presidencialismo no es robusto. Puede aumentar la gobernabilidad. Sin embargo, cuando ella se reduce, suele caer en pendiente el sistema de gobierno. Además, en el sistema presidencial, su inestabilidad siempre impactará en la línea de flotación del modelo y provocará la crisis del hundimiento. Por eso mismo, resulta de una falsedad absoluta la afirmación de que el presidencialismo constituya un modelo erguido para navegar en medio de tempestades institucionales. Es suficiente revisar el funcionamiento del modelo en la región durante los últimos cuarenta años. Se impone una sentencia contraria.

América del Sud posee más de dos siglos de experimentos presidencialistas. No se han presentado otros desarrollos. Con evidencia palmaria se comprueba que una supremacía del poder Ejecutivo no ha logrado –y no logra– apaciguar la vulnerabilidad y exclusión social. ¿El presidente no es un monarca elegido, valga el contrasentido, con veleidades de un director o déspota con poderes hegemónicos?

4. Telón

Las comunidades de ciudadanos, al elegir presidente, ungen a un funcionario para ejercer la autoridad suprema ejecutiva. Será un monólogo y a discreción del escogido. La persona elegida, como ninguna otra en la historia de la humanidad, deberá poseer un razonamiento equilibrado, ponderado y racional las 24 horas de cada uno de los días que marque su tránsito en el servicio público. Merced a la experiencia de más de 200.000 años, no hay animal racional que posea tal virtud y juicio divino. Quizá, en el futuro, la inteligencia artificial asegure otros medios, alternativas o posibilidades.

En el presidencialismo, su titular, el “monopresidente”, será –o tratará de ser– un director absoluto y regio del proceso constitucional, gracias a un elenco notabilísimo de atribuciones regladas, a las que se adicionarán las no regladas, propias de su posición en el orden estatal. él tendrá influencia y autoridad mientras dure la energía de su poder supremo. El Congreso no podrá desbancarlo, no habrá voto de confianza parlamentario y el juicio político para la destitución del “príncipe” constituirá una cuestión más cercana a la heurística constituyente que a la realidad efectiva, porque requerirá de mayorías congresuales extraordinarias para su impulso y concreción, con excepción de las experiencias suscitadas, especialmente, en Brasil.

Un monopresidente siempre ha de proponer la tormenta infinita de la confrontación política. Si su atormentada gestión alcanza el éxito, se produce un

desconsuelo en el adversario. Si la autoridad fracasa, no hay que ser mago para conocer los resultados desastrosos; en el momento de la caída o debilitamiento total del monopresidente se podrá recordar el monólogo final de Próspero: “Ya mis hechizos los dejé de lado...Hacedme libre con vuestra indulgencia”. (William Shakespeare, *La tempestad*).

El cargo de presidente será inoculado con la institución de sus poderes ejecutivos inherentes, aunque también disfrutará de poderes de naturaleza legislativa y hasta jurisdiccional. Esa naturaleza unitaria es la que inhibe e impide cualquier intento de racionalización. La individualidad de las atribuciones del “príncipe republicano” denota la inmediata necesidad que reclama la “democratización del poder presidencial” (Valadés, 2008, p. 123). Ello podría suceder, quizá, con un gobierno de gabinete de ministros que tuviese personalidad, iniciativa, anclaje congresual y responsabilidades propias (Valadés, 2008, p. 124). También, con la colegiatura de la institución ejecutivo-presidencial, y conferirle una naturaleza plural, al estilo de la Constitución de Uruguay de 1952. Cualquier cambio requerirá de una enmienda o reforma constitucional en los países elegidos. Una destacada complacencia con el sistema de gobierno presidencialista se sitúa, quizá, en la propia raíz de confrontación, litigio y ausencia de neutralidad, que se amontonan en las cualidades del modelo estudiado.

El instrumento “Ley fundamental”, con sus tipos de reglas, alienta diversas clases de “procesos públicos”¹⁰⁵: división y control del poder; gobernanza y estructuración democrática. La idea de proceso público implica el movimiento de la conducta humana y su intersubjetividad. Los procesos públicos, autorizados por la Constitución, con su modo de accionar o de obrar siempre guiado por la razón suprema, deben conducir al desarrollo y al progreso de los existentes en la Ley fundamental. La separación del poder, la determinación de las autoridades, el establecimiento de los derechos, la búsqueda de acuerdos estables y duraderos son proposiciones para alcanzar un grado importante de justicia social y de paz comunitaria.

Nuestros presidencialismos en América del Sud, afincados en sus fundamentos constitucionales normativos y en los testimonios emanados de la fuerza normativa de lo fáctico, han degenerado en sistemas gubernativos, ni tan divisorios del poder, ni por tanto tan equilibrados ni controlados. El presidente

105 Para Peter Häberle, la interpretación de la Constitución como proceso público significa, en parte, “programa” y, en parte, también “realidad” y “actualidad” de los realizadores de toda sociedad abierta, con independencia del hecho de que dispongan o no de jurisdicción constitucional (Häberle, 2013, p. 102).

puede traspasar los límites sugeridos por el Derecho y, razonablemente, no hay efectividad en su contención, a tiempo, por los otros poderes. Así, un ideal de gobierno limitado se distorsiona todavía más como hace con habitualidad el hiperpresidencialismo y desciende al fangoso terreno de la “autocracia electiva” (Bovero, 2023, p. 18), alimentada de un cuerpo electoral que brega denodadamente entre la ingenuidad, la ignorancia y la esperanza. Hay elecciones en las que la ciudadanía es, fatalmente, espectadora, como sucedió, sólo para dar algunos ejemplos, en Venezuela desde el 2012 (sin igualdad de armas), en el Perú (1990-2000), en Brasil entre 2019 y 2022, en la Argentina desde diciembre del 2023. Con esto quiero decir que sólo atina a sufragar y elegir jefe supremo, el señor monopresidente, de quien por supuesto esperará, sin fundamentos, que tenga la lucidez, la estabilidad emocional, la preparación intelectual y la sensibilidad social para decidir todos los días que dure su mandato por “todos nosotros”. Amén.

Referencias

- ACKERMAN, Bruce. *La nueva división de poderes*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- BIANCHI, Alberto B. *La separación de poderes: Un estudio desde el Derecho comparado*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2019.
- BIDART CAMPOS, Germán. *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar, 1995.
- BOSCH, Jorge Tristán. *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de poderes*. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1945.
- BOVERO, Michelangelo. Autocracia electiva. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, Año 21, n. 1, junio de 2023.
- BUNGE, Mario. El presidencialismo, un verdadero cáncer. *La Nación*, Buenos Aires, 21 jul. 2009. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/el-presidencialismo-un-verdadero-cancer-nid1152736/>. Acceso en: 17 fev. 2025.
- CARPISO, Jorge. *El presidencialismo mexicano*. México: Siglo XXI Editores, 2002.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Populismo y Estado populista*. Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, 16 abr. 2024, discurso inédito, cedido gentilmente por su autor.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto Costituzionale comparato*. Padova: CEDAM, 1999. 5. ed.

- FERREYRA, Raúl Gustavo. *Bosquejo sobre la Constitución*. Buenos Aires: Ediar, 2022.
- FERREYRA, Raúl Gustavo. Tentativa para destruir la Constitución. *Palabras del Derecho*, 9 abr. 2024. Disponible en: <https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/4949/Tentativa-para-destruir-la-Constitucion>. Acceso en: 14 fev. 2025.
- HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. México: UNAM IIJ, 2003.
- HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2013.
- HAMILTON, Alexander. LXX, 18/3/1788. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John, *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- LOCKWOOD, Henry. *The abolition of the presidency*. New York: Worthington, 1884.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1979.
- MERKL, Adolf. *Teoría general del Derecho administrativo*. Santiago de Chile: Olejnik, 2018.
- NERCESIAN, Inés. *Presidentes empresarios y Estados capturados: América Latina en el siglo XXI*. Buenos Aires: Teseo, 2020.
- PROUDHON, Pierre-Joseph. Que la Présidence, c'est la Monarchie. In: *Melanges. Articles de Journaux (1848-1852)*. Premier Volume, Paris, Librairie Internationale, 1868 [1848].
- RUSSELL, Bertrand. *Power. A New Social Analysis*. London: Allen & Unwin, 1948.
- SALGADO PESANTES, Hernán. *El sistema presidencial en América Latina*. Quito: CEP, 2017.
- SARTORI, Giovanni. *Homo videns: la sociedad teledirigida*. Buenos Aires: Taurus, 2000.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1992.
- VALADÉS, Diego. *El control del poder*. México: UNAM, IIJ, 2000.
- VALADÉS, Diego. *El gobierno de gabinete*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- VALADÉS, Diego. *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*. México: Academia Mexicana de la Lengua-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- ZINN, Howard. *Nadie es neutral en un tren en marcha: historia personal de nuestro tiempo*. Guipúzcoa: Hiru, 2001.

Competência compartilhada, o desenho do Comitê Gestor do IBS e a constitucionalidade da EC n. 132/2023: considerações a partir da interseção entre federalismo fiscal, autonomia e representação territorial no Estado federal

Shared competence, the design of IBS Management Committee and the constitutionality of EC n. 132/2023: considerations based on the intersection between fiscal federalism, autonomy and territorial representation in the federal State

Competencia compartida, el diseño del Comité de Gestión del IBS y la constitucionalidad del EC n. 132/2023: consideraciones desde la intersección entre federalismo fiscal, autonomía y representación territorial en el Estado federal

Raquel de Andrade Vieira Alves

Advogada. Doutora em direito econômico, financeiro e tributário pela Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em finanças públicas, tributação e desenvolvimento pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Ex-assessora de ministro do Supremo Tribunal Federal. É autora dos livros: *O papel do Senado no federalismo fiscal brasileiro e a crise de representação dos Estados* (2025) e *Federalismo fiscal brasileiro e as contribuições* (2017).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Federalismo e bicameralismo: da justificação aristocrática à ideia de representação territorial – entre autonomia e participação das unidades descentralizadas no Estado federal; 3. Canais alternativos de representação territorial e federalismo fiscal; 4. Reforma tributária e a centralidade da lei complementar do IBS: competência compartilhada e iniciativa legislativa; 5. O desenho institucional do Comitê Gestor do IBS e a (in)compatibilidade com um modelo de órgão interfederativo; 6. Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o exercício da competência compartilhada do IBS entre estados, Distrito Federal e municípios, bem como a estrutura e o funcionamento do Comitê Gestor do IBS, a fim de verificar a compatibilidade do modelo tributário proposto na EC 132/2023 com o pacto federativo previsto pelo constituinte de 1988, sob a ótica da representação territorial.

PALAVRAS-CHAVE: federalismo fiscal; competência compartilhada; representação territorial; reforma tributária; Comitê Gestor do IBS.

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction; 2. Federalism and bicameralism: from aristocratic justification to the idea of territorial representation – between autonomy and participation of decentralized units in the federal State; 3. Alternative channels of territorial representation and fiscal federalism; 4. Tax reform and the centrality of the IBS complementary law: shared competence and legislative initiative; 5. The institutional design of the IBS Management Committee and the (in)compatibility with an interfederative body model; 6. Final considerations; References.

ABSTRACT: This essay aims the analysis of the exercise of the shared competence of IBS between states, Federal District and municipalities, as well as the structure and functioning of the IBS Management Committee, in order to verify the compatibility of the tax model proposed in EC 132/2023 with the federative pact provided for by the 1988 constituent, from the perspective of territorial representation.

KEYWORDS: fiscal federalism; shared competence; territorial representation; tax reform; IBS Management Committee.

CONTENIDO: 1. Introducción; 2. Federalismo y bicameralismo: de la justificación aristocrática a la idea de representación territorial – entre la autonomía y la participación de las unidades descentralizadas en el Estado federal; 3. Canales alternativos de representación territorial y federalismo fiscal; 4. La reforma tributaria y la centralidad de la ley complementaria del IBS: competencia compartida e iniciativa legislativa; 5. El diseño institucional del Comité de Gestión del IBS y la (in)compatibilidad con un modelo de órgano interfederativo; 6. Consideraciones finales; Referencias.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo analizar el ejercicio de la competencia compartida del IBS entre estados, Distrito Federal y municipios, así como la estructura y funcionamiento del Comité de Gestión del IBS, con el fin de verificar la compatibilidad del modelo tributario propuesto en la EC 132/2023 con el pacto federativo previsto por el constituyente de 1988, desde la perspectiva de la representación territorial.

PALABRAS-CLAVE: federalismo fiscal; competencia compartida; representación territorial; reforma tributaria; Comité de Gestión del IBS.

1. Introdução

A reforma tributária, aprovada pela Emenda Constitucional (EC) n. 132/2023 e ainda em fase de regulamentação e implementação, promove profundas mudanças na tributação do consumo no Brasil, com reflexos significativos nas finanças dos entes federados. Um dos fundamentos do novo sistema está calcado na simplificação a partir da unificação dos dois principais impostos de competência estadual e municipal: o ICMS e o ISS, que resulta no novo Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), cuja competência será compartilhada entre estados e municípios (art. 156-A, da Constituição Federal).

Assim, a própria ideia de competência tributária passa por uma ressignificação, já que até hoje o sistema tributário nacional nunca trabalhou com a hipótese de compartilhamento de competências entre entes federados diversos. O máximo que se pode observar é o caso do Imposto sobre Propriedade Territorial Rural (ITR), que não se submete à competência compartilhada, porquanto o sujeito ativo para sua instituição é a União. Há, porém, possibilidade de delegação da capacidade tributária ativa (não da competência) aos municípios, mediante opção, nos termos do art. 153, § 4º, III, da Constituição Federal, o que, automaticamente, importa em aumento do percentual de receita partilhada, conforme dispõe o art. 158, II, da Carta.

Considerando-se que a atribuição constitucional de competências tributárias e a partilha de receitas entre os entes federados constituem formas de garantia da autonomia financeira dentro do Estado federal, o compartilhamento de competências do IBS, inaugurado no Brasil com a EC n. 132/2023, passa a ser também objeto de análise dos estudos acerca do federalismo fiscal brasileiro.

É que a competência compartilhada vai necessariamente requerer um compartilhamento de estruturas arrecadatórias, fiscalizatórias e normatizadoras no âmbito administrativo, entre estados, Distrito Federal e municípios, e também no âmbito judicial, entre esses entes e a União, na medida em que as

demandas referentes ao IBS que serão submetidas ao Judiciário não poderão ter desfechos opostos às relativas à CBS, que foi concebida como um tributo “irmão” do IBS (Gomes, 2023).

Mais do que isso: o compartilhamento de competências vai requerer ainda a possibilidade de instituição compartilhada do IBS, função que, como não poderia deixar de ser, foi atribuída pela EC n. 132/2023 à lei complementar tributária. Se a lei complementar já possuía certo papel federativo importante, como instrumento de harmonização da legislação tributária de estados, Distrito Federal e municípios, a partir da reforma tributária, a lei complementar do IBS adquire função ímpar dentro do federalismo fiscal brasileiro, pois será o instrumento por meio do qual se concretizará o compartilhamento de competências.

Ao lado da lei complementar do IBS, o Comitê Gestor do IBS exsurge como ponto central na concretização do compartilhamento de competências entre os entes subnacionais, tendo em vista que caberão ao referido órgão a operacionalização da normatização comum do IBS, a coordenação das atividades administrativas relativas ao imposto, a decisão sobre o contencioso administrativo comum, bem como a distribuição do produto da arrecadação do IBS entre estados, Distrito Federal e municípios (art. 156-B, I a III, e § 2º, V, da Constituição Federal).

Nesse cenário, os dilemas que se verificam atualmente em matéria de federalismo e representação territorial diante de uma Federação de três níveis, como a brasileira, apenas se agudizam, o que revela novas questões envolvidas pela mesma roupagem: como se garantir que a autonomia financeira dos estados, do Distrito Federal e dos municípios não seja abalada pelo novo sistema tributário? Ou, em outras palavras: como se assegurar a compatibilidade do novo modelo tributário previsto pela EC n. 132/2023 com o pacto federativo definido pelo constituinte de 1988?

É a esse questionamento que o presente artigo se propõe responder, com base na análise da interseção entre federalismo e bicameralismo, também traduzida a partir da indissociabilidade entre as dimensões participativa e de exercício autônomo das competências legislativas e administrativas por cada ente nas federações contemporâneas, bem como no funcionamento dos canais alternativos de representação territorial, que, ao lado da Câmara Alta, dão concretude à faceta participativa do Estado federal.

Na sequência, passa-se ao exame da partilha de competência entre estados, Distrito Federal e municípios, nos termos da EC n. 132/2023, com especial

enfoque na iniciativa da lei complementar instituidora do IBS e no desenho institucional do Comitê Gestor do imposto, a fim de se aferir seu real caráter de organismo de representação territorial na formulação de políticas relativas ao IBS e na administração do imposto.

2. Federalismo e bicameralismo: da justificação aristocrática à ideia de representação territorial – entre autonomia e participação das unidades descentralizadas no Estado federal

O bicameralismo confere ao estado-membro ingerência ativa nas decisões políticas de âmbito nacional e se torna ponto característico do sistema federativo. Não obstante, o modelo bicameral não surgiu com o Estado federal, mas tem origem fortuita, calcada na divisão de classes sociais no Parlamento britânico. Nasceu, portanto, da diferenciação entre classes aristocráticas e da respectiva necessidade de representação distinta de seus interesses frente ao trono e, ao longo da história, adquiriu papel fundamental no *design* institucional da Federação, por intermédio da atuação da Câmara Alta (Alves; D’Araújo, 2023, p. 35-50).

Com o tempo, o bicameralismo se despreendeu da conotação social que lhe deu origem, a partir do momento em que os Estados Unidos passaram a empregá-lo sob o viés federativo, de modo à Câmara Alta¹⁰⁶ representar os estados e à Câmara Baixa, a vontade do povo, só que a partir de então não mais ao acaso como sucedeu no modelo original. Por isso, de forma perspicaz, Jacques Cadart afirma que enquanto o sistema britânico de duas câmaras representa o resultado fortuito de uma evolução não intencional, o bicameralismo do Estado federal é lógico e necessário (Cadart, 1990, p. 360).

Para se compreender a racionalidade da divisão do poder legislativo em duas Casas no modelo americano, é preciso retomar-se a experiência colonial na América e sua relação com o Império Britânico porque, dentre os vários fundamentos federalistas que foram disseminados durante o Império, o mais significativo foi justamente o da necessidade de representação das colônias no Parlamento britânico.

Como bem observou Michael Burgess, o relacionamento império-colônia britânico constituiu uma arena fértil para ideias políticas diferentes e “quase-federais” (Burgess, 2006, p. 52). Essas ideias tratavam, na verdade, de

106 No presente artigo, utilizamos as expressões “Segunda Casa”, “Segunda Câmara”, “Câmara Alta” ou “Senado” para se referir, de modo geral, às segundas casas que integram o Poder Legislativo ou que funcionam como segunda instância de deliberação no processo legislativo e que não desempenham o papel formal de representação da vontade popular, o que se reflete na sua composição, atribuições e regras de funcionamento.

sugestões para os problemas identificados na experiência prática dos governos locais, especialmente os que envolviam a relação entre as colônias americanas e a pátria-mãe inglesa.

É interessante notarmos que mesmo antes da independência, no início do século XVII, as colônias americanas gozavam de certa autonomia, pois eram-lhes permitidas a manutenção de um governo próprio e a edição de leis pelas assembleias locais, desde que não conflitassem com as leis elaboradas pelo Parlamento britânico. Em 1775, New Hampshire foi a primeira colônia a elaborar uma constituição. Buscando deixar claro o rompimento com as instituições políticas da Inglaterra, Virgínia, em 1776, no próprio ano da independência, elaborou e adotou uma constituição, que também exerceu grande influência na configuração da Constituição dos Estados Unidos de 1787 (Dallari, 2013, p. 232).

Para além da organização jurídica dos governos locais e da ideia de liberdade, a experiência prática das colônias americanas trouxe à tona a necessidade de união em prol de um interesse comum: conter-se a ameaça inglesa ao exercício da liberdade econômica na América. Essa necessidade de união se refletiu em diversas reuniões e acordos escritos entre as colônias, celebrados por meio de seus representantes delegados, como a Confederação da Nova Inglaterra, em 1643. Os sucessivos encontros de delegados locais, a seu turno, serviram para estreitar as relações entre as colônias e acelerar o processo de independência norte-americana da Inglaterra, declarada em 4 de julho de 1776, após alguns conflitos armados entre as tropas americanas e inglesas, e com apoio decisivo da França.

Ou seja, o federalismo, enquanto mandamento conciliador da unidade na diversidade, apareceu como saída prática para questões administrativas tanto na relação entre o Império Britânico e suas treze colônias, dada a extensão territorial americana, quanto na relação interna de cada colônia e suas cidades integrantes, e surgiu, em seguida, como solução imprescindível à manutenção da independência, no contexto confederativo.

É justamente a necessidade de maior coordenação central e de estabelecimento de regras harmônicas a serem observadas em nível nacional, no período que se seguiu à independência das treze ex-colônias, que vai contribuir para o desenvolvimento do arcabouço teórico que conduziu ao surgimento da Federação americana. Por isso, Michael Burgess se refere às ideias da época colonial como “quase-federais”.

Nesse contexto, a grande contribuição teórica da experiência colonial americana para divisão do Poder Legislativo em duas Casas dentro do Estado federal foi a teorização em torno da ideia de representação territorial no Parlamento, que vai além do princípio democrático da representação política sob a ótica do indivíduo isoladamente considerado. Dentre as obras importantes do ponto de vista da elaboração de argumentos jurídicos para justificação da independência das treze ex-colônias, ao lado das de Thomas Jefferson e das de John Adams, está o trabalho magistral de James Wilson, publicado em 1774, intitulado *Considerações sobre a natureza e a extensão da autoridade legislativa do Parlamento britânico* (Wilson, 2017).

Escrito em 1768, o trabalho de James Wilson foi um dos primeiros a desenvolver uma argumentação jurídica apta a justificar a necessidade de rompimento do domínio britânico em relação às colônias norte-americanas. Para tanto, aduziu que estas não poderiam se sujeitar às leis editadas pelo Parlamento britânico, uma vez que não possuíam representação naquela legislatura, a exemplo do que ocorria com a Irlanda na época, que, apesar do domínio britânico, tinha seu próprio Parlamento, como forma de representação de sua população perante a Coroa.

Dessa forma, com base na ideia de consentimento e de que todo poder deriva das pessoas, James Wilson negava a autoridade legislativa do Parlamento britânico sobre as colônias norte-americanas, sem, contudo, rechaçar o dever de lealdade ao rei inglês, por parte da população das colônias.

A origem da ideia de representação política, no entanto, é anterior aos escritos de James Wilson e dos demais *founding fathers*. Com raiz etimológica na concepção básica de “agir no lugar de”, o termo surgiu na Grécia e na Roma Antiga. Entretanto, como explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho, essa representação nada mais era do que a imputação jurídica da vontade do representante ao representado, cuja concordância com aquela era presumida (Ferreira Filho, 2002, p. 64 e 65).

Somente a partir da Idade Média surgem os órgãos representativos, não mais com base na ideia de imputação de vontades, mas para exprimir a vontade dos representados; ou seja, a representação, como instrumento de participação e de expressão da vontade dos governados no governo, aparece na época medieval. A representação medieval, porém, tem caráter mandatário de expressão de interesses particulares, cuja legitimidade não se discute (Ferreira Filho, 2002, p. 64 e 65)

Aparece em Hobbes, em 1651, no sentido de “autorização”. Contudo, foi a partir da segunda metade do século XVII que o significado de representação se multiplicou na língua inglesa, com a conotação de representação não apenas dos eleitores, como espécie de mandato, mas de toda a nação, incluídos aqueles que não participaram da eleição (Ferreira Filho, 2002, p. 45).

Montesquieu, na obra capital *O espírito das leis*, de 1748, afirmava que o homem livre é aquele que governa a si próprio, mas como isso seria impossível nos grandes Estados e sujeito a muitos inconvenientes nos pequenos, seria preciso que o povo o fizesse por meio de seus representantes. Apesar de não considerar o povo apto a exercer o poder legislativo de forma direta, Montesquieu defendia a capacidade do povo de escolher seus representantes para estes discutirem os negócios públicos, o que preconizava um modelo representativo, sem que isso significasse um mecanismo da democracia (Montesquieu, 1996).

Como defensor de uma monarquia constitucional sob a denominação de “governo moderado”, Montesquieu se debruçou sobre a realidade do modelo inglês pós-revolução gloriosa, na primeira metade do século XVIII, a fim de buscar inspiração para o que considerou como “governo ideal”.

Tendo em conta o contexto inglês de conflitos entre o povo e o rei, na tentativa de impor limites ao poder absoluto deste, Montesquieu elaborou a teoria da separação de poderes, de modo a que nenhum estivesse concentrado na figura do governante, sem, porém, ignorar a existência e a necessidade de influência da nobreza da época no Parlamento britânico.

Como afirma José Levi do Amaral Júnior, para evitar a degeneração da liberdade caso a nobreza e o povo estivessem confundidos no Parlamento, Montesquieu sustentou que o Poder Legislativo deveria ser confiado tanto à nobreza hereditária, quanto aos representantes eleitos, desde que ambos fossem alocados em Câmaras legislativas separadas (Amaral Júnior, 2008, p. 56-68).

Essa é a razão do bicameralismo em Montesquieu. Nesse contexto, em que a limitação ao poder absoluto do rei deveria conviver com a representação popular e a nobreza hereditária dentro do Poder Legislativo, a Câmara Alta funcionaria como espécie de poder intermediário entre o monarca e o povo, este representado na Câmara Baixa. Ambas, por sua vez, faziam parte do mecanismo de freios e contrapesos ao poder monárquico.

Dessa forma, embora em comparação ao argumento puro e simples da divisão social de classes seja possível observarmos grande evolução na justificação do bicameralismo a partir da teoria da separação de poderes, prevalecia ainda o caráter moderador da Câmara Alta no Parlamento.

A partir do surgimento da Federação americana e da teorização em torno da noção de democracia representativa, o bicameralismo adquiriu nova justificativa e a ideia de representação de diferentes interesses pelas duas Casas do Parlamento ajustou-se perfeitamente à necessidade de representação dos interesses dos governos estaduais em igualdade de condições perante o governo central.

Em perfeita síntese, Gilberto Bercovici (2001, p. 229) reconhece como ponto central da estrutura do Estado norte-americano e da sua democracia: a junção do mecanismo de freios e contrapesos com o federalismo ou, em outras palavras, a separação horizontal de poderes conjugada com a separação vertical. Pode-se dizer, assim, que a revolução republicana rompeu a lógica da justificativa da existência da Segunda Casa calcada na representação das distintas classes sociais existentes ao mesmo tempo em que a Federação americana trouxe justificativa alternativa para a divisão do Poder Legislativo, baseada na representação territorial.

É dentro desse contexto que Paulo Bonavides (2000) afirma a existência de dois princípios capitais que constituem a chave de um sistema federativo: a lei da participação e a lei da autonomia. Pela lei da participação, os estados-membros tomam parte dentro do processo de elaboração da vontade política nacional, isto é, os estados que integram a Federação participam ativamente das deliberações conjuntas das quais resultarão regras de observância obrigatória por todos os entes federados.

De outro lado, a lei da autonomia garante às unidades federadas a possibilidade de estatuírem ordem constitucional própria e de atuar como sistema completo de poder, com legislação, governo e jurisdição próprios, na esteira dos princípios básicos da Constituição. Essa autonomia se revela, assim, sob a ótica da capacidade de auto-organização, de autogoverno e de autossuficiência financeira.

Nesse ponto, a moderna compreensão do federalismo, a partir do fenômeno do federalismo cooperativo, requer a atribuição de maior importância ao ângulo da participação dos entes na formação da vontade política de toda a Federação em comparação com a ótica da autonomia constitucional de cada unidade descentralizada em matéria legislativa, executiva e judiciária.

É como se dizer, no modelo federativo de cooperação, marcado pela alta interdependência entre os níveis central e subnacional de governo, em contraposição à visão isolada do exercício das competências autônomas pelos entes, a noção de equilíbrio impõe que se considere, na interpretação da respectiva

expressão, ao lado de outros elementos, como por exemplo, o compartilhamento de competências legislativas e de receitas, a existência de certa disciplina que garanta a efetiva participação dos entes subnacionais nas arenas decisórias centrais da Federação.

E não poderia ser diferente, considerando-se que a própria necessidade de estabelecimento de políticas coordenadas de amplitude nacional, como se verifica em determinadas áreas como saúde, educação e redução de desigualdades regionais, acaba conduzindo à centralização da formulação de estratégias de ação, a demandar o fortalecimento da faceta participativa do federalismo.

A redução da importância da autonomia dos entes federados no exercício de suas competências em relação a determinados assuntos dá lugar à participação das entidades descentralizadas nas decisões centrais da Federação. Daí exsurge a centralidade da Câmara Alta como órgão de representação territorial nos debates em torno do Estado federal bicameral. Como bem identifica Fernanda Dias Menezes de Almeida (2013, p. 13 e 14), dentre os aspectos societários da Federação, há que existirem instrumentos de participação dos estados-membros no governo central, orientação que tem sido assegurada por meio da institucionalização do Senado no âmbito do Poder Legislativo federal.

Portanto, a ideia de que as unidades autônomas da Federação devem tomar parte das decisões políticas formuladas no plano nacional, tanto quanto os cidadãos devem ter seus interesses individuais representados no processo legislativo decisório do Parlamento federal, une de forma indissociável o federalismo e o bicameralismo.

3. Canais alternativos de representação territorial e federalismo fiscal

Conforme se depreende das ideias expostas, os regimes federativos dotam os indivíduos de múltiplas participações em grupos, uma vez que são eles simultaneamente cidadãos do Estado federal e de suas unidades constituintes. Por meio dessas unidades – *Länder*, cantões, estados ou províncias – ampliam-se as possibilidades de contribuição do cidadão na política, como eleitores e como ativistas de interesse (Burgess, 2006, p. 205).

A grande questão é que, nos Estados federais, a presença das partes (de seus povos, ou de qualquer das instituições que as representam) por meio de uma representação específica (distinta da de seus cidadãos individuais como um todo) rompe a lógica meramente aritmética da composição do povo federal

(equivalente à soma de todos os cidadãos federais) e introduz um fator de correção, um contrapeso que permite a outros sujeitos e outros interesses também estarem presentes no processo de formação da vontade federal (Rovira, 2004, p. 7).

Esse contrapeso se manifesta, em geral, pela representação territorial na Segunda Casa dos parlamentos federais, embora conforme reconhece Enoch Albertí Rovira (2004, p. 9), a representação territorial em certos âmbitos federais de decisão também pode ser instrumentalizada por outros mecanismos, à margem ou com independência da Segunda Câmara, como é o caso, por exemplo, da designação de membros aos mais altos cargos federais, visto que algumas Federações preveem, para tanto, mecanismos eletivos que incluem ou levam em conta as entidades territoriais.

De acordo com essa lógica, e tendo em conta a perda de conexão que se observa entre a representação dos interesses territoriais pelos membros de Câmaras Altas que ocupam os respectivos cargos mediante eleições diretas, alguns autores, como Sérgio Prado e Francisco Palermo, além de Wilfried Swenden (2001, p. 103-123) e de Paulo Fernando Mohn e Souza (2023, p. 140), vêm trabalhando com a ideia de “canais alternativos de representação”, que não a Segunda Casa do Parlamento federal. Embora se trate de organismos essencialmente executivos, ou seja, não integrantes do Poder Legislativo, é evidente que acabam constituindo fonte de importantes iniciativas legislativas, posteriormente levadas à apreciação dos parlamentos, reforçando a ligação entre a Câmara Alta e as instituições estaduais.

Com efeito, não se trata de usurpação do papel da Câmara Alta de arena de negociação federativa por excelência, tampouco de concorrência com ela, mas de auxílio à atuação da Casa nas deliberações de propostas de interesse federativo, a fim de se reforçar a representação das entidades subnacionais no Parlamento, pela participação de organismos de pactuação federativa, em âmbito executivo, no processo legislativo.

Especialmente onde há enfraquecimento da representação dos entes subnacionais no Poder Legislativo central, a interlocução entre os referidos órgãos e a Segunda Casa legislativa, com o intuito de se reforçarem os laços coletivos entre os entes subnacionais e de se acrescentarem elementos técnicos da burocracia regional à deliberação central, torna-se essencial à manutenção do equilíbrio federativo.

Para Caio Gama Mascarenhas (2023), esses organismos podem ser denominados de “Conselhos Intergovernamentais”, que atuam como outra forma de

manifestação da “lei da participação” no Estado federal. Constituem canais de comunicação e coordenação horizontais e/ou verticais entre as inúmeras unidades da federação, de basilar importância na tomada de decisões, arquitetura e execução de políticas em diversos níveis administrativos.

Do ponto de vista do federalismo fiscal, a representação das unidades descentralizadas no Parlamento federal, seja por meio de uma Segunda Câmara, seja por intermédio de organismos intergovernamentais que vão além da coordenação na execução de políticas públicas, torna-se essencial à manutenção do equilíbrio financeiro.

Ainda que a garantia da autonomia financeira dos entes no Estado federal possa ser efetivada pela atribuição de competências tributárias próprias a cada ente e por mecanismos de transferências intergovernamentais e de participações no produto da arrecadação (Lobo, 2006), o fato é que há certa tendência moderna à maior centralização de recursos financeiros na esfera central das Federações.

É que a gama e a espécie de atividades assumidas no novo contexto de atuação estatal ensejam não apenas a realização de maiores gastos, como certa coordenação central para sua distribuição equitativa. A impossibilidade de alguns entes federados incrementarem suas receitas frente à inadequação ou à insuficiência das fontes próprias de custeio implica a necessidade de transferências de recursos e de coparticipação no financiamento de políticas e programas (Chambô, 2021, p. 81), sem que se percam de vista as desigualdades regionais que marcam as Federações dotadas de considerável grau de assimetria.¹⁰⁷

Com base nisso, em um primeiro momento, seria possível defender-se que os Estados que não possuem adequada discriminação vertical de rendas, que proporcione às entidades federativas competências tributárias suficientes, dependendo basicamente do produto da arrecadação do poder central, seguiriam tendência centralizadora, com perda significativa da autonomia dos entes subnacionais. Essa afirmação, porém, deve ser vista com temperamentos.

Tomando de exemplo o caso da Federação germânica, verifica-se que, apesar de constituir um modelo de federalismo fiscal baseado essencialmente em impostos federais, a centralização de competências pelo governo central não redundava em perda de autonomia dos entes subnacionais. Isso se deve

107 Como bem observa Paulo Mohn e Souza (2023, p. 4): “Muitas vezes, porém, disparidades regionais fazem com que alguns entes subnacionais precisem do compartilhamento de receitas para desempenhar suas competências e atender às demandas de sua população com o mesmo padrão dos demais”.

ao fato de que os *Länder* possuem direito de participação na elaboração da legislação fiscal em condições de igualdade com a União, e podem ainda fazer uso do direito de veto absoluto à proposta de lei federal que vá de encontro a seus objetivos (Laufer, 1995, p. 139-170).

Dessa forma, os *Länder* exercem influência na Federação em vários âmbitos, em variados graus de intensidade: no Legislativo; nas funções de governo e administração federal; e também, em certa medida, nas funções eletivas e materialmente jurisdicionais. Sob o prisma legislativo, participam da formação da vontade normativa federal, seja de natureza constitucional, legal e até mesmo regulamentar, por meio do *Bundesrat* (Conselho Federal), órgão constitucional criado para tanto, em situações ordinárias, ou do *Gemeinsame Ausschub*, em situações de emergência exterior (Rovira, 1986, p. 131).

Além disso, o sistema alemão conta com mecanismos de conciliação para solução de impasses que inexistem em outros sistemas como o do Brasil, e revela um modelo mais intenso de cooperação dos estados entre si e entre a União (Derzi, 1999, p. 24), o que, aliado à representatividade no Conselho Federal, torna reduzida a possibilidade de violação da autonomia dos estados pelo governo central.¹⁰⁸

Justamente em função disso, o estudo do federalismo fiscal deve acrescentar nova variável de análise, para além do simples relacionamento financeiro entre os entes da Federação e da compatibilidade entre encargos administrativos e rendas (Alves, 2017, p. 18): os mecanismos de participação dos entes subnacionais na formulação de políticas fiscais de interesse federativo. Dentre esses mecanismos encontram-se os organismos interfederativos a que nos referimos como “canais alternativos de representação”, os quais podem ter previsão de interlocução com o Parlamento federal ou atuar formalmente apenas como instância executiva, ainda que em alguma medida representem fontes de importantes iniciativas legislativas.

Um bom exemplo de canal alternativo de representação, e que mais interessa ao objeto do presente artigo, é o Comitê Gestor do IBS, parte essencial da engrenagem desenvolvida pela EC n. 132/2023. Como bem pontuou Caio Gama

108 Nesse sentido: “[...] Tudo isso indica uma forte influência do nível federal sobre os estados e políticas locais e, portanto, nas decisões fiscais estaduais e locais. O outro lado é o alto grau de participação dos *Länder* no processo decisório federal. Sempre que uma lei federal afeta as competências administrativas dos *Länder* ou diz respeito financeiramente aos *Länder* ou aos municípios, é necessária a aprovação do *Bundesrat*. Isso fornece aos *Länder* uma posição forte para contrabalançar o nível federal, especialmente quando os *Länder* agem em conjunto. Isso leva a uma situação em que, por um lado, os *Länder* estão fortemente vinculados à legislação federal, mas, por outro lado, o nível federal não pode decidir muito sem o consentimento da maioria dos executivos dos *Länder*” (Yannick e Feld, 2023, p. 173).

Mascarenhas (2023), por meio desse modelo, sacrifica-se diretamente a autonomia dos estados, Distrito Federal e municípios para legislar sobre seus próprios impostos (notadamente ICMS e ISS) em prol da participação dos entes no colegiado do Conselho Intergovernamental do IBS, com regras de composição e quóruns próprios de aprovação nas deliberações. O desenho institucional do referido órgão, porém, careceria de ajustes para que pudesse, de fato, funcionar como verdadeiro canal de representação dos estados, Distrito Federal e municípios no federalismo fiscal brasileiro. Além disso, a própria concepção do novo imposto sobre consumo ignora a faceta participativa do Estado federal, o que torna inexistente a representação territorial em relação a todos os aspectos do IBS, não só no que concerne à disciplina geral, mas especialmente no tocante à operacionalização da competência compartilhada, isto é, à instituição do IBS.

4. Reforma tributária e a centralidade da lei complementar do IBS: competência compartilhada e iniciativa legislativa

Apesar de o texto final da reforma tributária, refletido na EC n. 132/2023, ter abandonado a ideia inicial de um “IVA federal” único (presente na versão original da Proposta de Emenda à Constituição n. 45/2019), e de ter mantido, formalmente, a competência comum dos estados, Distrito Federal e municípios para tributação das operações com bens e serviços, ao mesmo tempo, suprimiu boa parte de sua competência tributária ao prever a necessidade de uma legislação única em relação ao IBS, sem possibilidade de concessão de incentivos fiscais pelos entes subnacionais, e harmônica em relação à disciplina da CBS, de competência da União. A única margem de autonomia para exercício de uma política fiscal em relação ao IBS deixada a cargo dos estados, Distrito Federal e municípios é a fixação de alíquotas, de tal forma que o imposto será cobrado pelo somatório das alíquotas do estado e do município de destino da operação.

Nesse contexto, o texto da EC n. 132/2023 relega ao Senado e à lei complementar papéis relevantes na introdução e disciplina do principal tributo de competência comum estadual e municipal. Assim, caberá à lei complementar do IBS: instituir o imposto, na forma do *caput*, do art. 156-A, da Constituição Federal; dispor sobre as regras para distribuição do produto de sua arrecadação, o que inclui sua forma de cálculo; disciplinar o regime de compensação do IBS, a forma e o prazo para ressarcimento dos créditos acumulados, os critérios para definição do destino da operação; tratar das hipóteses de

diferimento, desoneração, alíquota zero e regimes específicos e diferenciados de tributação; e dispor sobre o processo administrativo fiscal do IBS; dentre outros aspectos essenciais ao regime de incidência do IBS, nos termos dos §§ 2º a 8º do art. 156-A.

Mas não é só isso. Caberá à lei complementar instituir e reger o Comitê Gestor do IBS.¹⁰⁹ Esse fator evidencia a centralidade da respectiva lei complementar instituidora e definidora das normas gerais do IBS. Se a lei complementar já possuía função altamente relevante, do ponto de vista federativo, ao estabelecer normas gerais de impostos de competência estadual e municipal, com a EC n. 132/2023 torna-se verdadeiro ponto de inflexão não só para o sucesso do modelo proposto, mas para sua própria constitucionalidade, pois até mesmo os critérios de repartição da arrecadação do IBS serão pela lei complementar definidos.

Tamanha é a relevância da lei complementar no contexto do IBS que Valter de Souza Lobato afirma que a EC n. 132/2023 atribui à lei complementar mister absolutamente inédito no direito brasileiro, ao ponto de ser possível se dizer que a lei complementar tributária ganha nova função, ao lado das hoje existentes, que é a de instituir o IBS sob a competência compartilhada de estados, Distrito Federal e municípios (Lobato, 2024, p. 31).

Essa é, sem dúvidas, a mais relevante função dada pela EC n. 132/2023 à lei complementar tributária, porquanto os tributos que hoje devem ser instituídos por lei complementar, mediante atribuição constitucional, são todos de competência federal. Agora, com a EC n. 132/2023, o IBS, cuja competência pertence a um só tempo a estados, Distrito Federal e municípios, deverá também ser instituído via lei complementar. Como, então, compatibilizar o exercício dessa competência tributária compartilhada com o fato de que a instituição do imposto será feita por uma lei formulada pelo Congresso Nacional?

A solução para essa questão está calcada na ideia de representação territorial, própria do Estado federal. Como enfrentado em linhas anteriores, a faceta participativa do Estado federal revela-se primordialmente pela atuação da Segunda Casa legislativa, que, no Brasil, é o Senado Federal. Considerando-se que a participação das unidades autônomas da Federação na formulação de políticas de âmbito nacional constitui um dos pilares do Estado federal, a unir de forma indissociável o bicameralismo e o federalismo, estaria, assim, resolvida a questão proposta a partir da atuação do Senado Federal em relação ao IBS.

¹⁰⁹ Essa tarefa deverá se concretizada com aprovação do Projeto de Lei Complementar n. 108/2024, em apreciação no Congresso Nacional.

Contudo, a prática da Federação brasileira revela que a situação é um tanto mais complexa, uma vez que existem três níveis de governo, um dos quais – o municipal – não possui representação formal no Congresso Nacional. Ademais, mesmo no caso dos estados-membros, que contam com o Senado Federal como arena formal de representação de seus interesses, nos termos do art. 46 da Constituição, o vínculo representativo territorial encontra-se enfraquecido, por variados fatores, dentre os quais, além da eleição direta para o cargo de senador, pode-se se identificar a alta influência partidária nas deliberações da Casa, acompanhada pela inexistência de incentivos jurídicos ao restabelecimento da conexão entre senadores e os respectivos estados representados, nas regras do processo legislativo de proposições em trâmite na Casa.¹¹⁰

Então, se em relação à representação territorial dos estados-membros é possível observar-se certa distensão no vínculo entre senadores e os respectivos entes estatais representados, que afeta diretamente a legitimação federativa da produção legislativa de matérias de interesse regional e alcance nacional pelo Congresso, em relação aos municípios essa legitimidade do ponto de vista federativo sequer existe.

Diferentemente do previsto aos estados, por meio do Senado Federal, a Carta de 1988, embora tenha elevado os municípios à categoria de entes federados, não possibilitou sua participação na arena legislativa central da Federação, assim como deixou a legislação municipal de fora do controle concentrado de constitucionalidade perante o STF.

Para Maria Raquel Firmino Ramos (2018, p. 56 e 57), porém, a ausência de previsão de assento específico para representação dos municípios no Legislativo federal em nada altera seu caráter de ente federativo, porquanto uma das explicações para a respectiva ausência estaria na elevada quantidade de municípios existentes. Assim, a representação municipal se daria de forma indireta, tanto por meio de deputados quanto de senadores, estes últimos os representantes dos estados-membros nas decisões de âmbito federativo do Parlamento.

Embora a posição de Maria Raquel Firmino Ramos seja otimista, o fato é que a ausência de organismo específico para representação municipal no Congresso Nacional gera grave distorção na Federação brasileira, especialmente diante do contexto cooperativo que marca o federalismo contemporâneo, o qual importa na necessidade de concentração de decisões concernentes a

¹¹⁰ Esse tema é, também, objeto de estudo aprofundado por Raquel de Andrade Vieira Alves na obra *O papel do Senado no federalismo fiscal brasileiro e a crise de representação dos Estados*.

determinados setores na esfera central. Ainda que se reconheça que os municípios desempenham forte influência junto à Câmara dos Deputados, essa atuação não possui a mesma transparência e grau de *accountability* que se observa – ou se deveria observar – na representação específica dos Executivos estaduais por parte dos senadores.

Nesse ponto, a EC n. 132/2023 apenas aprofunda essa falta de legitimação federativa, na medida em que suprime as competências próprias em relação à tributação do consumo dos entes estaduais e municipais e, em troca, não lhes fornece os meios adequados para efetivo exercício de influência na formulação das políticas relativas ao imposto de competência compartilhada. Note-se que a competência compartilhada do IBS não envolve a União federal, mas tão somente estados, Distrito Federal e municípios. Não obstante, a lei instituidora do referido imposto não será de competência de nenhum desses entes, mas do Parlamento federal, no qual apenas estados e Distrito Federal possuem representação formal.

Em função disso, e em atuação louvável em prol do equacionamento dos dilemas federativos já existentes, havia no texto da proposta de reforma tributária, que foi aprovado em primeiro turno pela Câmara dos Deputados, em julho de 2023, previsão de iniciativa do Comitê Gestor do IBS (até então “Conselho Federativo do IBS”) para proposição da referida lei complementar instituidora do imposto. Para tanto, o substitutivo aprovado propunha a alteração do § 3º do art. 61 e do *caput* do art. 64 da Constituição Federal, que tratam do processo legislativo federal.¹¹¹ Entretanto, além de não se tratar de iniciativa privativa, eis que se somaria à iniciativa parlamentar e extraparlamentar para projetos de lei complementar e lei ordinária, prevista no *caput* do art. 61, mantinha-se também para as propostas de iniciativa do Conselho Federativo a regra de início da discussão e votação na Câmara dos Deputados, alargando-se o alcance da previsão do art. 64 da Constituição.

Ou seja, apesar de elogiável, a atribuição da iniciativa da lei complementar ao então Conselho Federativo do IBS ainda concorreria com a iniciativa já prevista no texto constitucional para proposição de leis complementares em geral e, uma vez exercida pelo Conselho, teria seu trâmite iniciado e encerrado na Câmara dos Deputados, sem previsão de regramento específico para sua tramitação que permitisse a real influência de estados e municípios na concepção do principal imposto de sua competência.

111 “Art. 61. [...] § 3º A iniciativa de lei complementar que trate do imposto previsto no art. 156-A também caberá ao Conselho Federativo do Imposto sobre Bens e Serviços a que se refere o art. 156-B”.

Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do presidente da República, do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Conselho Federativo do Imposto sobre Bens e Serviços terão início na Câmara dos Deputados”.

Desse modo, tal como delineado originalmente no substitutivo à Proposta de Emenda à Constituição n. 45/2019 (que deu origem à EC n. 132/2023), elaborado pelo grupo de trabalho criado pela Câmara dos Deputados no primeiro semestre de 2023, a lei complementar do IBS não escaparia à crítica de que os arts. 64, § 1º, e 65, parágrafo único, da Constituição de 1988 conferem ao processo legislativo das leis ordinárias e complementares prevalência da Câmara dos Deputados em detrimento do Senado Federal, que é o foro principal de representação dos estados na Federação (Mohn e Souza, 2023, p. 11). Ainda assim, buscou-se em certa medida proporcionar aos municípios algum grau de participação na elaboração da lei complementar instituidora do IBS.

Apesar do esforço do grupo de trabalho da Câmara para compatibilização da competência compartilhada do IBS com as regras atinentes à iniciativa legislativa da norma instituidora do imposto, a proposta de alteração do § 3º do art. 61 e do *caput* do art. 64 da Constituição Federal, foi suprimida no Senado Federal e, por isso, não prevaleceu no texto final aprovado.

É muito representativo que o Comitê Gestor do IBS tenha sido desidratado justamente no Senado (Casa da Federação). Parece ter havido certo receio infundado de "concorrência" da entidade por parte do Senado, em vez de se aproveitar a oportunidade de se trazer o órgão para colaboração com o desempenho de suas atribuições em relação à reforma tributária, já que a EC n. 132/2023 não só vai requerer uma reinterpretação do papel da lei complementar em matéria tributária e da própria ideia de competência tributária, conforme já afirmado, como relegará ao Senado Federal papel essencial na implementação do IBS, na medida em que caberá à Casa, mediante resolução, a fixação da alíquota de referência do imposto a ser aplicada para cada esfera federativa, nos termos de lei complementar, salvo disposição em contrário em lei específica do ente. Ainda, nos termos do § 9º do art. 156-A da Constituição Federal, qualquer alteração na legislação federal que reduza ou eleve a arrecadação do IBS deverá ser compensada pela elevação ou redução, pelo Senado Federal, das alíquotas de referência, de modo a se preservar a arrecadação das esferas federativas, nos termos de lei complementar.

Dessa forma, a fixação de alíquotas de referência do IBS pelo Senado Federal deverá considerar os efeitos dos regimes específicos, diferenciados ou favorecidos de tributação sobre a arrecadação, bem como o próprio regime de transição estabelecido no texto da proposta, e compensar os entes pela redução gradativa até a extinção dos atuais tributos vigentes (art. 130 do ADCT).

Observa-se, assim, que a fixação das alíquotas de referência do IBS pelo Senado Federal, além de essencial, constituirá atividade eminentemente téc-

nica, que deverá levar em consideração inúmeros fatores no seu cálculo, o que, por si só, demandaria a interlocução e o auxílio de um órgão especializado, composto por representantes dos estados e municípios, para fins de subsidiar os cálculos relativos à alíquota de referência do IBS.

Contudo, há outra razão que justifica a previsão de tal órgão pelo texto da proposta, e que bem resume o que foi desenvolvido até aqui: da forma em que delineado o IBS no texto aprovado, para que estados, Distrito Federal e municípios possam verdadeiramente influir na política fiscal relativa ao imposto, de maneira que a competência comum que lhes é atribuída não seja meramente formal, é necessária a constituição de um organismo técnico para realizar a coordenação e a gestão compartilhada do IBS, com composição paritária e representantes de ambas as esferas federativas, além de interlocução direta com o Senado Federal, ao qual foram atribuídas competências essenciais em relação ao aspecto material do IBS.

Infelizmente, não só inexistiu previsão de interlocução do Comitê Gestor do IBS com o Senado Federal, para fins de fornecer subsídios à fixação das alíquotas de referência, o que de acordo com a proposta de lei complementar atualmente em tramitação (Projeto de Lei Complementar n. 108/2024) será centralizado no Tribunal de Contas da União,¹¹² como a iniciativa legislativa do Comitê Gestor do IBS para a proposta de lei complementar foi simplesmente suprimida e esquecida pelo próprio Senado Federal.

Teria sido perfeitamente possível compatibilizar-se não só o receio da perda de protagonismo federativo do Senado como o próprio princípio democrático com o princípio federativo pela atuação do Comitê Gestor do IBS na elaboração da lei complementar do imposto. Bastaria, para tanto, que a instrumentalização dessa participação dos entes municipais no processo de elaboração da lei complementar instituidora e regulamentadora do IBS fosse feita por proposta apresentada pelo órgão interfederativo ao Senado Federal. Com isso, seriam afastadas eventuais críticas de ordem democrática em relação ao Comitê Gestor do IBS, e eliminada, ademais, a subsistência de justificativas democráticas para consideração de critérios populacionais na formação e deliberação do órgão.

112 O inciso XV do § 1º do art. 2º do Projeto de Lei Complementar n. 108/2024 prevê apenas a pronúncia do órgão, em caráter consultivo, quando demandado pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, sobre a estimativa de impacto relativa a alterações na legislação federal que reduzam ou elevem a arrecadação do IBS.

5. O desenho institucional do Comitê Gestor do IBS e a (in)compatibilidade com um modelo de órgão interfederativo

Fora o papel que o Comitê Gestor do IBS deveria ter em relação ao processo de elaboração da lei complementar do IBS, as regras atinentes ao próprio funcionamento da entidade estão em descompasso com a ideia de um verdadeiro órgão interfederativo. É como se dizer, conforme delineado pela EC n. 132/2023, o Comitê Gestor do IBS, seja em função da composição da participação dos entes federados em sua instância máxima, seja em função das regras de deliberação, não possui aptidão para funcionar como verdadeiro canal de representação territorial dos municípios no federalismo fiscal brasileiro.

Deve-se lembrar que a competência compartilhada, além da instituição compartilhada, vai necessariamente requerer compartilhamento de estruturas arrecadatórias, fiscalizatórias e normatizadoras no âmbito administrativo, e também no âmbito judicial, entre estados, Distrito Federal, municípios e a União, bem como a existência de estrutura compartilhada de fiscalização da própria entidade.¹¹³

Então, como dizer que o Sistema Tributário Nacional ficou mais simples? Como bem destacou Aliomar Baleeiro, ainda à luz da Constituição de 1946, em referência aos *Federalist Papers*:

[...] naquelas páginas, onde ainda hoje há o que se aproveitar, já se mostra que, numa federação, se começa por sacrificar a simplicidade, criando necessariamente a pluralidade de aparelhos arrecadadores sobre o mesmo campo geográfico e populacional. (Baleeiro, 2019)

Pois bem. Consignada a necessidade de superação do dogma da simplicidade a qualquer custo dentro de uma Federação, o desenho do Comitê Gestor do IBS deve refletir a compatibilidade do texto da EC n. 132/2023 com o pacto federativo previsto pelo constituinte em 1988. Com isso, quer-se dizer que, na qualidade de entes federativos, devem os estados, Distrito Federal e municí-

113 Não por acaso o próprio Tribunal de Contas da União instituiu um grupo de trabalho sobre a reforma tributária, para subsidiar o relatório do senador Eduardo Braga, acerca do texto da Proposta de Emenda à Constituição n. 45-A, oriundo da Câmara dos Deputados. Como fruto desse trabalho, foi elaborado um relatório contendo sugestões de aperfeiçoamento do texto da reforma, dentre as quais se encontrava a de criação de um colegiado interfederativo para realização do controle externo do órgão. Não obstante, essa sugestão não foi acatada no texto final, que acabou por apenas remeter o controle externo do Comitê Gestor do IBS aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, sem previsão, contudo, de criação de um colegiado interfederativo, formado pelos membros dos Tribunais de Contas, o que, na prática, pode gerar sobreposições e conflitos de competência.

pios ter participação paritária no Comitê Gestor do IBS e suas deliberações devem obedecer a critérios próprios de um organismo interfederativo e adequados às características inerentes à Federação brasileira.

Nesse aspecto, embora a instituição e a regulamentação do Comitê Gestor do IBS tenham ficado a cargo de lei complementar, o regramento mínimo relativo à composição e ao funcionamento de sua instância máxima de deliberação foi trazido no corpo da EC n. 132/2023. Assim, o § 3º do art. 156-B da Constituição Federal determina que o Comitê Gestor do IBS deverá ser composto por 27 representantes no âmbito estadual, um para cada estado e o Distrito Federal, e 27 representantes no âmbito municipal, representando o conjunto dos municípios e do Distrito Federal, eleitos nos seguintes termos: a) 14 representantes, com base nos votos de cada município, com valor igual para todos; e b) 13 representantes, com base nos votos de cada município, ponderados pelas respectivas populações.

O primeiro ponto que chama a atenção de imediato é a consideração de aspectos populacionais na eleição de representantes municipais no Comitê Gestor do IBS, porque destoa de sua função de representação dos interesses fiscais dos municípios, os quais não guardam relação direta com o tamanho de sua população. Do ponto de vista federativo, em vez de representantes eleitos com base em critérios populacionais, seria mais adequado agregar as Associações de Representação dos Municípios à instância máxima deliberativa do colegiado, eis que as associações possuem competência legítima para atuar na defesa dos interesses gerais dos municípios filiados perante os Poderes Executivos da União, dos estados e do Distrito Federal, além de competência para manifestação no processo legislativo de interesse de seus filiados, nos termos do art. 3º, incisos IV e VI, da Lei n. 14.341/2022.

Além da inconsistência na composição de parte da representação municipal, outro ponto que merece destaque diz respeito ao processo de tomada de decisão na instância máxima do Conselho. O § 4º do art. 156-B, determina que as deliberações no âmbito do Comitê Gestor do IBS consideram-se aprovadas se obtiverem, cumulativamente, os votos: a) no âmbito estadual, da maioria absoluta dos representantes dos estados e do Distrito Federal, e de representantes que correspondam a mais de cinquenta por cento da população do país; b) no âmbito municipal, da maioria absoluta de seus representantes.

Com efeito, como o critério populacional já é um fator constante na escolha dos representantes dos municípios e do Distrito Federal, não é exigido novamente para fins de deliberação no tocante à contabilização dos votos de

representação municipal, exigindo-se apenas a maioria absoluta dos votos de seus representantes. Já em relação à representação estadual, a composição segue apenas o critério federativo, ante a previsão de um representante por unidade estadual na instância máxima do órgão. Entretanto, para fins de deliberação, exige-se o preenchimento cumulativo de dois critérios: a maioria absoluta dos votos dos representantes estaduais, além da maioria dos votos de representantes estaduais que correspondam a mais de cinquenta por cento da população do país.

Ocorre que qualquer organismo deliberativo que se pretenda paritário dentro de uma Federação deve respeitar suas características, de modo a levar em conta a fisionomia federativa do Estado, tanto na composição do colegiado quanto nos critérios de deliberação.

No caso do Brasil, em que é possível observar-se grande disparidade regional, torna-se imprescindível que organismos de pactuação federativa estejam estruturados de tal forma que seja impossível a prevalência de interesses de entes componentes de determinadas regiões, mais ou menos desenvolvidas, em detrimento de outras. Isso significa impedir-se a predominância na composição e na deliberação dos interesses de estados mais populosos, evitando-se a adoção de critérios populacionais, assim como a chamada “ditadura da minoria”, a impedir que um único ente ou região possa travar as deliberações e comprometer a própria existência do órgão.

Essa distorção na composição da base municipal e no critério de deliberação da base estadual do Comitê Gestor do IBS compromete a constitucionalidade do modelo, eis que interfere diretamente no exercício da autonomia financeira dos entes federados e, portanto, no próprio equilíbrio do pacto federativo.

Assim, para que o Comitê Gestor do IBS possa de fato figurar como órgão interfederativo, a primeira mudança indispensável é a exclusão de critérios populacionais na composição da representação municipal e na deliberação em relação à representação estadual. Como alternativa à composição da base municipal, seria possível e legítimo concentrar-se a representação nas Associações de Representação dos Municípios, previstas na Lei n. 14.341/2022.

Para deliberação, pode-se pensar em critérios deliberativos diferentes a depender da matéria em análise: unanimidade e maioria qualificada. Ou ainda, maioria qualificada combinada com critério regional para correção de assimetrias, como é o caso da alternativa aventada por Fernando Facury Scaff (2023), que remeteu à solução que foi adotada pelo art. 2º da Lei Complementar n. 160/2017, para convalidação de benefícios fiscais de ICMS. No

referido diploma, adotou-se a seguinte fórmula para aprovação de deliberações: obtenção de votos favoráveis de, no mínimo, dois terços das unidades federadas e um terço das unidades federadas integrantes de cada uma das cinco regiões do país.

Além disso, Hamilton Dias de Souza e Daniel Corrêa Szelbracikowski têm apontado para o distanciamento da estrutura do Comitê de Harmonização das Administrações Tributárias, nos termos dos arts. 318 e seguintes da Lei Complementar n. 214/2025, do modelo clássico de órgão federativo, na medida em que a União possui estrutura monolítica, com interesses alinhados e representação de 50%, enquanto estados, Distrito Federal e municípios compartilham os 50% restantes, e enfrentam ampla diversidade de interesses regionais e locais, muitas vezes conflitantes entre si (Dias de Souza; Szelbracikowski, 2025).

Os autores analisaram, ainda, em comparação com o modelo brasileiro, o modelo de discussão e implementação do *Goods and Services Tax* (GST), na Índia, em que tanto o governo central quanto os estados possuem alguma competência para legislar e arrecadar o imposto e em que se permite a coexistência de ambos os níveis de administração tributária. Além da competência legislativa compartilhada e regulamentada pelo *GST Council*, órgão criado para coordenar e harmonizar a legislação entre os entes federativos, os estados podem legislar sobre aspectos regulamentares do GST dentro de suas fronteiras. Ademais, o *GST Council* é composto por representantes do governo central (1/3 dos votos) e dos governos estaduais (2/3 dos votos). Cada estado tem um voto igualitário, independentemente de sua população ou contribuição econômica. As decisões exigem maioria de 75% dos votos, o que garante que nenhuma parte possa impor sua vontade unilateralmente (Dias de Souza; Szelbracikowski, 2025).

Embora o estudo de Dias de Souza e Szelbracikowski leve em consideração a estrutura do Comitê de Harmonização das Administrações Tributárias, em que a União terá assento, pois o referido órgão terá competência para harmonização da disciplina entre a CBS e a IBS, a crítica feita em relação à consideração de aspectos populacionais nas deliberações do órgão se aplica integralmente ao Comitê Gestor do IBS, porque isso gera distorção na representação territorial e permite a preponderância dos interesses de determinado estado em relação aos demais, o que é absolutamente incompatível com a ideia de um órgão interfederativo. Da forma como delineado o Comitê Gestor do IBS e o respectivo Comitê de Harmonização das Administrações Tributárias, possibilita-se que estados e municípios mais populosos, em conjunto com a União, imponham suas decisões em relação à administração do IBS e da CBS aos demais entes da Federação.

Portanto, nem a composição, tampouco a forma de deliberação, do Comitê Gestor do IBS o tornam compatível com um órgão interfederativo, que atua verdadeiramente na formulação de políticas relativa ao imposto e na sua administração e harmonização com a CBS.

6. Considerações finais

Do que se pode constatar da análise feita no presente artigo, o modelo de tributação sobre consumo previsto pela EC n. 132/2023 depende essencialmente de três fatores: da lei complementar instituidora e regulamentadora do IBS (e da CBS); da atuação do Senado Federal na fixação das alíquotas de referência do IBS; e do funcionamento do Comitê Gestor do IBS (em conjunto com o Comitê de Harmonização das Administrações Tributárias).

Sob o ponto de vista da autonomia financeira dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, seria imprescindível que a lei complementar do IBS contasse com efetiva participação dos respectivos entes no processo legislativo que lhe dá origem, a fim de concretizar o exercício da competência tributária compartilhada. Não obstante, apesar de o grupo de trabalho da Câmara dos Deputados ter inserido no substitutivo à Proposta de Emenda à Constituição n. 45/2019, apresentado no primeiro semestre de 2023, a iniciativa do Comitê Gestor do IBS para proposição da referida lei complementar, essa previsão acabou sendo suprimida justamente durante a tramitação no Senado Federal.

Com isso, sem sequer adentrar-se na questão da crise de representação estadual no Senado, o fato é que os municípios foram excluídos do processo de instituição do IBS, o que representa mais do que grave distorção, na medida em que suas competências tributárias em relação ao principal imposto sobre consumo da atualidade – o ISS – foram desidratadas em troca do recebimento de receitas provenientes da arrecadação do IBS, sem que as entidades municipais possam sequer participar da formulação de políticas relativas ao imposto.

Em relação à administração e à gestão da arrecadação do IBS, a situação não é melhor, pois o Comitê Gestor do imposto, a quem compete não apenas a implementação executiva do IBS mas também a partilha de suas receitas entre estados, Distrito Federal e municípios, leva em consideração, tanto na composição da representação municipal quanto na deliberação da representação estadual, aspectos populacionais que não guardam relação alguma com a ideia de representação territorial.

Com efeito, organismos de representação territorial devem ser compostos por representantes de cada território, independentemente da população

residente. O mesmo argumento vale quanto aos aspectos deliberativos, porquanto não se trata de instituição democrática, em que a representação se verifica a partir da consideração individual da população, mas de órgão interfederativo, cuja estrutura deve levar em conta a fisionomia federativa do Estado, tanto na composição do colegiado quanto nos critérios de deliberação. Assim, para caracterização do Comitê Gestor do IBS como verdadeiro canal de representação territorial seria indispensável a exclusão de critérios populacionais da composição da representação municipal e da deliberação da representação estadual.

Essas questões, que atingem a própria inconsistência no exercício da competência compartilhada do IBS e a inaptidão do Comitê Gestor do IBS para atuar como órgão interfederativo, refletem a incompatibilidade do modelo do IBS, adotado pela EC n. 132/2023, com o pacto federativo previsto pelo constituinte de 1988, que não só alçou os municípios à categoria de entes federados, como lhes garantiu parcela significativa da tributação sobre consumo, mediante exercício de competências tributárias próprias, como assegurou a ampliação dos recursos fiscais que lhes são transferidos pelo governo federal.

Logo, em resposta à indagação feita na introdução do trabalho, as únicas maneiras de se tornar o modelo do IBS compatível com a Constituição de 1988 passam pela real possibilidade de influência dos municípios na elaboração da lei complementar do IBS – o que demandaria resgate da iniciativa legislativa a cargo do Comitê Gestor do IBS, embora mediante apresentação da proposta pelo Senado Federal –, dando concretude à competência compartilhada; e pela reestruturação do Comitê Gestor do IBS, com supressão da consideração de aspectos populacionais na composição e na deliberação da instância máxima do órgão.

Referências

ALVES, Raquel de Andrade Vieira. *O papel do Senado no federalismo fiscal brasileiro e a crise de representação dos Estados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2025.

ALVES, Raquel de Andrade Vieira. *Federalismo fiscal brasileiro e as contribuições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ALVES, Raquel de Andrade Vieira; D'ARAÚJO, Pedro Júlio Sales. Federalismo e bicameralismo: a evolução do papel da Câmara Alta e o debate atual. *Revista Brasileira de Federalismo*, Recife, v. 1, n. 1, 2023.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*, 6. ed., São Paulo: Atlas, 2013.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O espírito das leis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 97, n. 868, p. 53-68, fev. 2008.

BALEEIRO, Aliomar. Alguns andaimes da Constituição (1950). *Coleção Constitucionalismo Brasileiro*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BERCOVICI, Gilberto. “Separação de poderes” no Estado federal norte-americano. *Revista de Informação Legislativa*, ano 38, n. 150, Brasília, abr./jun. 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed., 9. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2000.

BURGESS, Michael. *Comparative federalism*. London: Routledge, 2006.

CADART, Jacques. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. 3. ed., Paris: Economica, 1990.

CHAMBÔ, Pedro Luis. *Federalismo cooperativo: uma análise bidimensional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Reforma tributária, federalismo e Estado Democrático de Direito. *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*, ano 2, n. 3, Belo Horizonte: Del Rey, maio/ago. 1999.

DIAS de SOUZA, Hamilton; SZELBRACIKOWSKI, Daniel Corrêa. Reforma, harmonização e federação: o não adotado modelo indiano. *Jota*, 2 fev. 2025. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/reforma-harmonizacao-e-federacao-o-nao-adotado-modelo-indiano>. Acesso em: 23 mar. 2025.

FERREIRA FILHO, Manoel. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Marcus Lívio. A reforma tributária criará contencioso administrativo e judicial? *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 17/07/2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-17/justica-tributaria-reforma-tributaria-criara-contencioso-administrativo-judicial>. Acesso em: 17 mar. 2025.

LAUFER, Heinz. O ordenamento financeiro no estado federativo alemão. *In: O federalismo na Alemanha*. Traduções. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, n. 7, 1995.

LOBATO, Valter de Souza. Reflexões sobre a lei complementar do imposto e da contribuição sobre bens e serviços. In: LOBATO, Valter de Souza (coord.); MARINHO NETO, José Antonino (org.). *O papel da lei complementar tributária no desenho federativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

LOBO, Rogério Leite. *Federalismo fiscal brasileiro: discriminação de rendas tributárias e centralidade normativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MASCARENHAS, Caio Gama. Comitê gestor do IBS e seu papel no equilíbrio fiscal interfederativo. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 6 n. 3, set./dez. 2023.

MOHN E SOUZA, Paulo Fernando. *Federalismo cooperativo, competências concorrentes e a Câmara Alta*. Artigo no prelo, integrante de coletânea fruto dos trabalhos desenvolvidos no âmbito do Grupo de Pesquisa Estrutura e Dinâmica do Estado Federal, na Universidade de São Paulo, coordenado pelo professor Roger Stiefelmann Leal, 2023.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RAMOS, Maria Raquel Firmino. *Crise financeira do município e o federalismo fiscal cooperativo no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ROVIRA, Enoch Albertí. La representación territorial. In: FREIJEDO, Francisco José Bastida (coord.). *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, n. 3 (La Representación Política), España: Junta General del Principado de Asturias, 2004.

ROVIRA, Enoch Albertí. *Federalismo y cooperación en la República Federal de Alemania*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

SCAFF, Fernando Facury. Aspectos financeiros da reforma tributária aprovada na Câmara. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. 18 de julho de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-18/contas-vista-aspectos-financeiros-reforma-tributaria-aprovada-camara>. Acesso em: 20 mar. 2025.

SWENDEN, Wilfried. Subnational participation in national decisions: the role of second chambers. In: Ederlein, Henrik; Walti, Sonja; Zurn, Michael (eds.). *Handbook on multi-level governance*. Northampton, Edward Elgar Publishing: 2001.

WILSON, James. Considerations on the nature and extent of the legislative authority (Philadelphia, 1774). In: ZUMBRUNNEN, John. *Political Science 601: Political Theory of the American Revolution*. University of Wisconsin Pressbooks, 2017.

YANNICK, Bury; FELD, Lars P. Fiscal federalism in Germany. In: TREMBLAY, Jean-François (ed.). *The Forum of Federations Handbook of Fiscal Federalism*. Ottawa: Department of Economics, University of Ottawa, 2023.

O ICMS e o diálogo constitucional entre Poder Judiciário e Poder Legislativo

ICMS and constitutional dialogue between Judicial Power and Legislative Power

ICMS y diálogo constitucional entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo

Gustavo da Gama Vital de Oliveira

Professor associado de direito financeiro e de direito tributário na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Mestre e doutor em direito público pela Uerj. Procurador do município do Rio de Janeiro. Advogado.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. EC n. 33/2001; 3. LC n. 204/2023; 4. LC n. 190/2022; 5. LC n. 176/2020; 6. LC n. 194/2022; 7. LC n. 157/2016; 8. Conclusão; Referências.

RESUMO: O trabalho examina as diversas hipóteses de interações ocorridas entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário na solução de temas relevantes relacionados ao ICMS.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS; diálogo constitucional.

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction; 2. EC n. 33/2001; 3. LC n. 204/2023; 4. LC n. 190/2022; 5. LC n. 176/2020; 6. LC n. 194/2022; 7. LC n. 157/2016; 8. Conclusion; References.

ABSTRACT: The work examines the various hypotheses of interactions occurring between the Legislative Branch and the Judiciary in the solution of relevant themes related to ICMS.

KEYWORDS: ICMS; constitutional dialogue.

CONTENIDO: 1. Introducción; 2. EC n. 33/2001; 3. LC n. 204/2023; 4. LC n. 190/2022; 5. LC n. 176/2020; 6. LC n. 194/2022; 7. LC n. 157/2016; 8. Conclusión; Referencias.

RESUMEN: El trabajo examina las diversas hipótesis de interacciones que se dan entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial en la resolución de cuestiones relevantes relacionadas con el ICMS.

PALABRAS CLAVE: ICMS; diálogo constitucional.

1. Introdução

No direito tributário brasileiro, especialmente nas últimas décadas, são bastante comuns as interações ocorridas entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário para a definição de temas tributários de grande relevância. A circunstância de que a Constituição Federal de 1988 (CF) disciplina com riqueza de detalhes o Sistema Tributário Nacional torna frequente a interação cogitada.

Por vezes, tal interação entre os Poderes ocorre em razão da discordância manifestada pelo Poder Legislativo em relação à decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da interpretação de algum dispositivo constitucional que disciplina a matéria tributária. Surge assim o fenômeno denominado por Torres (1993, p. 108) como correção legislativa da jurisprudência, quando o legislador edita norma legal em sentido contrário à jurisprudência.

Em linha semelhante, Correia Neto (2021, p. 21), examinando as hipóteses de reações legislativas às decisões proferidas pelo Poder Judiciário, menciona que uma das reações possíveis é a superação, pela qual o Poder Legislativo estabelece norma de hierarquia superior (emenda constitucional), com conteúdo contrário à decisão do STF, para se sobrepor ao decidido na jurisdição constitucional.

Não obstante, em outras hipóteses, a jurisprudência acaba por influenciar de maneira direta o próprio trabalho do legislador. Como destaca Mello (2008, p. 67), não é rara a ocorrência de situações em que o legislador busca inspiração na própria jurisprudência para aprimorar e atualizar enunciados normativos já existentes. De fato, há diversas situações em matéria tributária nas quais o entendimento adotado pelo STF é incorporado pelo legislador, que modifica os enunciados normativos segundo os parâmetros estabelecidos pela própria decisão judicial.

Em tal linha, Torres (1993, p. 107) esclarece que a jurisprudência também pode “antecipar soluções legislativas” de modo a fornecer substratos teóricos para a “racionalização do direito tributário”, ocorrendo assim a incorporação da jurisprudência fiscal pelo legislador, em hipótese indicada pelo autor como legalização da jurisprudência. A título exemplificativo, destaca o autor que a disciplina do Código Tributário Nacional acerca da repetição do indébito tributário foi claramente inspirada pela jurisprudência do STF.

Em sentido semelhante, Rosa Junior (2001, p. 194) ressalta que a jurisprudência brasileira antecipou muitas vezes o legislador na fixação de diversos princípios e conceitos do direito tributário, como fato gerador, base de cálculo e repetição do pagamento indevido independentemente da prova do erro.

Correia Neto (2021, p. 21) também destaca a possibilidade de a reação do Poder Legislativo à decisão judicial ocorrer por intermédio da coordenação, na qual o legislador edita novo ato, considerando os fundamentos apresentados pelo Judiciário, sendo certo que tal hipótese não necessariamente significa a anuência do legislador à decisão proferida, mas tentativa de adequar a legislação de maneira a adotar disciplina legal similar à que foi rejeitada pelo tribunal, sem incorrer nos vícios que teriam sido reconhecidos pelo Judiciário.

O objetivo do presente trabalho é examinar as hipóteses de interação entre Legislativo e Judiciário que conduziram, nos últimos anos, ao desenvolvimento de temas tributários relativos ao ICMS, especialmente no tocante aos dispositivos da LC n. 87/1996 (Lei Kandir), que estabelece normas gerais acerca do imposto estadual. Como será indicado, parcela significativa das modificações ocorridas na mencionada lei complementar ocorreu em resposta do Congresso Nacional a decisões adotadas pelo STF.

Tais hipóteses confirmam a existência de autêntico diálogo constitucional, entre Poder Legislativo e Poder Judiciário, para a disciplina dos grandes temas relacionados ao ICMS. No direito constitucional brasileiro, como

destaca Brandão (2022, p. 394), o tema do diálogo constitucional costuma ser inserido nos debates acerca dos limites do exercício do Poder Judiciário na jurisdição constitucional e das possíveis reações do Poder Legislativo às decisões judiciais, especialmente em situações envolvendo as cláusulas pétreas consagradas na CF.

Em matéria tributária, Oliveira (2020, p. 90) destaca que, além das hipóteses de correções legislativas da jurisprudência, que manifestam situações reveladoras do diálogo constitucional no direito tributário, há hipóteses em que, diante da consagração de entendimento jurisprudencial acerca de matéria constitucional, o Poder Legislativo pode acatar a interpretação judicial por intermédio de emendas constitucionais ou alteração de enunciados normativos infraconstitucionais.

Como será possível concluir, com os exemplos referenciados a seguir, a atual disciplina do ICMS no Brasil é resultado, em temas importantes, da interação constante entre decisões do Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade e da atuação do constituinte derivado e do legislador complementar.

2. EC n. 33/2001

O STF, ao julgar o RE 203.075 (DJ 29/10/1999), firmou o entendimento de que o art. 155, § 2º, IX, *a*, da CF não autorizava a incidência do ICMS sobre a importação de bem realizado por pessoa física. Prevaleceu a tese de que o dispositivo seria dirigido apenas a pessoas que exercessem atos de comércio com habitualidade, e, portanto, seria inaplicável à pessoa física e ao não contribuinte de ICMS, que não praticariam atos de circulação de mercadoria. Além disso, exigir o ICMS na hipótese de importação por pessoa física ou por não contribuinte tornaria, segundo o STF, impossível a aplicação do princípio constitucional da não cumulatividade.

A Emenda Constitucional n. 33/2001, buscando regular o tema de maneira diversa da preconizada pelo STF, alterou a redação do dispositivo em exame para estabelecer que o ICMS incidirá sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade. Para Torres (2007, p. 319), a hipótese de correção legislativa da jurisprudência foi justificável, considerando-se a prevalência do princípio do país de destino na tributação do comércio exterior, de modo que a incidência do ICMS na

importação mantém uma função equalizadora e vinculada à última etapa da circulação internacional da mercadoria, sendo indiferente a pessoa do destinatário do bem.

A aceitação, pelo STF, da correção legislativa da jurisprudência efetuada pela EC n. 33/2001 restou admitida por ocasião do julgamento da repercussão geral no RE 439.796 (DJ 17/3/2014), com a fixação da tese sobre o Tema 171: “Após a Emenda Constitucional n. 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços” (Brasil, 2014b).

No mesmo julgado, foi decidido que a validade da cobrança do ICMS, na hipótese trazida pela EC n. 33/2001, dependeria da edição de lei estadual posterior à modificação da LC n. 114/2002, que adaptou a Lei Kandir aos termos da EC n. 33/2001. A observação era de relevância destacada, pois diversos estados não esperaram a modificação da Lei Kandir pela LC n. 114/2002 e modificaram as leis locais logo após a EC n. 33/2001, promulgada em 11 de dezembro de 2001. Assim, em diversas situações, ao tempo da modificação das leis estaduais, ainda não havia sido editada a LC n. 114, de 16 de dezembro de 2002, que adaptou a Lei Kandir à EC n. 33/2001. Logo, diversas demandas judiciais foram propostas com a tese de que as leis estaduais teriam nascido com vício de inconstitucionalidade em razão da incompatibilidade com a lei complementar de normas gerais do ICMS vigente no momento de sua promulgação, sendo que tal vício não poderia ter sido convalidado com a edição posterior da LC n. 114/2002.

Não obstante, no julgamento do RE 917.950 (DJ 5/12/2017), a Segunda Turma do STF considerou que a Lei Estadual n. 11.001/2001, do estado de São Paulo, editada antes da LC n. 114/2002, permaneceria com a eficácia suspensa até a edição da LC n. 114/2002, que modificou a Lei Kandir, produzindo efeitos somente após a edição da referida lei complementar em 2002. Na hipótese, entendeu-se que os estados poderiam ter utilizado a competência do art. 24, § 3º, da CF, que admite a edição de norma estadual na ausência de lei federal de normas gerais.

Após decisões divergentes da Primeira e da Segunda Turma, a matéria retornou à apreciação do Pleno do STF em 2020, no julgamento do Tema de Repercussão Geral 1.094. Na ocasião, embora reforçando a tese da constitucionalidade da incidência do ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa física ou jurídica não contribuinte apenas após a EC n. 33/2001, o tribunal admitiu a validade de leis estaduais editadas após a EC n. 33/2001 e

antes da LC n. 114/2002, com produção de efeitos somente a partir da vigência da LC n. 114/2002, conforme a tese seguinte:

Tema 1.094 I – Após a Emenda Constitucional 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços, devendo tal tributação estar prevista em lei complementar federal; II – As leis estaduais editadas após a EC 33/2001 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar 114/2002, com o propósito de impor o ICMS sobre a referida operação, são válidas, mas produzem efeitos somente a partir da vigência da LC 114/2002. (Brasil, 2020b)

Como se vê, a matéria referente à incidência do ICMS na importação, em hipóteses envolvendo pessoas físicas e não contribuintes do imposto estadual, somente foi equacionada após longo histórico de interações entre Poder Legislativo e Poder Judiciário, que envolveu a edição de emenda constitucional, lei complementar e duas decisões adotadas pelo STF em sede de repercussão geral.

3. LC n. 204/2023

Nos termos do art. 146, III, *a*, da CF, cabe ao Poder Legislativo federal editar normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente acerca da definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados na CF, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. Ao exercer a referida função, o legislador complementar pode adotar opções que sejam questionadas à luz dos limites materiais ao poder de tributar consagrados pela CF. Em tal cenário, o Poder Judiciário poderá ser provocado para, no exercício da jurisdição constitucional, verificar a compatibilidade da opção adotada pelo legislador complementar com a CF.

Em relação ao fato gerador do ICMS, tal situação foi verificada. Parcela da doutrina, como Torres (2007, p. 244) e Costa (1978, p. 93), considerava que a incidência do ICMS estaria caracterizada se ocorresse um evento relevante na evolução da mercadoria na cadeia econômica em direção ao consumo, mesmo que não existisse a transferência jurídica da propriedade da mercadoria na operação, consagrando assim a chamada “tese da circulação econômica”.

A Lei Kandir, em sua redação original, claramente optou pela tese da circulação econômica, ao considerar ocorrido o fato gerador na saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular (art. 12, I). Todavia, a jurisprudência tradicionalmente adotou a tese da circulação jurídica, reconhecendo que não há incidência do imposto

estadual na transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, conforme expressou o Superior Tribunal de Justiça na Súmula 166, bem como ao julgar o Tema de Recurso Repetitivo 259 (REsp 1.125.133/SP, DJe 10/9/2010).

O STF também acabou por consagrar a tese da circulação jurídica para a configuração do fato gerador do ICMS. Assim decidiu por ocasião do julgamento do Tema de Repercussão Geral 297, que definiu a não incidência do ICMS na entrada de mercadoria por meio de arrendamento mercantil internacional, salvo na hipótese de opção de compra (RE 540.829, DJ 18/11/2014). Na mesma linha, a decisão adotada no Tema de Repercussão Geral 1.099 (ARE 1.255.885 RG, DJ 15/9/2020).

Não obstante, embora praticamente pacífica na jurisprudência, a tese da circulação jurídica encontrava muita resistência nas fazendas estaduais, especialmente pela circunstância de que não encontrava amparo no texto da Lei Kandir. Assim, para que contribuintes pudessem questionar a cobrança do ICMS em operações envolvendo a circulação de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, havia necessidade de proporem medidas judiciais.

Em tal cenário, houve a propositura da ADC 49, em 2017, pelo governador do estado do Rio Grande do Norte. A ação objetivava declarar a constitucionalidade do art. 12, I, da Lei Kandir, que não estaria sendo observado pela jurisprudência. Em 19/4/2021, o Pleno do STF, por unanimidade, julgou improcedente o pedido formulado na ADC 49, declarando a inconstitucionalidade dos arts. 11, § 3º, II, 12, I, no trecho “ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”, e 13, § 4º, da Lei Kandir.

Embora a decisão adotada na ADC 49 tenha apenas ratificado entendimento jurisprudencial já pacificado, houve a peculiaridade de ter sido a referida decisão adotada em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Assim, nos termos do art. 102, § 2º, da CF, a decisão deveria produzir “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” (Brasil, [2024]). Logo, mesmo os órgãos do Poder Executivo, em âmbito estadual, estariam obrigatoriamente sujeitos à decisão adotada pelo STF, apesar de as legislações estaduais seguirem majoritariamente os termos da Lei Kandir no tocante ao tema, considerados inconstitucionais pelo STF.

Por outro lado, considerando-se o princípio constitucional da não cumulatividade, de imensa importância no ICMS, especialmente em relação às operações interestaduais, a incidência do imposto nas operações entre estabelecimentos

de mesma titularidade acabava sendo admitida pelo contribuinte. Ocorrendo destaque do ICMS na saída, é assegurado o direito ao crédito do imposto no estabelecimento de destino, preservando-se a não cumulatividade do tributo. Destarte, o enunciado normativo do art. 12, I, da Lei Kandir, em sua redação original, que foi considerado inconstitucional pelo STF, não tinha a única função de delimitar o fato gerador do ICMS, mas também de assegurar a observância plena do princípio constitucional da não cumulatividade.

Logo, considerando-se a decisão do STF na ADC 49, as unidades federativas poderiam entender que seria vedada a apropriação de créditos do imposto, ou, ainda, que o contribuinte deveria promover a anulação do crédito relativo às operações anteriores, por força do art. 155, § 2º, II, da CF. Nas transferências interestaduais, a unidade federativa de destino das mercadorias poderia negar o direito ao crédito, ensejando até mesmo nova modalidade de guerra fiscal, o que ocasionaria situações de grave insegurança jurídica, conforme destacado por Oliveira (2024, p. 7) e Carneiro e Machado (2021, p. 84).

Em tal cenário, o STF, no julgamento de embargos de declaração interpostos na ADC 49, acolheu o pedido de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Prevaleceu o voto do relator, ministro Edson Fachin, indicando que a decisão teria eficácia a partir do exercício financeiro de 2024, com a ressalva dos processos administrativos e judiciais pendentes de conclusão até a data de publicação da ata de julgamento da decisão de mérito. Houve ainda a ressalva de que, exaurido o prazo sem que os estados disciplinassem a transferência de créditos de ICMS entre estabelecimentos de mesmo titular, ficaria reconhecido o direito dos sujeitos passivos de transferirem tais créditos. Alegando a necessidade de regulamentar os efeitos da ADC 49, o Conselho de Política Fazendária (Confaz) editou o Convênio ICMS 178/2023.

Todavia, o cenário de insegurança jurídica na matéria acabou persistindo, considerando-se a falta de adequação dos dispositivos da Lei Kandir com os parâmetros adotados na decisão do STF e a incerteza em relação à necessidade de modificação das leis estaduais que regem o ICMS. Fato é que, somente com a edição da LC n. 204/2023, que modificou a Lei Kandir, os efeitos da ADC 49 puderam ser coordenados pelo Poder Legislativo, que estabeleceu regras mais explícitas acerca das operações envolvendo estabelecimentos do mesmo titular e a disciplina dos créditos.

O art. 12, § 4º, da Lei Kandir, com a nova redação determinada pela LC n. 204/2023, confirmou a não incidência do imposto na saída de mercadoria de estabelecimento para outro de mesma titularidade, mantendo-se o crédito relativo às operações e prestações anteriores em favor do contribuinte, inclusive nas hipóteses de transferências interestaduais em que os

créditos serão assegurados: a) pela unidade federada de destino, por meio de transferência de crédito, limitados aos percentuais estabelecidos nos termos do inciso IV do § 2º do art. 155 da CF, aplicados sobre o valor atribuído à operação de transferência realizada; b) pela unidade federada de origem, em caso de diferença positiva entre os créditos pertinentes às operações e prestações anteriores e o transferido na forma da hipótese anterior.

O § 5º do art. 12 da Lei Kandir, incluído pela LC n. 204/2023, foi inicialmente vetado, mas o Congresso Nacional acabou por rejeitar o veto, tendo sido promulgado o referido enunciado normativo. De acordo com o dispositivo, por opção do contribuinte, em alternativa ao disposto no § 4º do art. 12, a transferência de mercadoria para estabelecimento pertencente ao mesmo titular poderá ser equiparada a operação sujeita à ocorrência do fato gerador do imposto, hipótese em que serão observadas: a) nas operações internas, as alíquotas estabelecidas pela legislação; b) nas operações interestaduais, as alíquotas fixadas nos termos do inciso IV do § 2º do art. 155 da CF.

Assim, a edição da LC n. 204/2023, que modificou a Lei Kandir, foi fundamental para que as consequências do julgamento do STF na ADC 49 pudessem ser coordenadas de maneira uniforme, com aplicação a todas as unidades federativas estaduais, que podem promover a adaptação de suas leis a partir de parâmetros mais bem delineados, circunstância que deverá contribuir de maneira sensível para a redução das demandas judiciais envolvendo o tema.

4. LC n. 190/2022

Em sua redação original, a CF estabelecia que o ICMS era devido integralmente ao estado de origem da operação de venda realizada a consumidor final localizado em outro estado, quando o destinatário não fosse contribuinte do ICMS (art. 155, § 2º, VII). Em 1988, época da edição do dispositivo, não se poderia imaginar que o comércio eletrônico de mercadorias representaria vulto tão elevado. Considerando-se que as empresas de vendas remotas estão majoritariamente estabelecidas nos grandes centros econômicos do país, os demais estados da federação, nos quais estavam localizados os consumidores, reclamavam que a regra produziria injustiça fiscal, pois aprofundaria a concentração da arrecadação tributária do comércio eletrônico em poucas unidades da federação.

Em 2011, dezenove estados aprovaram o Protocolo 21, do Confaz, assegurando ao estado de destino da mercadoria uma parcela da arrecadação do ICMS. Chamado a decidir acerca do tema, o STF considerou, no julgamento da ADI 4628 (DJ 24/11/2014), que o Protocolo 21, do Confaz, seria inconstitucional,

declarando o manifesto conflito das regras do protocolo com a CF. É interessante notar que, no voto do ministro relator, Luiz Fux, houve referência à circunstância de que, ainda que houvesse alegação da existência de um cenário de desigualdades regionais, em virtude da aplicação do art. 155 § 2º, VII, da CF, a correção de tais distorções somente poderia emergir pela promulgação de emenda constitucional. Destacou o ministro, inclusive, que na ocasião tramitavam propostas de emenda à Constituição acerca do tema no Congresso Nacional:

Corroboram a inconstitucionalidade do indigitado diploma a existência de diversas propostas de emenda constitucional com o intuito de resolver esta hipótese de guerra fiscal, PEC n. 56/2011, PEC n. 103/2011 e PEC n. 113/2011, em tramitação no Congresso Nacional. (Brasil, 2014a, p. 29)

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 87/2015, foi estabelecido que seria devido ao estado de destino da mercadoria o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do estado destinatário e a alíquota interestadual (Difal), ainda que o destinatário não fosse contribuinte do ICMS. O Confaz editou, no mesmo ano, o Convênio ICMS 93/2015, que pretendeu regulamentar a inovação constitucional.

Não obstante, levando-se em consideração a reserva constitucional de lei complementar para a disciplina de normas gerais sobre o imposto (art. 146, III, CF), bem como o fato de que a Lei Kandir não sofreu adaptações para a cobrança do diferencial de alíquotas na nova sistemática, diversas ações judiciais foram ajuizadas, questionando a constitucionalidade do Convênio ICMS 93/2015.

Em 2021, no julgamento da ADI 5.469 e do Tema de Repercussão Geral 1.093, prevaleceu no STF a tese da inconstitucionalidade da previsão do diferencial de alíquotas, sem a edição da lei complementar de normas gerais acerca da matéria. Na mesma ocasião, foi aprovada a modulação de efeitos da decisão, para que produzisse efeitos apenas a partir de 2022, salvo as ações judiciais em curso sobre a questão.

Somente com a edição da LC n. 190/2022 a lacuna normativa que havia sido apontada pelo STF foi suprida, de forma a adaptarem-se os dispositivos da Lei Kandir aos termos introduzidos na disciplina constitucional do tema pela EC n. 87/2015, viabilizando a cobrança do diferencial de alíquota do imposto estadual.

Em tal linha, houve a inclusão, na Lei Kandir, do § 2º do art. 4º, estabelecendo que seria contribuinte do imposto nas operações ou prestações que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final domiciliado ou estabelecido

em outro estado, em relação à diferença entre a alíquota interna do estado de destino e a alíquota interestadual: a) o destinatário da mercadoria, bem ou serviço, na hipótese de contribuinte do imposto; e b) o remetente da mercadoria ou bem ou o prestador de serviço, na hipótese de o destinatário não ser contribuinte do imposto.

Todavia, apesar de o projeto de lei complementar ter sido aprovado no Congresso Nacional ainda em 2021, a lei só foi publicada em 2022. Considerando-se que o próprio art. 3º da LC n. 190/2022 estabeleceu que a produção de efeitos da lei observaria o disposto no art. 150, III, c, da CF, diversos contribuintes sustentaram a tese de que a cobrança do Difal, em observância ao princípio da anterioridade, só seria cabível a partir do exercício de 2023. A matéria foi decidida pelo STF no julgamento da ADI 7.066 (DJ 6/5/2024). Prevaleceu a tese de que a instituição do diferencial de alíquota não corresponderia à instituição nem à majoração de tributo, de modo que não atrairia a incidência das regras relativas à anterioridade tributária.

5. LC n. 176/2020

Em relação ao ICMS, a CF, em sua redação original, estabeleceu a não incidência sobre produtos industrializados, excluídos os semielaborados definidos em lei complementar. A Lei Kandir ampliou a imunidade para todos os produtos primários e semielaborados, o que restou ratificado pela EC n. 42/2003, que reconheceu a ampla imunidade do ICMS. De modo a compensar os estados pela perda de arrecadação de ICMS decorrente da ampla desoneração das exportações, a EC n. 42/2003 acrescentou o art. 91 ao ADCT, com previsão de edição de lei complementar para que a União pudesse compensar as referidas perdas.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 25, o STF reconheceu a omissão da União para a edição da lei complementar, tendo posteriormente homologado acordo realizado entre União, estados e Distrito Federal, com encaminhamento ao Congresso Nacional para as deliberações cabíveis:

Questões de ordem na ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 2. Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT. 3. Pedidos sucessivos de prorrogações dos prazos realizados pela União (primeiro requerimento, em 2.2019) e pela maioria dos Estados (segundo requerimento, em 2.2020). 4. Fatos supervenientes que justificam o abrandamento do prazo fixado no julgamento de mérito. Circunstâncias técnico-operacionais.

Deferimento dos pleitos em parte. Precedentes. 5. Referendo das decisões. 6. Acordo realizado entre a União e todos os Entes Estaduais e Distrital. Homologação. 7. Encaminhamento ao Congresso Nacional para as deliberações cabíveis. (Brasil, 2020a)

Com a homologação do acordo firmado nos autos da ADO 25, houve a promulgação da LC n. 176/2020, com previsão de entrega pela União aos estados, Distrito Federal e municípios, no período de 2020 a 2037, de transferências obrigatórias, de modo a atender o disposto no art. 91, § 2º, do ADCT.

6. LC n. 194/2022

Ao decidir o Tema de Repercussão Geral 745 (RE 714.139, DJ 15/3/2022), considerou o STF que, uma vez adotada pelo legislador estadual a técnica da seletividade no ICMS, é inconstitucional a adoção de alíquotas sobre operações com energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral.

A LC n. 194/2022, que entrou em vigor na data de sua publicação, incluiu na Lei Kandir o art. 32-A, vedando aos estados a fixação de alíquotas sobre operações relativas a combustíveis, a gás natural, a energia elétrica, a comunicações e a transporte coletivo em patamar superior ao das operações em geral:

Art. 32-A. As operações relativas aos combustíveis, ao gás natural, à energia elétrica, às comunicações e ao transporte coletivo, para fins de incidência de imposto de que trata esta Lei Complementar, são consideradas operações de bens e serviços essenciais e indispensáveis, que não podem ser tratados como supérfluos.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo:

I – é vedada a fixação de alíquotas sobre as operações referidas no *caput* deste artigo em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços;

II – é facultada ao ente federativo competente a aplicação de alíquotas reduzidas em relação aos bens referidos no *caput* deste artigo, como forma de beneficiar os consumidores em geral; e [...] (Brasil, 2022a)

Cabe notar que, no Tema de Repercussão Geral 745, o STF apreciou a seletividade de alíquotas em relação a operações com energia elétrica e comunicações. Todavia, inspirada na decisão do STF, a LC n. 194/2022 ampliou o rol de bens e serviços essenciais para operações com combustíveis, gás natural e transporte coletivo.

Na justificativa do Projeto de Lei Complementar (PLP) n. 18/2022 (deputado Danilo Forte – PSDB/CE), que deu origem à LC n. 194/2022, houve referência expressa ao decidido pelo STF no RE 714.139:

Assim, considerando que a energia, os combustíveis, as comunicações e transporte coletivo são utilizados pelos diversos cidadãos e pessoas jurídicas, a sua tributação excessiva, por meio da aplicação de alíquotas de ICMS superiores às ordinárias, viola flagrantemente a Constituição Federal.

De fato, de acordo com o aludido princípio tributário, caberia ao ente federativo competente definir, em complemento à alíquota geral estabelecida para o imposto, alíquotas reduzidas voltadas a atingir a justiça fiscal – redução das desigualdades sociais, erradicação da pobreza, dentre outros –, bem como alíquotas aumentadas para os bens supérfluos em geral.

Portanto, não há dúvidas de que a definição, relativamente à energia elétrica, aos combustíveis, às comunicações e ao transporte coletivo, de alíquotas semelhantes às incidentes sobre bens supérfluos ofende os princípios da isonomia tributária e da seletividade do ICMS em função da essencialidade dos bens e serviços tributados (art. 150, inciso II, e art. 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal), na medida em que o critério de graduação dos níveis de tributação imposto pelo legislador constituinte não vem sendo observada.

Nesse sentido, esclarecemos que, pelos fundamentos expostos acima, o Supremo Tribunal Federal recentemente reconheceu, no julgamento do Recurso Extraordinário RE 714.139/SC, o direito do contribuinte de recolher o ICMS sobre a energia elétrica e sobre os serviços de telecomunicação, sob o patamar ordinário de 17%, afastando a alíquota mais elevada que incidia sobre tais bens e serviços.

Por tais motivos, apresentamos o presente projeto de lei, que objetiva tornar mais efetivo o comando constitucional da seletividade, encampando o entendimento da Suprema Corte sobre o tema. (Brasil, 2022b, p. 2-3)

Um pouco antes da edição da LC n. 194/2022, já havia sido editada a LC n. 192/2022, que estabeleceu critérios para a denominada “tributação monofásica” dos combustíveis pelo ICMS, estabelecendo o critério da tributação com alíquotas *ad rem*, de modo que, em regra, no tocante aos combustíveis indicados na lei, a tributação não ocorreria em função da aplicação de alíquota em relação ao preço da mercadoria, mas sim por unidade de medida.

Em razão da LC n. 192/2022 e da LC n. 194/2022, o STF acabou sendo provocado a decidir, em pouco tempo, em relação à constitucionalidade das medidas legislativas adotadas pelo Congresso Nacional. Houve a propositura da ADI 7.191 por alguns governadores de estados, questionando a constitucionalidade de dispositivos da LC n. 192/2022, especialmente à luz da autonomia dos

entes subnacionais assegurada no federalismo fiscal brasileiro. Houve ainda a propositura da ADPF 984 pelo presidente da República, com o objetivo de impugnar leis estaduais que fixaram alíquotas de ICMS incidentes sobre combustíveis em patamares superiores aos das alíquotas gerais. Ademais, houve a propositura, por alguns governadores de estados, da ADI 7.195, impugnando dispositivos da LC n. 194/2022, sob a justificativa principal de violação da autonomia dos estados para a disciplina do ICMS.

No âmbito do STF, houve a participação dos entes da federação envolvidos nas controvérsias constitucionais explicitadas na ADI 7.191 e na ADPF 984, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, na busca de solução consensual para os temas federativos endereçados nas ações judiciais. Em conclusão, o Tribunal, realizando o julgamento conjunto das duas ações, por unanimidade, homologou o acordo firmado entre a União e todos os entes estaduais e distrital para encaminhamento ao Congresso Nacional para as providências cabíveis no sentido do aperfeiçoamento legislativo das Leis Complementares n. 192/2022 e n. 194/2022, cabendo à União apresentar o correspondente PLP, para fins de cumprimento do pactuado nas duas homologações dos acordos. Em tal linha, a ementa proferida na ADI 7.191 trata do seguinte:

Acordo em Ação Direta de Inconstitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 2. Discussão sobre a constitucionalidade das Leis Complementares 192/2022 e 194/2022, diante do art. 155, §§ 2º, 4º, IV, e 5º, da Constituição Federal, entre outros. 3. ADI 7.191. Monofasia, uniformidade e alíquota *ad rem* do ICMS sobre combustíveis (art. 3º, inciso V, *a, b e c*; art. 6º, §§ 4º e 5º; art. 7º; art. 8º, todos da Lei Complementar 192/2022). 4. ADPF 984. Debate sobre a essencialidade de combustíveis, energia elétrica, telecomunicações e transporte para fins de cobrança do ICMS, nas leis estaduais e distrital das 27 (vinte e sete) unidades federativas. 5. Desdobramento da conciliação/mediação homologada por esta Corte em 15/12/2022, nesta ADPF 984 Acordo, sob minha relatoria, Pleno, DJe 19/12/2022. Grupo de trabalho entre os entes federativos, como técnica autocompositiva de negociação, formada nos autos. Proposta de solução para o impasse federativo. 6. Acordo referendado formalmente pela União e por todos os entes estaduais e distrital. Homologação judicial, com explicitações e condicionantes. 7. Encaminhamento ao Congresso Nacional para as deliberações cabíveis. 8. Acompanhamento do cumprimento a cargo desta Corte. (Brasil, 2023b)

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes destacou que o acordo obtido por ocasião do processamento das ações judiciais indicadas deveria ser compreendido a partir de um “diálogo político-constitucional”:

Tal medida não pode ser interpretada, de forma alguma, como desrespeito à atuação do Poder Legislativo, mas como compreensão do projeto de lei complementar a ser enviado pela União, no prazo de até trinta dias (cumprindo os dois acordos nestes autos), como um diálogo político-constitucional, construído em uma autocomposição federativa, homologada pelo Supremo Tribunal Federal, que intenta devolver à arena política a solução final, nos exatos limites do que restou ora transacionado e de acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte, em se tratando de tema que envolva processo legislativo constitucional.

O acordo político-jurídico realizado nos autos, chancelado pelos entes federativos, à unanimidade, e ora homologado pelo Supremo Tribunal Federal, em duas ações de controle concentrado, passa a possuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, nos exatos termos ali postos, no afã de conferir segurança jurídica a todos os agentes públicos, em sentido amplo, envolvidos em seu processo de construção do consenso e aos contribuintes em geral. (Brasil, 2023b)

No Congresso Nacional, o Poder Executivo apresentou o PLP n. 136/2023, com o objetivo de conferir materialidade aos acordos firmados no âmbito das ações constitucionais em tramitação no STF, consoante destacado na Exposição de Motivos 00085/2023, do Ministério da Fazenda:

[...] 4. Diante desse cenário, a União, os estados e o Distrito Federal discutiram, sob os auspícios do próprio Supremo Tribunal Federal, os termos de um acordo federativo objetivando solucionar o impasse, de modo a contemplar todos os estados e o Distrito Federal e pôr termo à discussão judicial.

5. Assim, elaborou-se a presente proposição, que tem por objetivo cumprir o disposto no Acordo celebrado entre a União e os estados e o Distrito Federal em 31 de março de 2023 no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.191, homologado pelo Supremo Tribunal Federal em 2 de junho de 2023, que prevê, em sua Cláusula Quarta, que “o Poder Executivo da União encaminhará, em até trinta dias contados da homologação do presente Acordo, Projeto de Lei Complementar que autorizará o aditamento dos contratos de refinanciamento de dívidas celebrados com a União e criará transferência temporária, nos termos da Cláusula Segunda, inclusive observando os aspectos financeiros e os registros contábeis e nas estatísticas fiscais definidos na citada Cláusula.

[...]

8. Incluo, também, na presente proposta de Projeto de Lei Complementar o cumprimento do disposto na Cláusula Primeira, Parágrafo Primeiro do Acordo firmado entre União, estados e Distrito Federal e homologado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF 984, em 15 de dezembro de 2022, por meio do qual conclui-se pela viabilidade de

refinamento e progressos legislativos das normas postas ao debate, levando em consideração as demandas e expectativas apresentadas pelos estados e Distrito Federal. [...] (Brasil, 2023a)

Após a tramitação do PLP n. 136/2023 na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, foi promulgada a LC n. 201/2023, de modo a estabelecer especialmente as compensações devidas pela União aos estados e ao Distrito Federal nos termos dos arts. 3º e 14 da LC n. 194/2022.

7. LC n. 157/2016

A LC n. 157/2016, ao modificar a lista de serviços anexa à LC n. 116/2003, disciplinou importantes hipóteses de conflitos de competência envolvendo o ICMS e o ISS.

Nos termos do art. 146, I, da CF, cabe à lei complementar dirimir conflitos de competência em matéria tributária. O conflito envolvendo o ICMS e o ISS, em nosso sistema tributário, sempre foi um tema de difícil solução. Tal conflito foi severamente potencializado com o crescimento da digitalização da economia, que tornou a fronteira entre a circulação de mercadorias/serviços de comunicação e os serviços de qualquer natureza ainda mais tênue.

Na definição dos critérios necessários para dirimir o conflito indicado, foi fundamental o papel do legislador complementar e da jurisprudência do STF. Como destaca Torres (2007, p. 368), uma vez que o ICMS e o ISS foram separados no texto da CF, só a lei complementar e o trabalho casuístico da jurisprudência poderiam conduzir ao fechamento do conceito constitucional das duas materialidades dos impostos, o que revela mais uma hipótese clara de necessária interação entre Poder Legislativo e Poder Judiciário no aperfeiçoamento do ICMS.

O próprio STF, ao examinar hipóteses de conflitos de competência envolvendo o ICMS e o ISS, também destacou a relevância do papel do legislador complementar para a indicação de critérios objetivos capazes de solucionar tais conflitos, como ocorreu por ocasião do julgamento do tema relativo à tributação do *software* (ADI 5.659, DJ 20/5/2021).

A nova redação ao subitem 13.05, da lista de serviços anexa à LC n. 116/2003, conferida pela LC n. 157/2016, pode ser considerada uma clara hipótese de incorporação da jurisprudência tributária ao texto legal, tendo sido relevante para dirimir caso de conflito de competência tributária entre o ICMS e o ISS.

Na hipótese, a nova redação do dispositivo legal indicou a incidência do imposto municipal na composição gráfica, inclusive confecção de impressos gráficos, fotocomposição, clichéria, zincografia, litografia e fotolitografia,

exceto se destinados a posterior operação de comercialização ou industrialização, ainda que incorporados, de qualquer forma, a outra mercadoria que deva ser objeto de posterior circulação, tais como bulas, rótulos, etiquetas, caixas, cartuchos, embalagens e manuais técnicos e de instrução, quando ficarão sujeitos ao ICMS.

A nova redação ocorreu após significativa controvérsia acerca da incidência do ISS ou do ICMS na atividade de composição gráfica, inclusive em relação a embalagens, a partir da interpretação do termo “composição gráfica”, indicado no subitem 13.05 da lista de serviços da LC n. 116/2003, em sua redação original. No STJ, prevalecia a posição jurisprudencial no sentido da incidência apenas do ISS na referida atividade, considerando-se a previsão na lista de serviços, conforme entendimento expressado na Súmula 156.

Não obstante, fazendas estaduais e contribuintes sustentavam que a hipótese deveria estar sujeita ao ICMS quando a produção resultasse em bens que seriam usados como insumos ou embalagens para mercadorias que seriam postas em circulação, pois, em tal hipótese, a incidência do ISS seria descabida, pois o destinatário do serviço gráfico não seria o destinatário final da atividade na cadeia produtiva. Além disso, a incidência do ISS, no lugar do ICMS, não autorizava o contribuinte a utilizar o direito de crédito próprio do mecanismo da não cumulatividade do imposto estadual.

O entendimento pela incidência do ICMS, nos termos indicados, acabou sendo acolhido pelo STF, no julgamento da medida cautelar na ADI 4.389 (DJ 25/5/2011). Na ocasião, foi conferida interpretação conforme à Constituição ao subitem 13.05 da lista da LC n. 116/2003, para reconhecer que o ISS não incidiria sobre operações de industrialização por encomenda de embalagens, destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de circulação de mercadoria, de forma que, presentes os requisitos constitucionais e legais, incidirá o ICMS nas situações indicadas. Tais parâmetros da decisão judicial foram claramente incorporados pelo legislador complementar ao editar a LC n. 157/2016 e ao conferir nova redação ao subitem 13.05 da lista de serviços anexa à LC n. 116/2003.

A mesma LC n. 157/2016, ao incluir, na lista de serviços da LC n. 116/2003, o subitem 17.25, indicando como fato gerador do ISS a inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade, também consistiu em inegável tentativa do legislador complementar de buscar a solução de mais um conflito envolvendo o ICMS e o ISS.

Por ocasião da edição da LC n. 116/2003, houve veto ao subitem 17.07, que fazia alusão aos serviços de “veiculação e divulgação de textos, desenhos e outros

materiais de propaganda e publicidade, por qualquer meio”. Com a ausência da referida atividade na lista de serviços da lei complementar que estabelece normas gerais para o ISS, diversas fazendas estaduais sustentaram a incidência do ICMS na hipótese ventilada, pela caracterização da atividade como serviço de comunicação, tese que foi reforçada pelo Convênio ICMS 45/2014.

Todavia, a referida posição, manifestada pelas fazendas estaduais, era rejeitada por parcela significativa da doutrina tributária, que concluía no sentido da inexistência de serviço de comunicação sujeito a tributação na hipótese, como destacado por Machado (1997, p. 39), Carrazza (2015, p. 261) e Ávila (2010, p. 164).

A inclusão do subitem 17.25 na lista de serviços anexa à LC n. 116/2003, realizada pela LC n. 157/2016, reforçou a tese pela não incidência do ICMS nas hipóteses de inserção de publicidade em qualquer meio. Em tal linha, a Fazenda Estadual de Santa Catarina, na Consulta 17/2018, considerou que, após a edição da LC n. 157/2016, não estaria sujeita à incidência de ICMS a locação de espaço em *outdoor*. A manifestação considerou que, embora houvesse fundamentada dúvida acerca da incidência do ICMS ou do ISS na hipótese cogitada, tal discussão teria sido superada pelo legislador complementar, conforme a regra do art. 146, I, da CF.

Todavia, a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro (Parecer GUB 1/2017) concluiu pela inconstitucionalidade da inserção do subitem 17.25 na lista da LC n. 116/2003 pela LC n. 157/2016, pois a atividade seria caracterizada como serviço de comunicação, sujeita a ICMS. Houve recomendação de propositura de ação direta de inconstitucionalidade pelo governador do estado, o que acabou por ocorrer pela ADI 6.034 (DJ 21/3/2022), que foi julgada improcedente, com afirmação da constitucionalidade do subitem 17.25. Em outros termos, o STF concordou com a solução do conflito de competência que foi endereçada pelo legislador complementar.

8. Conclusão

Os exemplos de interações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, envolvendo temas controvertidos do ICMS, revelam a existência de constante diálogo constitucional entre os Poderes, com a edição de emendas constitucionais, leis complementares e decisões judiciais.

Em diversas situações, o simples julgamento da matéria controvertida, pelo STF, no exercício da jurisdição constitucional, não se revelou suficiente para a solução do tema, demandando a atuação posterior do legislador

complementar. Por outro lado, em diversas hipóteses, a atuação do legislador complementar acabou sendo complementada pela atuação da jurisdição constitucional exercida pelo STF, reforçando a noção de que o diálogo entre os Poderes é constante.

A atividade do Poder Legislativo de promover mudanças na legislação tributária, segundo parâmetros delineados pelo STF na jurisdição constitucional, é de manifesta relevância para assegurar maior segurança jurídica para contribuintes e para os entes tributantes, que poderão planejar suas ações com base nos atos normativos em vigor, sem a necessidade de propositura de ações judiciais.

Referências

ÁVILA, Humberto. Veiculação de material publicitário em páginas na internet. Exame da competência para instituição de imposto sobre serviços de comunicação. Ausência de prestação de serviço de comunicação. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 173, p. 153-164, fev. 2010.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogo constitucional: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Lei Complementar n. 194, de 23 de junho de 2022*. Altera a Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), e a Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir), para considerar bens e serviços essenciais os relativos aos combustíveis, à energia elétrica, às comunicações e ao transporte coletivo, e as Leis Complementares n. 192, de 11 de março de 2022, e 159, de 19 de maio de 2017. Brasília: Câmara dos Deputados, 2022a. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/2022/leicomplementar-194-23-junho-2022-792887-normaatuizada-pl.html>. Acesso em: 15 abr. 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar n. 18/2022*. Altera a Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), e a Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir), para considerar bens e serviços essenciais os relativos aos combustíveis, à energia elétrica, às comunicações e ao transporte coletivo, e as Leis Complementares n. 192, de 11 de março de 2022, e 159, de 19 de maio de 2017. Brasília: Câmara dos Deputados, 2022b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2147149&file_name=PLP%2018/2022. Acesso em: 15 abr. 2025.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2025.

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Exposição de Motivos n. 85/2023-MF*. Brasília: Ministério da Fazenda, 2023a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Projetos/Ato_2023_2026/2023/PLP/Exm/Exm-85-2023-MF.htm. Acesso em: 14 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4628/DF*. Relator: Luiz Fux, 24 nov. 2014a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7310046>. Acesso em: 15 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 7191/DF*. Relator: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, 2º julg., julgado em 5 jun. 2023, publicado em 28 jun. 2023b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355395720&ext=.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO 25 QO*, Relator: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 20 maio 2020, publicado em 12 nov. 2020a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4454964>. Acesso em: 14 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 171*. Julgado em 27 mar. 2014b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=171>. Acesso em: 14 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 1094*. Julgado em 14 out. 2020b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=1094>. Acesso em: 14 abr. 2025.

CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS*. Malheiros: São Paulo, 2015.

CARNEIRO, Daniel Dix; MACHADO, Michele Viegas. O conceito de crédito do ICMS (financeiro vs. físico), a real extensão do art. 20, *caput*, da LC 87/1996 e jurisprudência recente do STJ e STF. In: CARNEIRO, Daniel Dix; Da Mata, Juselder Cordeiro; LOBATO, Valter de Souza (org.). *25 anos da Lei Kandir*: questões controversas do ICMS. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021, p. 29-68.

CORREIA NETO, Celso de Barros. Controle de constitucionalidade e reações legislativa em matéria tributária: a quem cabe a última palavra? *Revista Fórum de Direito Tributário (RFDT)*, ano 19, n. 110, p. 9-28, mar./abr. 2021.

COSTA, Alcides Jorge. *ICM na Constituição e na lei complementar*. São Paulo: Resenha Tributária, 1978.

MACHADO, Hugo de Brito. O ICMS e a radiodifusão. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 23, ago. 1997.

Mello, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Direito tributário e diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *ICMS no estado do Rio de Janeiro: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. A interação entre a lei e a jurisprudência em matéria tributária. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 46, p. 103-116, 1993.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, v. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Reelegibilidade nas Mesas Diretoras do Poder Legislativo à luz da nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Reeligibility in the Legislative Branch's Executive Boards in
Light of the New Jurisprudence of the Supreme Federal Court

Reelegibilidad en las Mesas Directivas del Poder Legislativo a
la luz de la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal

Fabício Juliano Mendes Medeiros

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS), mestre em direito pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília (Uniceub), especialista em direito constitucional processual pela Universidade Federal de Sergipe (UFS); professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Foi assessor de ministro do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral e assessor jurídico na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. É membro do Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral (Ibrade).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Reelegibilidade para os cargos das Mesas Direto-
ras do Poder Legislativo: o novo olhar do STF a partir da ADI 6.524/DF; 3. As
tentativas de driblar aos limites objetivos fixados pelo STF à reelegibilidade
nas Mesas do Poder Legislativo e a natural reação jurisprudencial; 4. Conclu-
são; Referências.

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no § 4º do art. 57 o regra-
mento básico a ser observado pelo Poder Legislativo para eleição das Mesas
Diretoras, e instituiu, também, a vedação de recondução, para o mesmo cargo,
na eleição imediatamente subsequente. Essa norma sempre gerou discussão
no âmbito do Supremo Tribunal Federal, especialmente em relação à sua ex-
tensão aos legislativos dos entes subnacionais. Este artigo tem por finalidade
examinar a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, espe-
cialmente a partir do julgamento da ADI 6.524/DF, de relatoria do ministro
Gilmar Mendes, sobre eleição das Mesas Diretoras do Poder Legislativo em
níveis federal, estadual e municipal. Além disso, busca projetar, se possível,
novos debates relacionados a essa temática a partir das premissas jurisper-
denciais recentemente fixadas pela Suprema Corte.

PALAVRAS-CHAVE: reelegibilidade; mesas diretoras; STF; jurisprudência.

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction; 2. Reeligibility for the positions in
the Executive Boards of the Legislative Branch: the new perspective of the
Supreme Federal Court following ADI 6.524/DF; 3. Attempts to circumvent
the objective limits established by the Supreme Federal Court on reeligibility
in the Legislative Branch Executive Boards and the natural jurisprudential
reaction; 4. Conclusion; References.

ABSTRACT: The 1988 Federal Constitution established, in § 4th of its article
57, the basic rules to be observed by the Legislative Branch for the election
of Executive Boards, including the prohibition of reappointment to the same
position in the immediately subsequent election. This provision has always
sparked debate within the scope of the Federal Supreme Court, particularly
regarding its applicability to the legislative bodies of subnational entities.
This article aims to examine the evolution of the Federal Supreme Court's
jurisprudence, especially following the judgment of ADI 6.524/DF, rapporteur
justice Gilmar Mendes, concerning the election of Legislative Executive
Boards at the federal, state, and municipal levels, and to anticipate, if pos-
sible, new debates on this issue based on the jurisprudential principles re-
cently established by the Supreme Court.

KEYWORDS: reeligibility; executive boards; STF; jurisprudence.

CONTENIDO: 1. Introducción; 2. Reelección para los cargos de las Mesas
Directivas del Poder Legislativo: la nueva perspectiva del Tribunal Supremo
Federal a partir de la ADI 6.524/DF; 3. Los intentos de eludir los límites obje-

tivos estabelecidos por el Tribunal Supremo Federal sobre la reelección en las Mesas del Poder Legislativo y la natural reacción jurisprudencial; 4. Conclusión; Referencias.

RESUMEN: La Constitución Federal de 1988 estableció en el § 4º del art. 57 las reglas básicas que deben ser observadas por el Poder Legislativo para la elección de las Mesas Directivas, incluyendo la prohibición de reelección para el mismo cargo en la elección inmediatamente subsecuente. Esta norma siempre ha generado debate en el ámbito del Tribunal Supremo Federal, especialmente en relación con su aplicación a los legislativos de los entes subnacionales. Este artículo tiene como objetivo examinar la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, especialmente a partir del fallo de la ADI 6.524/DF, relator ministro Gilmar Mendes, sobre la elección de las Mesas Directivas del Poder Legislativo a nivel federal, estatal y municipal, proyectando, si es posible, nuevos debates relacionados con esta temática a partir de las premisas jurisprudenciales recientemente establecidas por el Tribunal Supremo.

PALABRAS CLAVE: reelección; mesas directivas; STF; jurisprudência.

1. Introdução

Há anos o Supremo Tribunal Federal vem se dedicando à tarefa de definir o real alcance da norma inscrita no § 4º do art. 57 da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988, art. 57, § 4º), bem como à de sindicar a sua eventual aplicação aos parlamentos estaduais, distrital e municipais.

Com efeito, a norma constitucional em comento sempre suscitou questionamentos sobre uma eventual possibilidade de recondução de parlamentares, para o mesmo cargo da Mesa, em eleição imediatamente subsecuente, independentemente se realizada na mesma ou em legislatura diversa.

Como se não bastasse, tendo em conta que a jurisprudência da Suprema Corte sempre considerou não ser a norma constitucional do § 4º do art. 57 de absorção compulsória pelos demais entes federados, os parlamentos estaduais, distrital e municipais gozavam de ampla autonomia para livremente decidir sobre a possibilidade, ou não, de recondução dos membros das respectivas Mesas Diretoras¹¹⁴.

114 *Vide*, ilustrativamente, os seguintes precedentes que consolidaram esse entendimento: ADI 793-9, de relatoria do ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 3 de abril de 1997; Rp 1.245, de relatoria do ministro Oscar Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 14 de novembro de 1986; MS 24.104, de relatoria do ministro Celso de Mello, decisão monocrática, julgado em 10 de setembro de 2015; ADI 1.805, de relatoria da ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 23 de novembro de 2020.

Essa possibilidade, porém, desencadeou a instituição, em todo o país, de regimes jurídicos dos mais variados, muitos deles desproporcionais e desarrazoados, o que terminou gerando a propositura de dezenas de ações constitucionais com a finalidade de discutir, mais detidamente, os limites de atuação dos Legislativos dos entes federados periféricos, seja no tocante ao tema da reeleição para o mesmo cargo da Mesa, seja no que diz respeito à convocação de eleições para esse fim.

O presente ensaio tem por objetivo examinar a nova orientação jurisprudencial emanada do Supremo Tribunal a partir do julgamento, em dezembro de 2018, da ADI 6.524/DF, sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes, como também analisar o porvir em relação ao tema, consideradas as premissas objetivas mais recentemente fixadas pela Corte Suprema.

2. Reelegibilidade para os cargos das Mesas Diretoras do Poder Legislativo: o novo olhar do STF a partir da ADI 6.524/DF

A discussão sobre a possibilidade de sucessivas reeleições para a chefia do Poder Legislativo em âmbito nacional, estadual ou municipal não é nova e vem ocupando, há algum tempo, a pauta do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, que, por diversas vezes, foi instado a decidir sobre a validade das frequentes tentativas de perpetuação no poder de presidentes e de membros de Mesas Diretoras.

Em âmbito federal, a possibilidade de recondução de membros das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal fora, de forma relativamente recente, delimitada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 6.524/DF, de relatoria do ministro Gilmar Mendes. Naquela oportunidade, estabeleceu-se uma vedação à recondução dos presidentes das Casas Legislativas para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente, dentro da mesma legislatura. A recondução, portanto, somente seria possível, atendendo a essa orientação, em caso de nova legislatura, dada a formação de Congresso novo (Brasil, 2020b).

Ao final dos debates, a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal em relação à possibilidade de recondução, para o mesmo cargo, no âmbito do Congresso Nacional, ficou assim sintetizada:

DIREITO CONSTITUCIONAL. SEPARAÇÃO DOS PODERES (ART. 2º, CF/88). PODER LEGISLATIVO. AUTONOMIA ORGANIZACIONAL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. SENADO FEDERAL. REELEIÇÃO DE MEMBRO DA MESA (ART. 57, § 4º, CF/88). REGIMENTO INTERNO. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. 1. O constitucionalismo moderno reconhece

aos parlamentos a prerrogativa de dispor sobre sua conformação organizacional, condição necessária para a garantia da autonomia da instituição legislativa e do pleno exercício de suas competências finalísticas.

2. Em consonância com o direito comparado – e com o princípio da separação dos poderes – o constitucionalismo brasileiro, excetuando-se os conhecidos interregnos autoritários, destinou ao Poder Legislativo larga autonomia institucional, sendo de nossa tradição a prática de reeleição (recondução) sucessiva para cargo da Mesa Diretora. Descontinuidade dessa prática parlamentar com o Ato Institucional n. 16, de 14 de outubro de 1969 e, em seguida, pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969 – ambas medidas situadas no bojo do ciclo de repressão inaugurado pelo Ato Institucional n. 5, de 1968, cuja tônica foi a institucionalização do controle repressivo sobre a sociedade civil e sobre todos os órgãos públicos, nisso incluídos os Poderes Legislativo e Judiciário.

3. Ação Direta em que se pede para que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal sejam proibidos de empreender qualquer interpretação de texto regimental (art. 5º, *caput* e § 1º, RICD; art. 59, RISF) diversa daquela que proíbe a recondução de Membro da Mesa (e para qualquer outro cargo da Mesa) na eleição imediatamente subsequente (seja na mesma ou em outra legislatura); ao fundamento de assim o exigir o art. 57, § 4º, da Constituição de 1988. Pedido de interpretação conforme à Constituição cujo provimento total dar-se-ia ao custo de se introduzir, na ordem constitucional vigente, a normatividade do art. 30, parágrafo único, *h*, da Emenda Constitucional 1/1969.

4. Ação Direta conhecida, com julgamento parcialmente procedente do pedido. Compreensão da maioria no sentido de que o art. 57, § 4º, da Constituição Federal de 1988 requer interpretação do art. 5º, *caput* e § 1º, do RICD, e o art. 59, RISF, que assente a impossibilidade de recondução de Membro da Mesa para o mesmo cargo, na eleição imediatamente subsequente, que ocorre no início do terceiro ano da legislatura. Também por maioria, o Tribunal reafirmou jurisprudência que pontifica que a vedação em referência não tem lugar em caso de nova legislatura, situação em que se constitui Congresso novo. (Brasil, 2020b, p. 1-2)

Na sequência, a questão foi transportada para o plano dos estados. Isso porque diversas constituições estaduais autorizavam a reeleição sucessiva para cargos da Mesa Diretora das Assembleias Estaduais. Essas previsões encontravam certo respaldo na histórica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, fixada, por exemplo, na ADI 793/RO, segundo a qual a norma constitucional que veda a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente não seria de reprodução obrigatória pelos estados-membros.

CONSTITUCIONAL. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA ESTADUAL: MESA DIRETORA: RECONDUÇÃO PARA O MESMO CARGO. Constituição do Estado de Rondônia, art. 29, inc. I, alínea *b*, com a redação da Emenda Const.

Estadual n. 3/92. CF, art. 57, § 4º. TRIBUNAL DE CONTAS: CONSELHEIRO: NOMEAÇÃO: REQUISITO DE CONTAR MENOS DE SESENTA E CINCO ANOS DE IDADE. Constituição do Estado de Rondônia, art. 48, § 1º, I, com a redação da Emenda Const. Estadual n. 3/92. CF, art. 73, § 1º, I. I – A norma do § 4º do art. 57 da CF que, cuidando da eleição das Mesas das Casas Legislativas federais, veda a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente, não é de reprodução obrigatória nas constituições dos Estados-membros, porque não se constitui num princípio constitucional estabelecido. II – Precedente do STF: Rep 1.245-RN, Oscar Corrêa, RTJ 119/964. III – Os requisitos para nomeação dos membros do Tribunal de Contas da União, inscritos no art. 73, § 1º, da CF, devem ser reproduzidos, obrigatoriamente, na Constituição dos Estados-membros, porque são requisitos que deverão ser observados na nomeação dos conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e Conselhos de Contas dos Municípios. CF., art. 75. IV – Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte. (Brasil, 1997, p. 1)

Acontece que, conquanto a jurisprudência de longa data do Supremo Tribunal Federal houvesse sinalizado que a determinação do § 4º do art. 57 da Constituição Federal não seria de reprodução obrigatória nos estados-membros (STF, 1997), após o julgamento da paradigmática ADI 6.524/DF, a questão da recondução de deputados estaduais passou igualmente a ser interpretada à luz dos princípios republicano e democrático (Brasil, 2020b).

Com efeito, o precedente de relatoria do ministro Gilmar Mendes promoveu verdadeira virada jurisprudencial da Corte sobre o tema, tendo sido referenciado por inúmeras decisões proferidas desde então, que vedaram a recondução sucessiva no âmbito estadual¹¹⁵.

Pois bem, o debate mais aprofundado do tema relativamente à aplicabilidade dos limites constitucionais à reelegibilidade aos cargos das Mesas do Poder Legislativo dos entes periféricos, sob a perspectiva dos princípios republicano e democrático, deu-se no bojo das ADI 6.707/ES, 6.684/ES, 6.709/TO e 6.710/SE. No caso, conquanto o Supremo Tribunal Federal haja reiterado a histórica jurisprudência segundo a qual a norma do § 4º do art. 57 da Constituição de 1988 não funciona como parâmetro de controle de constitucionalidade de regra constante de Constituição estadual – justamente por não ser de repetição obrigatória pelo Poder Constituinte decorrente –, fixou-se a

115 Quanto à virada jurisprudencial, há de se compreender que: “o precedente, como fonte de direito (direito jurisdicional), tende à vigência duradoura, mas pode ser extinto ou revogado, a qualquer tempo, tal qual se passa com a lei em sentido estrito. Quem teve poder para estabelecer um precedente tem, naturalmente, poder para revogá-lo ou alterá-lo. No direito anglo-americano, berço do sistema de precedentes, fala-se em *overruling*, quando um precedente perde totalmente sua força vinculante.” (Theodoro Júnior, 2024, p. 716)

tese de que o princípio republicano, e seus corolários da temporariedade dos mandatos e da alternância do poder, deve funcionar como limite objetivo à reeleição de membros da Mesa.

Adicionalmente, uma vez cravada a premissa de necessidade de limitação objetiva à reeleição, entendeu o Tribunal que a Emenda Constitucional n. 17/1997 terminou redimensionando o conteúdo do princípio republicano ao permitir a reeleição no âmbito do Poder Executivo, fornecendo, assim, um critério constitucional objetivo e plenamente válido para se entender pela possibilidade de uma única reeleição/recondução sucessiva para o mesmo cargo da Mesa, independentemente se dentro ou fora da mesma legislatura (Brasil, 1997).

No julgamento conjunto das ADI 6.707/ES, 6.684/ES, 6.709/TO e 6.710/SE, o relator do caso, ministro Ricardo Lewandowski, aplicou integralmente o precedente firmado da já citada ADI 6.524/DF e declarou inconstitucional o ato normativo nela impugnado por permitir que integrantes da Mesa Diretora da Assembleia Legislativa fossem reconduzidos para o mesmo cargo na mesma legislatura.

Em seu voto-vista, porém, o ministro Alexandre de Moraes divergiu do relator e, com lastro em premissa lógico-normativa derivada da Emenda Constitucional n. 16/1997, nesse sentido assestou:

Assim, a nova orientação exige que os estados, ao regularem o tema, observem os princípios republicano e democrático, e estabeleçam, no máximo, a permissão para UMA ÚNICA REELEIÇÃO SUCESSIVA.

Esse parâmetro – uma única reeleição – não pode ser utilizado plenamente em relação às Casas do Congresso Nacional (objeto do julgamento da ADI 6524) em decorrência do conteúdo proibitório do art. 57, § 4º, da CF, o qual, referindo-se apenas ao Poder Legislativo da União, tem um âmbito de aplicação mais restrito e especial.

Daí a conclusão do referido julgamento, em que prevaleceu a proibição à recondução de cargos das Mesas Diretoras do Congresso, embora limitada a cada legislatura.

Em relação aos Estados, por outro lado, não há óbice a que se utilize a regra de uma única reeleição, independentemente da legislatura, como critério seguro para o equilíbrio entre a autonomia dos Poderes Legislativos dos estados-membros e a necessidade de garantia do caráter republicano e democrático dos processos decisórios desses Poderes. E sem o inconveniente de que as regras de elegibilidade dos membros da Mesa Diretora variem conforme se trate de eleição realizada na primeira sessão ou na terceira sessão legislativa de uma legislatura. (Moraes, 2023, p. 18-19)

A divergência inaugurada pelo ministro Alexandre de Moraes suscitou novo pedido de vista, dessa vez formalizado pelo ministro Gilmar Mendes, que, ao trazer seu voto, realçou que a controvérsia deveria “ser solucionada a partir de outras normas constitucionais, sobretudo os princípios republicano, democrático e do pluralismo político, assim como à luz do que descortinado pelo precedente firmado na ADI 6524” e fixou as seguintes teses de julgamento¹¹⁶:

(i) a eleição dos membros das Mesas das Assembleias Legislativas estaduais deve observar o limite de uma única reeleição ou recondução, limite cuja observância independe de os mandatos consecutivos referirem-se à mesma legislatura; (ii) a vedação à reeleição ou recondução aplica-se somente para o mesmo cargo da mesa diretora, não impedindo que membro da mesa anterior se mantenha no órgão de direção, desde que em cargo distinto; e (iii) o limite de uma única reeleição ou recondução, acima veiculado, deve orientar a formação das Mesas das Assembleias Legislativas que foram eleitas após a publicação do acórdão da ADI 6.524, mantendo-se inalterados os atos anteriores. (Mendes, 2021, p. 56)

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu, portanto, um *discrímen* importante entre o regime jurídico-constitucional aplicável às Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal daquele que incide sobre a eleição para as Mesas do Poder Legislativo dos estados, municípios e do Distrito Federal. Sim, porque se, de um lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que, no âmbito federal, somente é admitida constitucionalmente a reeleição/recondução para o mesmo cargo da Mesa em legislaturas diversas, permitiu, de outro lado, reeleição para o mesmo cargo da Mesa uma única vez, independentemente se dentro ou fora de uma mesma legislatura.

Não pode passar desapercibida a modulação dos efeitos da decisão, empreendida pelo Tribunal por razões de segurança jurídica e de interesse público¹¹⁷, ante a evidente hipótese de *overruling* em relação ao entendimento que vinha sendo aplicado no âmbito dos Legislativos dos entes subnacionais. Desse modo, tal como consignado na decisão das ADI 6.707/ES, 6.684/ES, 6.709/TO e 6.710/SE, o limite de uma única reeleição ou recondução deveria orientar

116 Esse entendimento prevaleceu por maioria de votos, vencidos, parcialmente, os ministros Ricardo Lewandowski (relator), Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia e Edson Fachin.

117 Lei n. 9.868/1999. Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

a formação das Mesas das Assembleias Legislativas que foram eleitas após a publicação do acórdão da ADI 6.524/DF, ou seja, 6/4/2021, mantendo-se inalterados os atos anteriores.

De se notar, pois, que o Supremo Tribunal Federal enfrentou, com ares de definitividade, o tema concernente à reelegibilidade para os cargos das Mesas Diretoras dos Legislativos federal, estaduais, distrital e municipais, não remanescendo, ao que se parece, qualquer dúvida em relação aos limites impostos às reconduções para o mesmo cargo desses órgãos parlamentares internos, a partir dos novos precedentes firmados desde o julgamento da ADI 6.524/DF.

A fixação de limites objetivos à reelegibilidade para os cargos das Mesas Legislativas, porém, terminou recrudescendo o ímpeto de certos grupos políticos em perpetuarem-se no poder, gerando novas situações de evidente desvirtuação da autonomia organizacional conferida ao Poder Legislativo, descambando, em muitos casos, “em continuísmo personalista na titularidade das funções públicas eletivas” (Mendes, 2020, p. 79).

3. As tentativas de drible aos limites objetivos fixados pelo STF à reelegibilidade nas Mesas do Poder Legislativo e a natural reação jurisprudencial

Fixados pelo Supremo Tribunal Federal, como já exposto no tópico antecedente, os limites objetivos à reelegibilidade nas Mesas Diretoras do Poder Legislativo em todos os níveis federativos, o tema relacionado à aplicação do recente entendimento exarado pelo Tribunal tornou a ser discutido na Corte, agora no bojo da ADI 6.688/PR, de relatoria do ministro Gilmar Mendes. Com efeito, essa discussão já fora travada quando da análise das ADI 6.707/ES, 6.684/ES, 6.709/TO e 6.710/SE, mas a temática voltou. Voltou e calhou de gerar um novo – e ainda mais claro – pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, contendo um importante aperfeiçoamento, uma sutil – mas longe de ser indiferente – alteração e, ainda, uma oportuna advertência contra tentativas de drible à nova orientação jurisprudencial.

De se registrar que, no julgamento da mencionada ADI 6.688/PR, o Tribunal, por maioria de votos, assentou a tese de que:

[...] o limite de uma única reeleição ou recondução, acima veiculado, deve orientar a formação da Mesa da Assembleia Legislativa no período posterior à data de publicação da ata de julgamento da ADI 6.524, de modo que não serão consideradas, para fins de inelegibilidade, as

composições eleitas antes de 7.12021, salvo se configurada a antecipação fraudulenta das eleições como burla ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. (Brasil, 2022)

Pois bem, compulsando-se os acórdãos das ações diretas de inconstitucionalidade aqui citadas, observa-se que, quando do exame das ADI 6.707/ES, 6.684/ES, 6.709/TO e 6.710/SE, o Tribunal cravou o entendimento de que “o limite de uma única reeleição ou recondução, acima veiculado, deve orientar a formação das Mesas das Assembleias Legislativas que foram eleitas após a publicação do acórdão da ADI 6.524, mantendo-se inalterados os atos anteriores” (Brasil, 2021a). Todavia, no julgamento da mencionada ADI 6.688/PR, o marco lógico-temporal adotado passou a ser a data de publicação da ata de julgamento da ADI 6.524/DF, ou seja, 7/1/2021, e não mais a data de publicação do seu acórdão, ocorrida em 6/4/2021.

Uma alteração de posição, vale mencionar, que se mostra mais consentânea com a tradição do Supremo Tribunal Federal, pois, como recordou o ministro Alexandre de Moraes,

A prática da Corte, em discussões sobre definição do marco temporal para a atribuição de efeitos em sede de controle concentrado de constitucionalidade, é adotar como referência a data da publicação da ata de julgamento, considerando que o art. 28 da Lei 9.868/1999 determina que ‘dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do *Diário da Justiça* e do *Diário Oficial da União* a parte dispositiva do acórdão’, sendo esse o marco para a produção de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante da declaração de constitucionalidade, inconstitucionalidade ou atribuição de interpretação conforme (parágrafo único do mesmo art. 28). (Moraes, 2022, p. 44)

Note-se, ainda, que a partir do julgamento da ADI 6.688/PR, a Corte passou a adotar, de maneira muito mais acertada, a terminologia “inelegibilidade” para referir-se à condição impeditiva do mandatário que já tenha ocupado, por duas vezes consecutivas, o mesmo cargo na Mesa Diretora, independentemente se na mesma ou em outra legislatura¹¹⁸.

Desse modo, de par com as premissas firmadas no precedente em comento, e considerado o marco lógico de 7/1/2021, o eventual exercício de cargo na Mesa Diretora anteriormente a essa data, mesmo que já fruto de uma reeleição, não

118 Nesse particular, vale trazer à lembrança a lição de José Jairo Gomes que, ao definir as inelegibilidades sob a perspectiva do direito eleitoral, ensina que inelegibilidade é um “fator negativo cuja presença obstrui ou subtrai a capacidade eleitoral passiva do nacional, tornando-o inapto para receber votos e, pois, exercer mandato representativo”. (Gomes, 2024).

retiraria do parlamentar a aptidão para postular o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente, podendo, inclusive, pleitear sua recondução para o biênio seguinte.

Importa aqui abrir um importante parêntese para consignar mais uma alteração de entendimento da Suprema Corte em relação ao tema, evidenciada no julgamento da ADI 6.674/MT, sob a relatoria do ministro Alexandre de Moraes. Na ocasião, o Tribunal reajustou a tese anteriormente conferida na ADI 6.524/DF, definindo, expressamente, que o biênio de 2021/2022 contaria para fins de inelegibilidade, ainda que as eleições tivessem ocorrido em data anterior ao dia 7/1/2021.

Desse modo, o limite de uma única reeleição ou recondução deve orientar a formação da Mesa da Assembleia Legislativa no período posterior à data de publicação da ata de julgamento da ADI 6.524/DF (7/1/2021), devendo ser consideradas, para fins de inelegibilidade, apenas as composições do biênio 2021/2022 e posteriores, salvo se configurada a antecipação fraudulenta das eleições como burla ao entendimento do Supremo Tribunal Federal¹¹⁹.

O fato é que, no julgamento da já citada ADI 6.688/PR, a Corte Suprema deixou expressamente consignada a sua repulsa à adoção de estratégias visando à antecipação fraudulenta de eleições com o desiderato de evitar a inelegibilidade decorrente do exercício, por duas vezes consecutivas, de cargo no âmbito da Mesa Diretora em descompasso com os limites fixados pela jurisprudência.

Ao que tudo indica, porém, naquele momento, a preocupação da Corte era tão somente impedir que, por meio de um artilho, houvesse ocorrido a antecipação de eleição para os cargos da Mesa Diretora, a fim de se escapar do que decidido na ADI 6.524/DF, o que é facilmente extraído da análise da parte final do dispositivo do acórdão em tela.

Pois bem, o certo é que o Supremo Tribunal anteviu que poderiam ocorrer situações – naquele momento ainda não divisadas – de tentativa de burla aos novos parâmetros fixados na novel jurisprudência. E o fato é que, se é certo que, quando do julgamento da ADI 6.688/PR, a preocupação era nulificarem-se eleições artificialmente antecipadas para se fugir do que foi decidido na ADI 6.524/DF, a sinalização externada pela Corte manteve aberta a possibilidade de reexaminar a temática sob a perspectiva da fraude.

¹¹⁹ No mesmo sentido, no dia 21 de janeiro de 2025, o ministro Gilmar Mendes deferiu medida cautelar para afastar o presidente da Câmara de Vereadores do Município de Maringá nos autos da RCl 75.268/PR por divisar ofensa ao decidido na ADI 6.674/MT.

E não deu outra. Novas demandas em sede de controle abstrato de normas foram formalizadas, agora fundadas na alegação de fraude na antecipação das eleições para os cargos das Mesas Diretoras, realizadas, de modo concomitante, para o primeiro e segundo biênios.

No julgamento da ADI 7.350/DF, de relatoria do ministro Dias Toffoli, foi reconhecida a inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional n. 48/2022, do estado de Tocantins, que previa, de modo expresso, a eleição, no dia 1º de fevereiro do primeiro ano de cada legislatura, da Mesa Diretora para os dois biênios subsequentes. O acórdão, na parte que mais diretamente interessa, restou assim ementado:

Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar. Referendo. Conversão. Julgamento de mérito. Emenda n. 48/22 à Constituição do Estado do Tocantins. Eleições concomitantes da Mesa Diretora da Assembleia Legislativa para o primeiro e o segundo biênios. Inconstitucionalidade. Violação dos princípios republicano e democrático. Ação direta julgada procedente. [...] 2. Ao estabelecer a periodicidade das eleições para os cargos do Poder Executivo e do Legislativo, a Constituição de 1988 previu que elas ocorram em data próxima ao início do novo mandato, estabelecendo a contemporaneidade entre a eleição e o mandato respectivo (arts. 28; 29, inciso II; 77 e 81, § 1º, da CF/88). Também as eleições para as mesas das Casas Legislativas federais devem ser contemporâneas ao início do respectivo biênio (art. 57, § 4º, da CF/88). Não há no texto constitucional nenhuma norma que se assemelhe ao que previu o dispositivo questionado, isto é, que antecipe de forma tão desarrazoada a escolha de eleitos para um dado mandato e concentre em um único momento a escolha de duas “chapas” distintas para os mesmos cargos. 3. A Constituição de 1988 qualifica o voto periódico como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inciso II), enquanto mecanismo de alternância do poder e de promoção do pluralismo político, evitando a perpetuação de determinado grupo por período indeterminado. A concentração das eleições de duas chapas distintas para os mesmos cargos em um único momento suprime o momento político de renovação que deve ocorrer após o transcurso de um mandato. Acaba-se por privilegiar o grupo político majoritário ou de maior influência no momento do pleito único, o qual muito facilmente pode garantir dois mandatos consecutivos. 4. O princípio representativo impõe que o poder político seja exercido por representantes que espelhem as forças políticas majoritárias na sociedade. Daí que, para cada novo mandato, deve haver uma nova manifestação de vontade pelos eleitores, em momento próximo ao início do respectivo mandato, como forma de garantir que os eleitos refletirão a conjuntura presente e os anseios da maioria. No caso em análise, a Mesa Diretora do segundo biênio eleita no início da legislatura pode vir a não refletir as

forças políticas majoritárias presentes no início do respectivo mandato, vulnerando o ideal representativo. 5. Depreende-se da jurisprudência do TSE que o corpo eleitoral habilitado a votar no momento que precede o exercício do mandato tem o direito constitucional de escolher seu governante (art. 1º da Constituição de 1988) (MS n. 47.598, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe de 18/6/10; MS n. 4.228/SE, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 1º/9/09). O raciocínio aplica-se à democracia interna das Casas Legislativas, sendo certo que os parlamentares que compõem a Casa Legislativa no início do segundo biênio têm o direito de decidir acerca da composição da respectiva Mesa. 6. Ação direta julgada procedente. (Brasil, 2024a, p. 1-3)

Vê-se que, para concluir pela inconstitucionalidade da norma impugnada, a Corte alicerçou seu entendimento na ausência de contemporaneidade – em frontal desrespeito ao sentido do voto periódico (inciso II do § 4º do art. 60 da CF/1988) – que ressaí da manifestação de vontade do eleitorado em momento muito distante do início do mandato que será exercido, amesquinhando, assim, o princípio do pluralismo político. Nas palavras do relator da ação:

[...] A eleição periódica é mecanismo de alternância do poder político, evitando a perpetuação de determinado grupo por período indeterminado. No transcorrer de um mandato, as forças políticas se reorganizam e outras personalidades ou grupos políticos ganham projeção, podendo ascender ao poder pelo voto. Por isso a periodicidade dos pleitos é também fundamental para a promoção do pluralismo político. A concentração das eleições de duas “chapas” distintas para os mesmos cargos em um único momento enfraquece ou mesmo burla a possibilidade de renovação política, pois suprime o momento político de renovação que deve ocorrer após o transcurso de um mandato. Acaba-se por privilegiar o grupo político majoritário ou de maior influência no momento do pleito único, o qual muito facilmente pode garantir dois mandatos consecutivos.

[...]

Na situação dos autos, a Mesa Diretora do segundo biênio eleita no início da legislatura pode não vir a refletir as forças políticas majoritárias presentes no início do respectivo mandato, o que vulnera o ideal representativo. As eleições periódicas também viabilizam o controle e a fiscalização dos eleitores sobre o exercício dos mandatos. A satisfação ou a insatisfação com a forma como está sendo conduzida a política precisa ser manifestada periodicamente, mediante chancela ou veto, nas urnas, a candidato, grupo ou orientação política. Nesse quadro, a antecipação desarrazoada das eleições para os cargos da Mesa Diretora subtrai dos parlamentares o poder de controle sobre a direção da Assembleia Legislativa, pois apenas no transcorrer do primeiro biênio seria possível

avaliar a conjuntura política, realizar o necessário balanço entre expectativas e realidade e, a partir disso, decidir acerca do que se deseja para o próximo biênio. [...] (Toffoli, 2024, p. 14-15)

Mais recentemente, no julgamento da ADI 7.733/DF, a questão relativa à possibilidade de antecipação da eleição para a composição da Mesa Diretora das Assembleias Legislativas ganhou contornos ainda mais objetivos, com o estabelecimento de um marco temporal aplicável às eleições para o segundo biênio das Casas Legislativas.

A ação, proposta pela Procuradoria-Geral da República, questionava dispositivo do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte, o qual autorizava a antecipação da eleição dos membros da Mesa Diretora para o segundo biênio de cada legislatura, permitindo sua realização a qualquer momento até o terceiro ano do período legislativo.

O relator do caso, ministro Gilmar Mendes, ao reafirmar a jurisprudência da Corte sobre a necessidade de observância dos princípios representativo e da periodicidade dos pleitos, estabeleceu, com base em uma interpretação sistemática do texto constitucional, um marco temporal para a realização da eleição interna referente ao segundo biênio da legislatura. A unanimidade do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que essa eleição seria razoável a partir do mês de outubro do ano anterior até o término do primeiro biênio.

Em seu voto, concluiu o relator que:

Desse modo, assentada a impossibilidade de antecipação demasiada das eleições para os cargos de Mesa Diretora do Poder Legislativo, cabe examinar a partir de quando seria razoável a realização de tal pleito interno. A resposta parece ser encontrada a partir da interpretação sistemática da Constituição Federal e já foi adequadamente respondida na **ADI 7.350/TO**.

Da leitura sistemática da Constituição Federal é possível depreender não só a necessidade de realização de eleições contemporâneas ao mandato como também o marco que pode ser utilizado para assim considerá-las. As disposições acerca das eleições diretas para os cargos de prefeito, de governador e de presidente da República, sempre fazem referência ao mês de outubro do ano anterior ao término do mandato. Assim, tal como apontado pelo procurador-geral da República, o mês de outubro do ano anterior ao fim do mandato, em relação às eleições para Mesa Diretora do segundo biênio da legislatura, reflete o marco a partir do qual é possível atestar a contemporaneidade exigida pelo texto constitucional.

[...]

Assim, de modo a harmonizar as disposições constitucionais, as eleições das Mesas Diretoras das Assembleias Legislativas, para o segundo biênio da legislatura, devem realizar-se a partir do mês de outubro do ano anterior ao término do primeiro biênio, em respeito a legitimidade do processo legislativo e a expressão política da composição atual da Casa. (Mendes, 2024, p. 17-18).

Esse é mais um, mas não será o último, debate travado no Supremo Tribunal Federal em relação às consequências que decorrem da fixação da nova diretriz envolvendo o alcance da norma do § 4º do art. 57 da Lei Maior e as tentativas de drible aos limites objetivos estabelecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

4. Conclusão

O debate sobre a interpretação e o exato alcance do § 4º do art. 57 da Constituição Federal não é recente e tem sido objeto de frequentes discussões no âmbito do Poder Judiciário, especialmente no Supremo Tribunal Federal. Essas discussões têm sido impulsionadas por constantes provocações em sede de controle concentrado, envolvendo a constitucionalidade de normas ou mesmo situações concretas relacionadas à reelegibilidade nas Mesas Diretoras do Poder Legislativo.

A análise dos julgados recentes do Tribunal revela uma progressiva pacificação do tema no âmbito jurisprudencial. A reafirmação do óbice constitucional à possibilidade de sucessivas reeleições para a chefia do Poder Legislativo ganhou corpo no julgamento da ADI 6.524/DF, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, no qual se ratificou a vedação à recondução dos presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente, dentro da mesma legislatura.

A lógica constitucional de limitação à reelegibilidade foi estendida para o plano dos estados e municípios, especialmente após o julgamento das ADI 6.707/ES, 6.684/ES, 6.709/TO e 6.710/SE. Nessa perspectiva, a norma contida no § 4º do art. 57 da Constituição Federal cedeu espaço para os princípios republicano e democrático. Esses princípios fundamentaram a orientação da Corte no sentido de que a eleição dos membros das Mesas Legislativas estaduais e municipais deve observar o limite de uma única reeleição ou recondução, independentemente de os mandatos consecutivos se referirem à mesma legislatura.

Mais ainda, o limite de uma única reeleição ou recondução deve orientar a formação das Mesas Legislativas dos entes subnacionais no período posterior à data de publicação de ata de julgamento da ADI 6.524/DF (7/1/2021), devendo ser consideradas, para fins de inelegibilidade, apenas as composições do biênio 2021/2022 e posteriores, salvo se configurada a antecipação fraudulenta das eleições como burla ao entendimento do Tribunal.

Em paralelo a isso, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre casos concretos que envolviam, em última medida, a adoção de estratégias fraudulentas com o objetivo de se anteciparem eleições, visando contornar a inelegibilidade resultante do exercício consecutivo de dois mandatos e a eventual nulificação da eleição. Diante desse cenário, após o julgamento das ADI 7.350/TO e 7.733/RN, evoluiu-se para a objetivação do lapso temporal para realização das eleições alusivas ao segundo biênio legislativo, que deverão ocorrer a partir do mês de outubro do ano anterior até o término do primeiro biênio, sob pena de nulidade.

Apesar desses parâmetros de certa forma consolidados na jurisprudência, o tema permanece instigante e a objetivação de critérios interpretativos é incapaz de abranger todas as nuances impostas pela complexidade dos fatos. Incumbe ao Supremo Tribunal Federal zelar pela observância dos princípios republicano e democrático, cuja essência sustenta a periodicidade dos mandatos e a alternância no poder e sua observância nas eleições para a chefia do Poder Legislativo de todas as esferas.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 57, § 4º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 dez. 2024.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 17, de 22 de novembro de 1997*. Altera dispositivos dos arts. 71 e 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzidos pela Emenda Constitucional de Revisão n. 1, de 1994. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 nov. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc17.htm. Acesso em: 16 dez. 2024.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 48, de 28 de março de 2022*. Altera o § 3º do art. 15 da Constituição do Estado de Tocantins. *Diário Oficial do Estado de Tocantins*, Palmas, 22 dez. 2022. Disponível em: <https://sapl.al.to.leg.br/norma/514> Acesso em: 16 dez. 2024.

BRASIL. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 nov. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 16 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.805*. Tribunal Pleno. Relatora ministra Rosa Weber. Julgado em 23 nov. 2020. 2020a. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 dez. 2024;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6.524/DF*. Tribunal Pleno. Relator ministro Gilmar Mendes. Julgado em 15 dez. 2020. 2020b. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6.674*. Tribunal Pleno. Relator ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 19 dez. 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6.684*. Tribunal Pleno. Relator ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 20 set. 2021. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6.688*. Tribunal Pleno. Relator ministro Gilmar Mendes. Julgado em 7 dez. 2022. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6.707*. Tribunal Pleno. Relator ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 20 set. 2021. 2021a. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6.709*. Tribunal Pleno. Relator ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 20 set. 2021. 2021b. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6.710*. Tribunal Pleno. Relator ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 20 set. 2021. 2021c. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 7.350*. Tribunal Pleno. Relator ministro Dias Toffoli. Julgado em 11 mar. 2024. 2024a. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 7.733*. Tribunal Pleno. Relator ministro Gilmar Mendes. Julgado em 19 nov. 2024. 2024b. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 793-9*. Tribunal Pleno. Relator ministro Carlos Velloso. Julgado em 3 abr. 1997. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 24.104*. Decisão monocrática. Relator ministro Celso de Mello. Julgado em 10 set. 2015. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rp 1245*. Tribunal Pleno. Relator ministro Oscar Corrêa. Julgado em 14 nov. 1986. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 dez. 2024.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 20. ed., rev., atual. e reform. [2. reimpr.]. Barueri: Atlas, 2024.

MENDES, Gilmar. *Voto na ADI 6.524*. Supremo Tribunal Federal, julgado em 15 dez. 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2024.

MENDES, Gilmar. *Voto na ADI 6.688*. Supremo Tribunal Federal, julgado em 7 dez. 2022. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 dez. 2024.

MENDES, Gilmar. *Voto na ADI 7.733*. Supremo Tribunal Federal, julgado em 19 nov. 2024. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 dez. 2024.

MORAES, Alexandre de. *Voto na ADI 6.674*. Supremo Tribunal Federal, julgado em 19 de dez. 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 dez. 2024.

MORAES, Alexandre de. *Voto na ADI 6.688*. Supremo Tribunal Federal, julgado em 7 dez. 2022. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 dez. 2024.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 57. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

TOFFOLI, Dias. *Voto na ADI 7.350/DF*. Supremo Tribunal Federal, julgado em 11 mar. 2024. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 dez. 2024.

A evolução da “legalidade” aplicada aos atos administrativos e legislativos: tendência de abandono da lógica da nulidade em favor da lógica da anulabilidade¹²⁰

The evolution of “legality” applied to administrative and legislative acts: a tendency to abandon the logic of nullity in favor of the logic of annullability

La Evolución de la “legalidad” aplicada a los actos administrativos y legislativos: tendencia al abandono de la lógica de la nulidad en favor de la lógica de la anulabilidad

Fernando Menezes de Almeida

Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

120 O presente texto foi elaborado a partir de um convite do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho para um trabalho de reflexão coletiva sobre “mudanças” que a Constituição de 1988 havia sofrido em sua aplicação, independentemente de alteração de seu texto, ao longo dos seus mais de 30 anos de vigência; o mesmo texto foi apresentado, em versão resumida, em inglês, em seminário de pesquisa regularmente organizado na Universidade de Freiburg (Alemanha), sob a coordenação do professor Matthias Jestaedt, sobre a Teoria Pura do Direito. Havendo recebido o honroso convite para enviar um trabalho para o número inaugural da *Plenário – Revista Jurídica da Câmara dos Deputados*, acreditei ser pertinente, dada a conexão do tema da legalidade com a atuação da Câmara dos Deputados, submeter essas ideias a uma nova publicação, considerando a possibilidade de que alcance um distinto público leitor.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A lógica da nulidade e a lógica da anulabilidade; 3. A compreensão da legalidade na tradição constitucional brasileira; 4. Vetores de evolução legislativa e jurisprudencial; 5. Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo pretende evidenciar, ao longo da vigência da Constituição de 1988, uma tendência de descolamento das noções de validade da norma jurídica e de sua conformidade à lei, com abertura para que a compreensão da legalidade passe a se dar por uma lógica de anulabilidade, não por uma lógica de nulidade.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição de 1988; validade da norma jurídica; legalidade; nulidade; anulabilidade.

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction; 2. The logic of nullity and the logic of annullability; 3. The comprehension of legality in the Brazilian constitutional tradition; 4. Vectors of legislative and jurisprudential evolution; 5. Conclusion; References.

ABSTRACT: This article aims to highlight, throughout the validity of the 1988 Constitution, a tendency to detach the notions of validity of the legal norm and its conformity to the law, opening the way for the understanding of legality to be based on a logic of annullability, instead of a logic of nullity.

KEYWORDS: 1988 Constitution; validity of the legal norm; legality; nullity; annullability.

CONTENIDO: 1. Introducción; 2. La Lógica de la Nulidad y la Lógica de la Anulabilidad; 3. La Comprensión de la Legalidad en la Tradición Constitucional Brasileña; 4. Vectores de Evolución Legislativa y Jurisprudencial; 5. Conclusión; Referencias.

RESUMEN: Este artículo pretende evidenciar, a lo largo de la vigencia de la Constitución de 1988, una tendencia a la desvinculación entre las nociones de validez de la norma jurídica y su conformidad con la ley, permitiendo que la comprensión de la legalidad se base en una lógica de anulabilidad y no en una lógica de nulidad.

PALABRAS CLAVE: Constitución de 1988; validez de la norma jurídica; legalidad; nulidad; anulabilidad.

1. Introdução

Inserindo-se o direito brasileiro na tradição do constitucionalismo ocidental (Troper, 1994, p. 203-205)¹²¹, uma premissa fundamental, da qual deriva a compreensão das bases constitucionais de seu ordenamento jurídico, é a adoção de um modelo de estado de direito.

Como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Nenhuma fórmula exprime melhor o espírito do Estado de Direito do que a consagrada no art. 30 da Declaração de Direitos de Massachusetts, de 1780: ‘o governo de leis, não de homens’. (Ferreira Filho, 1987, p. 95)

Por outras palavras, para se empregar a linguagem kelseniana, trata-se de se substituir a vontade subjetiva dos indivíduos pela vontade objetiva da sociedade, vontade esta contida nas leis, como parâmetro habilitante para se definir o sentido das normas vinculantes das condutas dos indivíduos (Kelsen, 1996, p. 34-35).

A legalidade, assim, é compreendida como a tradução técnico-jurídica da ideia de estado de direito.

O ordenamento jurídico brasileiro claramente adota tal modelo. Em primeiro lugar, por força da norma inaugural da Constituição de 1988, afirmando a República Federativa do Brasil como um “Estado Democrático de Direito” (art. 1º).

Em segundo lugar, pela ênfase na previsão da legalidade. Esta aparece como direito fundamental aplicável a todos os indivíduos – seja em seu sentido formal (lei como fruto do órgão de representação da sociedade: art. 5º, II), seja em seu sentido material (lei como norma tendencialmente geral e abstrata, de modo a atingir isonomicamente todos os membros da sociedade: art. 5º, *caput* e I) – e ainda como princípio aplicável à administração pública (art. 37, *caput*)¹²².

Tradicionalmente, por força de posturas doutrinárias, consagradas na jurisprudência, a legalidade era (ou talvez ainda seja) compreendida de modo

121 Michel Troper aponta três sentidos (não excludentes) do constitucionalismo: a) *lato sensu*, é a ideia difundida a partir do século XVIII de que todo Estado deve ter uma constituição como modo de impedir o despotismo; b) *stricto sensu*, é a ideia de que não apenas uma constituição é necessária, mas que ela deve fundar-se sobre certos princípios, voltados a se evitar o despotismo, ou, o que não é exatamente o mesmo, a se garantir a liberdade política; tais princípios – e nesse aspecto a ideologia do constitucionalismo comporta variações – podem ser os seguintes ou alguns deles: a separação de Poderes, a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, o governo representativo, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis; c) *strictissimo sensu*, é a ideia segundo a qual o resultado desejado (liberdade política ou impossibilidade do despotismo) só pode ser atingido se dentro os princípios aqui indicados figurar o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.

122 Além de outros casos específicos, que são desdobramentos dessa categorização mais geral, como a legalidade em matéria penal ou tributária.

majoritário no direito brasileiro de modo a promover a conexão indissociável das noções de validade e de conformidade à lei.

Entretanto – é o que este breve ensaio pretende evidenciar – verifica-se, nesses 32 anos de aplicação da Constituição de 1988, uma tendência de descolamento das noções de validade da norma jurídica e de sua conformidade à lei, dando abertura para que a compreensão da legalidade dê-se por uma lógica de anulabilidade, em lugar de pôr uma lógica de nulidade.

2. A lógica da nulidade e a lógica da anulabilidade

Como ponto de partida para os desdobramentos propostos neste ensaio, fixe-se a ideia de que o fenômeno da invalidade da norma jurídica pode basicamente ser explicado de dois modos: por uma lógica de nulidade ou por uma lógica de anulabilidade.

Pela lógica da nulidade, supõe-se que a invalidade de uma norma decorre, *ipso facto*¹²³, de sua desconformidade aos padrões estabelecidos pelo direito para a criação normativa – ou, dito de outro modo, de sua desconformidade à legalidade (legalidade em sentido amplo, incluindo aqui a constitucionalidade).

Por esse primeiro modo de se explicar o direito, supõe-se que uma norma jurídica não terá validade como imediata consequência de seu modo de ser (do modo como foi produzida), como se se tratasse de um fenômeno natural, sem a intercessão da vontade humana.

Nesse caso, supõe-se que a postura do aplicador do direito, perante uma norma “nula”, será a mesma postura de um observador da natureza que constata um fato dado a priori (imutável e inevitável): a norma não tem validade – já não tinha validade desde seu nascimento.

E o ato de reconhecimento da nulidade seria um ato declaratório de uma situação jurídica que não depende da vontade do aplicador do direito (do órgão jurídico que está reconhecendo a nulidade).

Por outro lado, pela lógica da anulabilidade, supõe-se que a invalidade de uma norma decorre de um ato de vontade do aplicador do direito, que também leva em consideração um juízo de desconformidade aos padrões estabelecidos pelo direito para a criação normativa (desconformidade à legalidade), mas que não é mecanicamente condicionado por essa desconformidade.

123 Quero dizer mesmo *ipso facto*: como se fosse um fenômeno causal próprio do mundo do ser (da natureza física), antes mesmo de ser uma consequência prevista pelo direito (*ipso jure*). Voltarei a esse ponto na parte final do tópico 3 deste ensaio.

Por esse segundo modo de se explicar o direito, supõe-se que uma norma jurídica não terá validade por decisão volitiva do aplicador do direito.

Nesse caso, supõe-se que a postura do aplicador do direito, perante uma norma cuja validade está sendo questionada, será a mesma postura do criador do direito: por meio de um ato de vontade, o aplicador do direito retirará a validade da norma – a qual, não fosse essa decisão, permaneceria válida.

E o ato de anulação seria assim um ato constitutivo de uma situação jurídica, a partir da vontade do aplicador do direito (da vontade do órgão do ordenamento jurídico legitimado para tanto).

A explicação que aqui se está a fazer sobre nulidade e anulabilidade adota uma perspectiva de teoria geral do direito, buscando uma abordagem científica para um fenômeno jurídico no plano abstrato, independentemente de uma análise de usos linguísticos ou de convenções conceituais que determinado direito positivo faça em relação às palavras “nulidade” e “anulabilidade”.

Assim sendo, não se ignora, por exemplo, que o Código Civil brasileiro trata do tema, distinguindo atos nulos e anuláveis (arts. 166, 167 e 171) e dando para cada caso um regime jurídico diferente¹²⁴. Entretanto, essas diferenças de regime jurídico são diferenças acidentais e não substanciais, decorrendo, repita-se, de convenções da linguagem e dos conceitos jurídicos manejados pelo legislador. Por certo, numa leitura científica do direito positivo, também há que se reconhecer a existência e a operabilidade desses conceitos. De todo modo, constatações desse tipo não impedem que, no plano da teoria geral, busque-se uma explicação mais ampla e abstrata – essencial – para as situações aqui descritas como “nulidade” e “anulabilidade”.

Dito de outro modo, na perspectiva mais abstrata da teoria geral do direito, distinguem-se nulidade e anulabilidade – enquanto modelos teóricos para explicar a invalidade da norma – pela compreensão de que a primeira supõe-se operar *ipso facto*, restando ao aplicador do direito declarar a situação jurídica consequente, a qual preexiste por si só, e de que a segunda supõe-se operar por meio da vontade humana criadora da norma, de modo que o aplicador do direito então constitui (volitivamente) uma situação jurídica por consequência de um juízo de invalidade.

Se a primeira ou a segunda hipóteses – independentemente de se chamarem “nulidade” ou “anulabilidade” – podem ser praticadas de ofício ou não,

124 Exemplifique-se: “Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”; ou “Art. 168, parágrafo único: As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes”; ou ainda “Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro”.

produzem efeitos retroativos ou não, convivem com convalidação ou não, entre outras regras de operação, isso é opção accidental de cada ordenamento jurídico positivo.

Retomando a cogitação das categorias abstratas de nulidade e anulabilidade, verifica-se o alinhamento da lógica da nulidade com as premissas filosóficas jusnaturalistas, e o alinhamento da lógica da anulabilidade com as premissas filosóficas juspositivistas.

Com efeito, está implícito no raciocínio da nulidade uma compreensão do fenômeno jurídico (do ato de criação normativa) como um fenômeno natural, que possui uma existência independente da vontade humana criadora – essência das linhas de pensamento jusnaturalistas.

A seu turno, a essência das diversas linhas de pensamento que podem ser ditas positivistas (ou realistas) têm em comum centrar a essência do fenômeno jurídico (do ato de criação normativa) na vontade humana, o que leva, no caso em questão, ao raciocínio da anulabilidade.

Emblemática, nesse sentido, é a posição de Hans Kelsen (1962, p. 159-160), considerando que “uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula mas apenas ser anulável” e que “a anulabilidade prevista pela ordem jurídica pode ter diferentes graus”, dos quais um dos extremos seria o que tradicionalmente se diz “nulidade” (anulabilidade com efeitos *ex tunc*). Assim, não existe a nulidade de uma norma enquanto situação dada anteriormente à decisão (jurídica), tomada por um órgão competente, de retirada de sua validade – decisão essa que tem natureza constitutiva.

Em suas palavras:

O sentido do ato pelo qual uma norma é destruída, quer dizer, pelo qual a sua validade é anulada, é, tal como o sentido de um ato pelo qual uma norma é criada, uma norma. [...] Quando a ordem jurídica estabelece, por exemplo, que uma norma que não foi posta pelo órgão competente, ou foi posta por um indivíduo que sequer possui a qualidade de órgão, ou uma norma que tem um conteúdo que a Constituição exclui, devem ser consideradas nulas *a priori* e que, portanto, não é necessário qualquer ato para as anular, necessita determinar quem há de verificar a presença dos pressupostos desta nulidade; e, como esta verificação tem caráter constitutivo, como a nulidade da norma em questão é efeito desta verificação, como não pode ser juridicamente afirmada antes de realizada tal verificação, esta verificação significa, mesmo quando se opere na forma de uma declaração de nulidade, a anulação, com efeito retroativo, de uma norma até aí considerada válida. Sob este aspecto, o Direito é como o rei Midas: da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava

em ouro, assim também tudo aquilo a que o direito se refere assume o caráter de jurídico. Dentro da ordem jurídica, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade. (Kelsen, 1962, p. 161-162)

Essas ideias comportam relevante desdobramento teórico, igualmente muito rico no âmbito da Escola da Teoria Pura do Direito, sobre a existência de uma “margem de erro” (Fehlerkalkül) inerente ao direito e de uma “autorização alternativa” (Alternativermächtigung)¹²⁵ para uma decisão definitiva, no caso da decisão de última instância (Kelsen, 1962)¹²⁶.

São elementos teóricos que, entre outras aplicações, explicam a convivência de atos normativos, igualmente válidos, mas contendo manifestações de vontade com conteúdos conflitantes em termos da conduta humana por eles regradada (por exemplo: uma sentença judicial, cujo conteúdo conflite com o conteúdo de norma presente na constituição, pode vir a permanecer definitivamente válida por transitar em julgado; ou um ato administrativo, cujo conteúdo conflite com o conteúdo de norma contida em uma lei, pode vir a permanecer definitivamente válido ante a passagem do tempo, a acarretar decadência do poder jurídico da administração em retirar-lhe a validade, ou a acarretar a prescrição de ações judiciais no mesmo sentido).

Do ponto de vista pessoal, manifesto franca adesão à tese da anulabilidade, como modelo teórico adequado para a compreensão do fenômeno jurídico.

Insisto: não estou a sustentar que não existe a nulidade enquanto previsão do direito positivo brasileiro (como aqui já exemplificado com o Código Civil). Estou, sim, dizendo que mesmo isso que a lei chama de nulidade, em essência, não pode negar o poder criativo-volitivo do órgão aplicador do direito.

Ainda que se chame de nulidade a situação de retirar-se validade de um ato jurídico, sua essência será daquilo que aqui se está a chamar de anulabilidade – seja uma anulabilidade com efeitos retroativos, ou não, ou uma anulabilidade decidida de ofício, ou não.

Os argumentos de Kelsen são completos. Para testá-los, basta verificar-se empiricamente a realidade social. Quotidianamente, idênticas questões de

125 Sobre o tema, ver Rodrigo Garcia Cadore, “Alternativermächtigung vs. Fehlerkalkül – Wie geht das Recht mit Fehlern um?” – a quem agradeço pela interlocução sobre o tema e por outras referências bibliográficas, dentre as quais Christoph Kletzer, “Kelsen’s development of the Fehlerkalkül-theory”, e de Philipp Reimer, “Die Unabhängigkeit von Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit – Ein Beitrag zur Lehre vom Fehlerkalkül”.

126 Segundo Kelsen (1962, p. 146): “[...] o tribunal de última instância tem poder para criar, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo se encontre predeterminado numa norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo não se ache deste jeito predeterminado mas que vai ser fixado pelo próprio tribunal de última instância”.

direito são levadas a distintos aplicadores do direito – juízes, por exemplo – que podem proferir sentenças em sentidos discrepantes, todas potencialmente transitáveis em julgado. Esse simples raciocínio evidencia que não há uma solução de direito juridicamente “correta” a priori dada, ou seja, decorrente da natureza das coisas, independentemente das decisões judiciais (das quais se está cogitando no exemplo).

Todo ato de aplicação do direito, justamente por “aplicar” direito, fundamenta-se em norma anteriormente posta, mas, ao mesmo tempo, é ele próprio essencialmente outra norma jurídica, introduzindo efeitos de direito nas situações a que se aplica; nesse sentido, todo ato de aplicação do direito também é ato de criação do direito (Kelsen, 1962)¹²⁷.

O ato de retirada da validade de outro ato jurídico somente produz-se por meio da ação volitiva de um órgão aplicador do direito – não é movimento espontâneo das forças da natureza. Ainda que, psicologicamente, no seu íntimo, o indivíduo que ocupe a função de aplicador do direito comporte-se como se estivesse apenas a constatar uma situação de fato predefinida, esse comportamento, em verdade, expressa a sua decisão, a sua vontade, de assim fazê-lo.

No cotidiano das situações jurídicas, a pessoa que pretender não estar sujeita à incidência de uma norma (legal, administrativa, contratual, jurisdicional) por entendê-la contrária ao direito deve mobilizar um órgão aplicador do direito para decidir sobre sua invalidade.

O simples não cumprir a norma, por parte do sujeito, sob o argumento (formulado subjetivamente em seu íntimo) de entendê-la inválida não produz o efeito jurídico da invalidade: potencialmente, esse sujeito sofrerá a sanção correspondente; se eventualmente, de fato, não a sofre, isso não significa que a norma descumprida não valesse, senão apenas que, concretamente, não foram mobilizados os órgãos aplicadores do direito para se desencadear a aplicação da sanção.

Essa motivação íntima de boa-fé do sujeito que descumpre uma norma por (subjetivamente) entendê-la inválida não tem o condão de, por si só, criar uma situação de direito de verdadeira invalidade de tal norma; do mesmo modo que não o tem a atitude do sujeito que descumpre deliberadamente uma norma que supõe válida.

127 Segundo Kelsen (1962, p. 87), “a aplicação do direito é simultaneamente produção do direito. [...] Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite – a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo – entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo o ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior”.

3. A compreensão da legalidade na tradição constitucional brasileira

Como afirmado na introdução deste texto – aliás, como é notório –, o Brasil alinha-se à tradição do constitucionalismo ocidental, adotando um sistema de legalidade, tanto em seu sentido formal como em seu sentido material.

A síntese dessa ideia, no plano histórico, é expressa de modo exemplar no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

Art. 4. La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.

Art. 5. La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

Art. 6. La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.

A doutrina clássica extrai dessas regras os dois sentidos fundamentais de legalidade, complementares e harmônicos: a legalidade formal e a legalidade material.

No sentido formal, toma-se por lei – instrumento socialmente legitimado a definir os limites do exercício da liberdade humana – o ato jurídico produzido pelo órgão de representação da vontade dos indivíduos, conforme procedimento previamente estabelecido na norma básica de organização e definição das competências dos poderes estatais (constituição, em sentido amplo).

O sentido formal, portanto, prestigia a noção política de liberdade, supondo que toda restrição ao seu exercício decorrerá de uma decisão direta ou indiretamente relacionada à vontade dos próprios indivíduos (cuja liberdade tem assim seu exercício disciplinado).

É o sentido que corresponde, na Constituição brasileira vigente, ao disposto no art. 5º, II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Já no sentido material, entende-se que a lei deve tendencialmente ser geral e abstrata, ou seja, deve a lei aplicar-se a quaisquer destinatários, não previamente identificados, cuja conduta venha a coincidir com a hipótese de incidência da lei (“geral”); e, ainda, deve a lei formular hipóteses de incidência voltadas a casos futuros e não a situações concretas já ocorridas (“abstrata”).

O sentido material, portanto, prestigia a noção política de isonomia, admitindo que a lei, sendo geral e abstrata, tende a não criar privilégios ou a propiciar perseguições, tratando igualmente todos os membros da sociedade (Duguit, 2007, p. 96)¹²⁸ – ainda que essa igualdade comporte a clássica fórmula de tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade. É o sentido que corresponde, na Constituição brasileira vigente, ao disposto no art. 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”.

A afirmação de todos serem iguais perante a lei não é uma vedação constitucional a que haja leis (em sentido formal) que sejam individuais e/ou concretas.

O alcance da legalidade material implica, portanto, caso se produza uma lei (em sentido formal) individual e/ou concreta, que ela deva ter por fundamento uma previsão anterior e superior¹²⁹, esta necessariamente geral e abstrata. Ou seja, leis individuais e/ou concretas não são necessariamente inconstitucionais, mas poderão ser consideradas inconstitucionais (por violação da regra da igualdade de todos perante a lei) se não se fundamentarem em um critério constitucional de discriminação¹³⁰.

O sistema de legalidade (formal e material) da Constituição brasileira aplica-se como uma garantia das liberdades e direitos fundamentais dos indivíduos (art. 5º) e tem como reflexo condicionar toda ação estatal – notadamente a ação executiva, de exercício da função administrativa – a operar nos limites da legalidade (art. 37).

Com efeito, a legalidade é princípio da administração pública, como expressamente afirmado no *caput* do art. 37 da Constituição. Esse texto menciona

128 Nas palavras de Léon Duguit (2007, p. 96): “On a compris que les détenteurs du pouvoir politique ne devaient pas pouvoir prendre arbitrairement telle ou telle décision individuelle, en vue de telle ou telle situation déterminée; qu'ils étaient liés par la règle générale formulée d'une manière abstraite sans considération ni d'espèce ni de personne, et ne pouvaient prendre de décision individuelle que conformément à la règle générale contenue dans la loi. Du moment où ce régime a été compris et appliqué, l'individu s'est senti fortement protégé contre la toute-puissance des gouvernants; car il est évident que cette règle générale et abstraite, qui limite leur action, présente beaucoup moins de danger d'arbitraire qu'une décision individuelle, qui peut toujours être provoquée par la haine, l'ambition ou la vengeance”.

129 Em se tratando de lei formal, tal previsão superior há que ser da própria Constituição.

130 Vide, por exemplo, os casos de leis que criam as chamadas ações afirmativas.

apenas a palavra “legalidade”, sem descrevê-la em uma fórmula analítica; todavia é compreendido como referindo-se tanto ao sentido formal como ao sentido material de lei – este último reforçado pela previsão do princípio da impessoalidade, no mesmo rol de princípios da administração pública dado pelo art. 37.

A legalidade aplicada aos indivíduos, justamente por lidar com sujeitos dotados de vontade subjetiva (de livre-arbítrio), tem por corolário considerarem-se livres as condutas não vedadas pela lei.

Já a legalidade aplicada à administração pública, partindo-se da premissa fundamental do Estado de Direito – no sentido de que o Estado não tem vontade subjetiva, isto é, que a vontade do Estado não é a vontade subjetiva dos governantes, mas sim a vontade objetiva do direito –, tem por consequência a Administração somente poder agir nos limites da lei.

Não há que se cogitar de uma vontade (de um livre-arbítrio) da Administração (ou, mais amplamente, do Estado) para além dos limites da lei, que supostamente pudesse justificar uma conclusão análoga àquela aplicável aos indivíduos, nos termos do citado art. 5º, II. Se partimos da premissa do Estado de Direito, toda “vontade” da administração resume-se à vontade (objetiva) contida na lei.

Essa compreensão da legalidade, tradicionalmente dita “estrita”, aplicável à Administração, leva à clássica discussão do alcance dessa vinculação da Administração à lei. De fato, a ideia expressa pela doutrina em fórmulas como “a Administração só pode agir nos limites da lei”, ou “a Administração só pode fazer o que a lei determina”, entre outras, é uma ideia forçosamente imprecisa.

O que são esses limites da lei? Como a lei efetivamente determina a conduta da Administração? Prevendo em detalhes todos os elementos dessa conduta? Antevendo todas as circunstâncias concretas das hipóteses de incidência da lei, de modo a descrever com precisão a conduta a ser adotada pelo administrador?

Esses questionamentos abrem espaço para toda discussão sobre discricionariedade administrativa; e sobre os graus de vinculação à lei, variando de uma noção de “conformidade” (identidade mais estrita) a uma noção (mais fluida) de “não contrariedade” entre a ação administrativa e a previsão legal – para empregar aqui a célebre formulação de Charles Eisenmann (2014, p. 535 *et seqs.*).

Dado o objetivo deste ensaio, não é o caso de se aprofundar a discussão da legalidade por esse viés de vinculação e discricionariedade.

Por outro lado, da mesma noção básica de legalidade aplicada à administração pública, derivou, na doutrina tradicional do direito administrativo, uma compreensão de que a Administração não pode, em absoluto, praticar atos desconformes a comandos de leis¹³¹; ou ainda que qualquer desconformidade implica, inexoravelmente, a invalidade do ato administrativo.

É um raciocínio que, implicitamente, desconsidera a base de todo raciocínio realista-positivista, voltado a uma análise científica e objetiva do direito: a distinção entre o ser e o dever-ser (Kelsen, 1962, p. 203-212).

A tese tradicional da nulidade do ato administrativo confunde, ao menos implicitamente, o dever da Administração de vinculação à lei com o (suposto) fato de que a administração age, por força da natureza, necessariamente de modo vinculado à lei (Kelsen, 1996)¹³². Como corolário, em lugar de considerar o ato administrativo contrário à lei como passível de ter sua validade retirada por outro ato jurídico que venha a verificar essa contrariedade (anulando, assim, o primeiro), a tese tradicional supõe que o ato administrativo contrário à lei é um ato sem validade (nulo) *ab initio* e *ipso facto*.

Aliás, essa era a mesma visão que tradicionalmente a doutrina aplicava à inconstitucionalidade das leis: a desconformidade da lei à Constituição leva inexoravelmente à sua invalidade.

Quanto à inconstitucionalidade, verifique-se a análise de Manoel Gonçalves Ferreira Filho a respeito da postura da doutrina tradicional:

A natureza do ato inconstitucional – ensina tradicionalmente a doutrina, tanto estrangeira (v. g., Marshall) quanto nacional (v. g., Rui) – é nulo e irritado. Dessa forma, ele não obriga, não sendo de se aplicar. Ou, se aplicado, nula é essa aplicação. Assim, o efeito da declaração de nulidade retroage *ex tunc*, não sendo válidos os atos praticados sob o seu império.

131 Essa questão da conformidade aos comandos de leis abre campo para outra discussão presente na doutrina brasileira contemporânea, que é a defesa da substituição de uma noção de vinculação à legalidade – como se legalidade quisesse dizer apego à literalidade da lei – por uma noção de vinculação ao direito (aqui incluindo a Constituição e todos os valores dela decorrentes). Essa postura faz parte do mesmo quadro de constitucionalização do direito, a seguir mencionada.

132 É a confusão enganosa, denunciada por Kelsen, entre “necessidade causal” e “necessidade normativa”: “La règle de fait peut avoir le caractère d’une loi causale, en vertu de laquelle, sous certaines conditions, quelque chose de déterminé doit nécessairement avoir lieu. L’expression de ‘falloir-êtré’ exprime la nécessité causale. Si l’on admet que le devoir-êtré exprime aussi une nécessité, il faut distinguer clairement la nécessité causale de la nécessité normative. Mais, comme dans la langue usuelle, le terme ‘norme’ peut signifier, non seulement une règle normative, mais aussi une règle de fait, les deux sortes de nécessité ne sont pas parfois clairement distinguées entre elles, les mots de ‘devoir-êtré’ et de ‘falloir-êtré’ sont utilisés comme des synonymes, ce qui est extrêmement trompeur” (Kelsen, 1996, p. 11). [Buscando-se as expressões em português, entenda-se “devoir-êtré” como “dever ser” e “falloir-êtré” como “ter de ser”.]

No Brasil, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal repetidas vezes declarou nulo o ato inconstitucional, como o quer a doutrina clássica. (Ferreira Filho, 2015, p. 63)

E quanto aos atos administrativos, refira-se a emblemática posição de Hely Lopes Meirelles:

Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos, ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser *explícita* ou *virtual*. É *explícita* quando a lei comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é *virtual* quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do direito público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer destes casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei. [...] Embora alguns autores admitam o *ato administrativo anulável*, passível de convalidação, não aceitamos essa categoria em direito administrativo, pela impossibilidade de preponderar o interesse privado sobre o público, e não ser admissível a manutenção de atos *ilegais*, ainda que assim o desejem as partes, porque a isto se opõe a exigência da *legalidade administrativa*. Daí a impossibilidade jurídica de convalidar-se o ato considerado *anulável* que não passa de um ato originariamente *nulo*. (Lopes Meirelles, 1989, p. 149-150)

No tocante aos atos administrativos e sua “nulidade”, a jurisprudência do STF há tempo já se cristalizara em torno da Súmula n. 473 (ou, como se poderia dizer de modo mais fiel à terminologia original: Enunciado n. 473 da Súmula do STF), aprovada em 3 de dezembro de 1969:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Os acórdãos que são oficialmente invocados como precedentes para a formulação da Súmula n. 473¹³³, assim como diversos outros que a aplicam nos anos subsequentes, partem da premissa de que atos ilegais, por isso mesmo, não geram direitos e podem (devem) ser anulados¹³⁴ – ou seja, ter sua invalidade reconhecida – a qualquer tempo.

133 RMS 16935 (DJ 24/5/1968), MS 12512 (DJ 1/10/1964), MS 13942 (DJ 24/9/1964) e RE 27031 (DJ 4/8/1955).

134 Aqui a palavra “anulados” refere-se a “invalidados”, não implicando adesão à tese da anulabilidade, como decorre da compreensão sistemática da jurisprudência em questão.

4. Vetores de evolução legislativa e jurisprudencial

No entanto, ainda que sem expressa ou consciente adesão à lógica da anulabilidade pelo viés da teoria geral do direito, parte substancial da doutrina brasileira passou a sustentar, após os primeiros anos de aplicação da Constituição de 1988, a necessidade de mais atenção à segurança jurídica.

Em linhas gerais, a Constituição de 1988 ampliou poderes do Judiciário e dos órgãos de controle da Administração. E o fez seja diretamente, ampliando as competências e os instrumentos de controle, seja indiretamente, recorrendo a formulações muito baseadas em princípios, cuja aplicação é mais propensa à criatividade interpretativa por parte do Poder Judiciário¹³⁵.

Tal ampliação dá-se ainda no contexto da amplificação do alcance normativo da própria Constituição, dotada de texto extremamente extenso, detalhado e inclusivo de temas que normalmente poderiam supor-se merecedores de tratamento infraconstitucional. É o fenômeno descrito como a constitucionalização do direito (Guastini, 2002)¹³⁶.

Esse movimento de constitucionalização do direito e de ampliação da atuação do Poder Judiciário (senão mesmo de seu ativismo) tem por consequência, no plano da aplicação do direito, o comprometimento da segurança jurídica.

O modo como se estrutura o exercício da função jurisdicional no Brasil, com um sistema difuso de controle de constitucionalidade, podendo qualquer juiz, em qualquer instância, manifestar-se sobre a inconstitucionalidade das leis ou dos atos administrativos, entretanto sem os temperamentos de um sistema de valorização de precedentes (como no caso dos países de *common law*), e ainda num contexto em que a Constituição mesma dá argumentos para, com grande margem de manobra interpretativa, questionar-se a consti-

135 Não é o caso de se desenvolver este ponto aqui, mas fica a referência a toda a discussão sobre politização da justiça e judicialização da política no regime de 1988 – cuja análise pioneira foi feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em “Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça” – e sobre o ativismo judicial – objeto de estudo de Elival da Silva Ramos, em *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*.

136 Muitos trabalhos tratam do tema, valendo referir, como síntese conceitual, o pensamento de Riccardo Guastini: “*un ordinamento giuridico costituzionalizzato è caratterizzato da una costituzione estremamente pervasiva, invadente, debordante*”, acarretando como principais consequências: (i) que a legislação deixe de ser considerada atividade livre em seus fins, para ser tida como atividade discricionária (quanto à escolha de meios) condicionada a fazer atuar fins preestabelecidos pela Constituição; (ii) que os juízes tenham poderes e deveres de aplicar não somente as leis, mas antes a Constituição: seja uma aplicação direta da Constituição, tida como norma vinculante, seja uma aplicação das leis em uma interpretação que sempre as adeque à Constituição; (iii) que as relações privadas também sejam condicionadas pela Constituição; (iv) que até a doutrina veja-se pautada pela Constituição, nela buscando o fundamento axiológico das leis e tendendo a expor o conteúdo normativo como um mero desenvolvimento de princípios constitucionais (Guastini, 2002, p. 148-155).

tucionalidade (questionar-se a legalidade, em sentido mais largo) de qualquer norma, é um evidente fator de insegurança no tocante à previsibilidade e à permanência de regras estabelecidas em leis, atos administrativos e contratos ou atos jurídicos individuais em geral.

É certo que, nessa situação, o Poder Judiciário mesmo ou outros órgãos de controle têm adotado mecanismos de contenção e mitigação desses efeitos – por exemplo: novos mecanismos de controle principal e abstrato de constitucionalidade das leis, com competência concentrada no Supremo Tribunal Federal; súmulas e outras fórmulas para vincularem-se os demais órgãos jurisdicionais às decisões do STF; recurso a termos de ajustamento de conduta ou congêneres.

No entanto, outra linha de ação, visando igualmente à busca de maior segurança jurídica, veio de iniciativa da legislação, amparada por uma nova corrente de pensamento doutrinário e posteriormente referendada pela jurisprudência.

Essa tendência legislativa, se analisada por um viés científico, de teoria geral, pode ser identificada com o que se vem chamando neste ensaio de uma lógica da anulabilidade.

Cito três exemplos bastante significativos, no âmbito do direito legislado. Em primeiro lugar, no tocante a atos administrativos, a lei geral de processo administrativo federal, Lei n. 9.784/1999¹³⁷, ao mesmo tempo repetiu os termos da já citada Súmula n. 473 do STF (apenas trocando o verbo “poder” por “dever” – sentido que, de todo modo, já era dado à jurisprudência sumulada), mas introduziu elementos que, na época, foram importantes inovações: o limite temporal para a Administração exercer seu poder de anulação de certos atos ilegais e a possibilidade de convalidação de atos ilegais.

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

137 Acompanhada ou mesmo antecedida de leis análogas de outras esferas da federação – como é o caso da Lei n. 10.177/1998, do Estado de São Paulo.

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

Em ambas essas hipóteses introduzidas como novidades pela Lei n. 9.784/1999 (arts. 54 e 55) tem-se por resultado a situação em que um ato administrativo, desconforme a um parâmetro legal segundo o qual deveria ter sido produzido, pode permanecer válido, seja por não poder ser invalidado (restando como originalmente foi praticado), seja por ter sido convalidado (preservando-se, assim, seus efeitos originais (Barbin, 2019).

Em segundo lugar, quanto à própria inconstitucionalidade das leis, a Lei n. 9.868/1999 e a Lei n. 9.882/1999, cuidando respectivamente das ações diretas de inconstitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, estabeleceram a possibilidade de o STF reconhecer a desconformidade de uma lei ou de ato normativo à Constituição, ainda assim mantendo os efeitos (passados) da norma inconstitucional – ou até mesmo mantendo a validade da norma para seguir produzindo (novos) efeitos até certo marco temporal futuro:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (Lei n. 9.868/1999)

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (Lei n. 9.882/1999)

E um terceiro exemplo, mais recente, é dado pelos artigos introduzidos pela Lei n. 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), dos quais destacam-se, sobre o ponto em questão:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

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.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

O art. 20 admite que, mesmo ante uma desconformidade à norma que seja fundamento da validade de um ato, não necessariamente seja reconhecida a invalidade deste ato desconforme. E o art. 21 dá margem para que o órgão competente pela invalidação de uma norma ou de um ato jurídico (o qual não deixa de ser norma) possa fixar os efeitos concretos da invalidação, ou seja, modulando tais efeitos.

Todas essas leis, citadas como exemplos, expressamente invocam a ideia de segurança jurídica, como fundamento da opção de política legislativa adotada.

Quanto à Lei n. 9.868/1999 e à Lei n. 9.882/1999, os artigos aqui transcritos já mencionam a segurança jurídica. E quanto à Lei n. 9.784/1999 e à LINDB, a segurança jurídica é mencionada em outros dispositivos:

Art. 2º A administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (Lei n. 9.784/1999)

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. (LINDB)

A jurisprudência do STF, no tocante à questão da invalidação dos atos administrativos, na primeira década do século XXI, mesmo para casos não alcançados pela vigência da Lei n. 9.784/1999 – casos envolvendo fatos praticados antes da vigência da Lei, mas que só chegaram à apreciação do STF em momento posterior – progressivamente foi fixando o entendimento de que o princípio da segurança jurídica, implícito na cláusula constitucional do Estado de Direito, já seria suficiente para provocar o impedimento da invalidação de atos administrativos praticados há um certo tempo.

Há diversos exemplos em que o Tribunal invocou o princípio da segurança jurídica, admitindo que a Lei n. 9.784/1999 não se poderia aplicar retroativamente

ao caso, para adotar o prazo quinquenal do seu art. 54 como parâmetro para invalidação de atos administrativos¹³⁸.

Posteriormente, com a chegada ao STF de casos que já vinham julgados nas instâncias inferiores com base na Lei n. 9.784/1999, consolidou-se a jurisprudência no sentido de se admitir a persistência da validade de atos administrativos que eventualmente estejam desconformes à lei em que se fundamentam¹³⁹.

No mesmo sentido, posteriormente às Leis n. 9.868/1999 e n. 9.882/1999, o STF passou a aplicar a modulação de efeitos da inconstitucionalidade¹⁴⁰, por vezes até mesmo mantendo a lei reconhecidamente inconstitucional como válida, para seguir produzindo efeitos até um termo futuro¹⁴¹.

Analisando-se, pois, o posicionamento do STF, pode-se constatar que, antes por uma preocupação com as consequências práticas da insegurança jurídica, do que por uma adesão consciente a uma perspectiva teórica para a compreensão do fenômeno jurídico, o direito brasileiro evoluiu para uma leitura da legalidade (em sentido largo, incluindo a constitucionalidade) por meio da lógica da anulabilidade, desconectando “conformidade da norma jurídica à lei” (inclusive à constituição) e “validade da norma jurídica”.

5. Conclusão

A proposta da obra em que se insere o presente artigo, segundo seus organizadores, é que sejam analisados dispositivos da Constituição de 1988 que, nos

138 Citem, entre muitos outros exemplos, MS 24.268 (julgado em 5/2/2004), MS 22.357 (julgado em 27/5/2004), RE 348.364 AgR-AgR-AgR-AgR (julgado em 14/12/2004), RE 329.001 AgR (julgado em 23/8/2005), MS 24.927 (julgado em 28/9/2005), MS 26.353 (julgado em 6/9/2007), MS 24.448 (julgado em 27/9/2007), MS 26.405 (julgado em 17/12/2007), MS 25.963 (julgado em 23/10/2008).

139 Nem seria o caso de citarem-se exemplos, tão numerosas são as situações. Uma simples busca no sítio de internet do STF por acórdãos que se refiram à aplicação do art. 54 da Lei n. 9.874/1999 aponta para mais de 280 resultados.

140 Do mesmo modo, são inúmeros os casos em que o STF aplica o art. 27 da Lei n. 9.868/1999. Esse próprio artigo, aliás, é objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade, distribuídas em 2000 e que, até o momento em que se escreve este ensaio (consulta feita ao sítio de internet do STF em 30 de abril de 2021), não foram julgadas: ADI 2.154 e ADI 2.258. Entretanto, a aplicação do referido artigo da lei durante todo esse tempo é fortemente indicativa do provável insucesso dessas ADIs.

141 Por exemplo, o caso do RE 197.917 (julgado em 6/6/2002), em que o STF, interpretando a norma constitucional sobre a proporcionalidade entre população e número de vereadores, reduziu o número de assentos em certa Câmara Municipal, mas fixou efeitos “*pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade” da lei municipal discutida, a qual apenas produziria efeitos nas eleições seguintes; ou casos da ADI 3.316 (julgada em 9/5/2007), da ADI 2.240 (julgada em 9/5/2007), da ADI 3.489 (julgada em 9/5/2007) e da ADI 3.689 (julgada em 10/5/2007), em que se discutia a constitucionalidade de leis estaduais de criação de municípios, em desacordo com as regras introduzidas pela Emenda Constitucional n. 15/1996, nos quais o STF manteve a vigência das leis inconstitucionais pelo prazo de 24 meses.

mais de 30 anos de sua vigência, hajam ganhado novo significado interpretativo, validado na jurisprudência, sem que tenha havido alteração expressa de seu texto normativo.

Os exemplos trabalhados neste ensaio remetem, é certo, a mudanças legislativas infraconstitucionais. Todavia, o modo como tais mudanças ocorreram indica que as próprias alterações legislativas (de rigor, inovações legislativas) seguiram-se a uma tendência de evolução já então verificada na jurisprudência do STF e verificada em parcela do pensamento doutrinário.

De todo modo, a consolidação dessas inovações deu-se em um quadro de alteração da interpretação do alcance do princípio constitucional da legalidade, aplicado à administração (ao estado), sem que tenha havido alteração do texto constitucional a respeito.

A mesma previsão textual da legalidade persiste na Constituição, porém a interpretação que o STF passou a lhe dar permitiu o acolhimento, como constitucionais, dos citados dispositivos legais, trabalhados como exemplos neste ensaio.

Ao acolher as consequências da segurança jurídica sobre a legalidade, o STF não fez propriamente um raciocínio de “ponderação” entre esses dois princípios. Na verdade, considerou que está implícita na noção de legalidade (legalidade em um sentido largo: como dito de início nesse ensaio, a tradução técnico-jurídica do Estado de Direito) a garantia da segurança jurídica¹⁴².

Ou seja, o STF ampliou a interpretação do princípio da legalidade, para nele mesmo vislumbrar a necessidade de garantia da segurança jurídica – permitindo o descolamento entre “desconformidade à lei” e “invalidade”; e abandonando, portanto, a leitura tradicional da legalidade (aqui incluída a constitucionalidade).

É certo que o STF não abandonou a terminologia tradicional, referindo-se com grande frequência às categorias de nulidade e anulabilidade¹⁴³ – não pela postura de teoria geral, senão sobretudo pela distinção que anteriormente se disse acidental, mirando as consequências atribuídas a essas palavras pelo direito positivo brasileiro.

142 Como exemplos de casos em que o STF expressamente afirma o princípio da segurança jurídica como implícito no estado de direito, citem-se, entre vários outros: MS 22.357 (julgado em 27/5/2004), RE 348.364 AgR-AgR-AgR-AgR (julgado em 14/12/2004), MS 24.448, (julgado em 27/9/2007), RE 587.604 AgR, (julgado em 16/12/2008), MS 25.403 (julgado em 15/9/2010), RE 601914 AgR (julgado em 6/3/2012), MS 22.315 (julgado em 17/4/2012), RE 646.313 AgR (julgado em 18/11/2014), ADI 954 ED (julgado em 20/6/2018).

143 Mais uma vez, seriam inúmeros os exemplos a citar. Apenas para ilustrar o que se está dizendo, destaque-se a seguinte frase, contida no acórdão do RE 1162788 (julgado em 25/9/2018): “O art. 54 da Lei n. 9.784/1999, aplicável ao presente caso, funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do direito público, estipulando o prazo decadencial de 5 anos para a revisão dos atos administrativos viciosos (sejam eles *nulos* ou *anuláveis*)”.

Nesse sentido, verifique-se o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, analisando a “natureza do ato inconstitucional”:

É preciso observar, porém, que o direito brasileiro se está aproximando da tese kelseniana. De fato, as referidas Leis n. 9.868/1999 e n. 9.882/1999, sem renegar por completo a tese da nulidade do ato inconstitucional¹⁴⁴, admitem uma atenuação dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade. (Ferreira Filho, 2015, p. 64)

De todo modo, compreendida a distinção teórica de início apontada neste ensaio, pode-se concluir que a interpretação do princípio da legalidade aplicável à administração pública (explícito no *caput* do art. 37) – bem como, em sentido mais largo, do princípio da legalidade a abranger a própria constitucionalidade das leis – alterou-se ao longo da vigência da Constituição de 1988 para, substancialmente, acolher a lógica da anulabilidade.

No plano pessoal, creio ser uma evolução importante e acertada. A lógica da anulabilidade implica maior respeito às posturas institucionais (objetivas), com valorização da competência dos órgãos da sociedade investidos do poder de decidir sobre a aplicação do direito, retirando, portanto, ênfase das posturas (subjetivas) dos indivíduos que exerçam as funções desses órgãos: trata-se, essencialmente, da mesma distinção entre a postura positivista de defesa da objetividade do direito (essência do estado de direito) e as posturas naturalistas vulneráveis aos valores subjetivos dos indivíduos que exerçam função estatal e que pretendam compreender o direito a partir de verdades dogmaticamente reveladas (e subjetivamente por eles mesmos apreendidas), independentemente das opções volitivas (objetivas) da sociedade.

Referências

BARBIN, Emilie. *La régularisation des actes administratifs*. 2019. Tese de doutorado. Université Jean Moulin Lyon 3 e Universidade de São Paulo, 2019.

CADORE, Rodrigo Garcia. *Alternativermächtigung vs. Fehlerkalkül: Wie geht das Recht mit Fehlern um? In: JESTAEDT, Matthias; POSCHER, Ralf;*

144 Cite-se, como exemplo significativo de reverência persistente do STF à ideia de nulidade (ainda que substancialmente dando-lhe alcance que a teoria geral diria de anulabilidade), o seguinte trecho de ementa de acórdão: “A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei n. 9.868/1999, art. 27)” (ADI 4.425 QO, j. 25/3/2015).

KAMMERHOFER, Jörg. *Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand*. Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2020.

DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel*. Paris: Éditions Panthéon Assas, 2007 (edição facsimilar de Paris: Fontemoing, 1923, 4. ed.).

EISENMANN, Charles. *Cours de droit administratif*. t. II. Paris: LGDJ Lextenso, 2014 (edição facsimilar de Paris: LGDJ, 1983).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 40. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ideias para a nova Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1987.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 198, 1994.

GUASTINI, Riccardo. La 'costituzionalizzazione' dell'ordinamento. In: MAZZARESE, Tecla (Org.). *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino: G. Giappichelli, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, vols. I e II. (traduzido por João Baptista Machado, a partir da 2ª edição, de 1960). Coimbra: Arménio Amado, 1962.

KELSEN, Hans. *Théorie générale des normes*. (traduzido por Olivier Beaud e Fabrice Malkani, a partir da edição de 1979). Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de l'état*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

1. Recebimento de artigos

A submissão de artigos deverá ser feita pelo site da Revista Plenário. É necessário fazer o cadastro no site, em “Registrar-se”. Na aba “Submissão”, é possível clicar em “Fazer nova submissão” ou ver “Suas submissões pendentes”.

2. Idiomas

Serão aceitos artigos em português, inglês e espanhol.

3. Ineditismo

A *Plenário* – Revista Jurídica da Câmara dos Deputados publica apenas artigos inéditos, que não tenham sido divulgados em outros meios.

4. Titulação de autores

É exigida a titulação mínima de doutor para ao menos um dos autores e, para os demais, de mestre.

5. Avaliação duplo-cego

Todos os artigos serão submetidos a uma análise prévia realizada pelo Conselho Editorial da *Plenário*, que verificará o atendimento aos requisitos mínimos das Diretrizes para Autores. Além disso, os artigos serão submetidos a uma verificação de plágio e autoplágio.

Em caso de não atendimento às diretrizes, o artigo será sumariamente rejeitado, sem prejuízo da possibilidade de uma nova submissão.

Cumpridas as diretrizes, o Conselho Editorial verificará a adequação do artigo aos requisitos da *Plenário*, bem como o seu ineditismo. Em caso de rejeição, os autores serão informados da decisão e o artigo será arquivado.

Em caso de aprovação pelo Conselho Editorial, o artigo será remetido aos pareceristas, para a avaliação qualitativa de forma e conteúdo, assim como a recomendação de adequações de literatura e argumento. Essa avaliação será às cegas.

6. Minicurrículo

O autor deve apresentar minicurrículo com a indicação de:

- a) titulação (concluída), com indicação da instituição, cidade, estado e país;
- b) pós-graduação em curso (*stricto sensu*), se houver, com indicação da instituição, cidade, estado e país;

- c) docência no mestrado/doutorado, se houver, com indicação da instituição, cidade, estado e país;
- d) docência na graduação, se houver, com indicação da instituição, cidade, estado e país;
- e) vínculo profissional (se diferente da afiliação acadêmica), se houver, com indicação da instituição, cidade, estado e país;
- f) e-mail do autor, que será publicado no artigo, como meio de contato;
- g) financiamentos, bolsas ou benefícios recebidos relacionados ao trabalho a ser publicado, se houver, declarando não haver conflito de interesses que comprometa o trabalho apresentado.

Registra-se que, para cumprir o presente requisito, devem ser submetidos dois arquivos: um com as informações requisitadas dos autores (minicurrículo) e outro com o texto sem qualquer identificação de autoria, para garantir a avaliação duplo-cego, ou seja, sem qualquer identificação sob o título do artigo, nota de rodapé com dados de autoria, referência no corpo do texto a obra anterior publicada, que faça referência aos autores de qualquer outra forma que não na terceira pessoa.

7. Formatação do artigo

Os originais devem ser preparados de acordo com as seguintes normas:

- Tipo de arquivo: .docx; .doc
- Fonte: Times New Roman
- Tamanho da fonte: 12
- Espaçamento entre linhas: 1,5
- Distribuição do texto: Justificado
- Margens: superior e esquerda de 3 cm e inferior e direita de 2 cm
- Página: formato A4 (210 x 297 mm)

Será disponibilizado um arquivo modelo (*template*) que atenda essas exigências.

8. Estrutura do artigo

O artigo deve conter:

- a) título, em português, em inglês e em espanhol, com no máximo 15 palavras em maiúsculas e negrito;
- b) sumário, em português, em inglês (*table of contents*) e em espanhol (*contenido*);
- c) resumo, em português, em inglês (*abstract*) e em espanhol (*resumen*), com aproximadamente 150 palavras;

- d) palavras-chave em português, em inglês (*keywords*) e em espanhol (*palabras clave*), com no máximo 5 palavras-chave;
- e) texto;
- f) referências.

O tamanho do texto (arquivo sem a identificação dos autores) deve ter no mínimo 7.000 e no máximo 10.000 palavras, incluindo a lista de referências.

8.1 Título e subtítulo

O título deve ser claro, conciso e representativo do assunto tratado. Deve conter, no máximo, 15 palavras, incluindo o subtítulo, se houver, e ser grafado em negrito. Não deve incluir abreviatura, nem ser acompanhado de nota de rodapé com agradecimentos. Título e subtítulo devem apresentar apenas a primeira palavra com inicial maiúscula, exceto nos casos em que o emprego da inicial maiúscula seja obrigatório, como ocorre com os nomes próprios.

Os títulos traduzidos em inglês e espanhol devem obedecer às mesmas regras.

8.2 Sumário

Deve ser posicionado logo abaixo do título e reproduzir somente número e nome das seções principais que compõem o artigo.

8.3 Resumo

O resumo deve ser do tipo informativo e conter, no máximo, 150 palavras. Deve ser redigido em parágrafo único. Deve incluir frases curtas que descrevam o objetivo do artigo, o problema investigado, a metodologia empregada, os resultados alcançados e as conclusões. Não deve ser composto de enumeração de tópicos. Deve ser evitado o uso de símbolos e contrações que não tenham uso corrente e de fórmulas, equações e diagramas.

8.4 Palavras-chave

As palavras-chave são termos que classifiquem o trabalho com precisão adequada. Devem ser apresentadas, no máximo, 5 palavras-chave, separadas por ponto e vírgula e finalizadas por ponto. Devem ser grafadas com as iniciais em letra minúscula, com exceção dos substantivos próprios e dos nomes científicos.

8.5 Estrutura textual

A elaboração de artigos científicos exige apresentação lógica e sequencial de elementos textuais (introdução, desenvolvimento e conclusão), devendo ter seu conteúdo dividido em seções e subseções, conforme a ABNT NBR 6024.

Todas as seções e subseções do texto, incluindo a introdução e a conclusão, devem ser numeradas.

8.5.1 Introdução

A introdução do artigo deve conter elementos essenciais à plena compreensão do texto. O autor deve iniciar o texto com uma breve contextualização do assunto e apresentar o *problema* que será investigado no artigo e as *hipóteses*, que se identificam com possíveis soluções para o problema apresentado. Também devem ser apontados, de forma clara, os *objetivos* do artigo, bem como a *justificativa* para a realização da pesquisa e a *metodologia* empregada. Ao final da introdução, deve ser realizada uma apresentação sucinta da estrutura geral do artigo de modo a permitir que o leitor compreenda como o assunto será abordado.

8.5.2 Desenvolvimento

No desenvolvimento do artigo deve-se usar linguagem científica, marcada pela clareza, concisão, objetividade, impessoalidade, coesão, coerência e correção gramatical. É vedada qualquer informação que permita a identificação da autoria, tanto no desenvolvimento quanto na introdução e na conclusão.

8.5.3 Conclusão

A conclusão deve permitir ao leitor compreender se as hipóteses e/ou objetivos apontados na introdução foram atendidos. Pode ainda ser acrescida de sugestões de novas investigações ou continuidade de pesquisa. Não é conveniente apresentar citações, uma vez que a conclusão deve expressar as ideias do autor.

8.5.4 Notas de rodapé

As notas de rodapé não podem ser de longa extensão e tampouco devem conter citações. Devem conter apenas informações complementares, que não podem ser inseridas no texto. Devem ser formatadas na mesma fonte do artigo, tamanho 10 pontos, espaçamento entre linhas simples e alinhamento justificado.

8.5.5 Citações

Nas citações, o autor deve obedecer ao disposto na NBR 10520 – Informação e Documentação – Citações em documentos – Apresentação/ jul. 2023 da ABNT e adotar o sistema autor-data, segundo o qual se emprega o sobrenome do autor ou o nome da entidade, a data e a(s) página(s) da publicação da qual se retirou o trecho transcrito ou indiretamente citado.

Citações com até 3 (três) linhas devem permanecer no corpo do texto, sem recuo ou realce, destacadas por aspas. As citações com mais de 3 (três) linhas devem

ser separadas do texto com recuo de parágrafo de 4 (quatro) cm, tamanho da fonte de 11 pontos, espaçamento entre linhas simples e texto justificado, sem o uso de aspas.

As citações em língua estrangeira devem ser sempre traduzidas para o idioma predominante do artigo nas notas de rodapé, acompanhadas do termo “tradução nossa” entre parênteses.

8.5.6 Destaques

No caso de citação direta, os destaques existentes na obra original devem ser reproduzidos de forma idêntica na citação. Caso não haja destaques no original, mas o autor do artigo deseje ressaltar alguma informação, o recurso pode ser utilizado desde que, após a transcrição da citação, seja empregada a expressão “grifo(s) nosso(s)” entre parênteses.

Outros destaques em trechos do texto devem ocorrer apenas no estilo de fonte itálico e somente para o emprego de expressões em língua estrangeira; e para o realce de expressões.

8.5.7 Gráficos, tabelas e imagens

Gráficos, tabelas e imagens, se indispensáveis à clareza do texto, devem ser apresentados no corpo do artigo.

Ademais, devem ser enviados em arquivos separados, sendo um arquivo para cada gráfico, tabela ou imagem.

Os gráficos devem apresentar: largura máxima de 10 cm; formato vetorial aberto e editável; e legendas curtas e autoexplicativas. Todo gráfico elaborado pelo autor deve trazer incorporados os dados que o originaram. Gráficos e tabelas devem ser entregues editáveis no formato excel.

As imagens devem estar nas extensões .tif, .psd, .pdf ou .jpg e possuir resolução mínima de 300 dpi. Imagens encontradas na internet só podem ser utilizadas se o site que as exhibe informar que isso é permitido. Nesses casos, devem ser observadas as instruções do site para utilização e citação dos créditos.

8.5.8 Referências

O texto deve elencar todas as referências ao final do documento, com informação das URLs quando for o caso. Para a elaboração das referências, o autor deve seguir as normas da ABNT, regidas pela NBR 6023 – Informação e Documentação – Referências – Elaboração/nov. 2018.



edições câmara
ESTUDOS E DEBATES



CÂMARA DOS
DEPUTADOS