



# Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

ISSN 0102-8065

Estudos em homenagem a  
Norma Kyriakos

86  
julho/dezembro 2017

---

# REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

---

Estudos em homenagem a Norma Kyriakos



**86**

JULHO/DEZEMBRO 2017





## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ELIVAL DA SILVA RAMOS

*Procurador Geral do Estado*

Mariângela Sarrubbo Fragata

*Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos*



ISSN 0102-8065

**CENTRO DE ESTUDOS  
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Rua Pamplona, 227 – 10ª andar – Jardim Paulista  
CEP 01405-100 – São Paulo – SP - Brasil  
Tel. (11) 3286-7016  
Homepage: [www.pge.sp.gov.br](http://www.pge.sp.gov.br)  
e-mail: [divulgacao\\_centrodeestudos\\_pge@sp.gov.br](mailto:divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br)

**Procuradora do Estado Chefe  
Centro de Estudos – Escola Superior**

Mariângela Sarrubbo Fragata

**Assessoria**

Camila Rocha Schwenck, Fábio André Uema Oliveira, Joyce Sayuri Saito, Valter Farid Antônio Junior

**Comissão Editorial**

Mariângela Sarrubbo Fragata (Presidente), Joyce Sayuri Saito, Alessandra Obara Soares da Silva, Amanda Bezerra de Almeida, Américo Andrade Pinho, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira, Lucas de Faria Rodrigues, Marcello Garcia, Maria Angélica Del Nery, Rafael Carvalho de Fassio, Sérgio de Castro Abreu

**Revista**

Coordenação editorial desta edição: Joyce Sayuri Saito.

Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte, sendo vedada a sua comercialização. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores.

Tiragem: 300 exemplares.

---

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, SP,  
Brasil, 1971-(semestral)

1971-2010 (1-72)  
1998 (nº especial)  
2003 (nº especial)

CDD-340.05  
CDU-34(05)

---

# Sumário

APRESENTAÇÃO .....	VII
SAUDADE .....	IX
OS ADOLESCENTES NO BANCO DOS RÉUS.....	1
Antonio Carlos Malheiros	
A LEI DE RESPONSABILIDADE DAS ESTATAIS E SUA APLICABILIDADE.....	5
Vinicius Teles Sanches	
A OBRIGATORIEDADE CONSTITUCIONAL DE LICITAR E A APLICAÇÃO DE <i>ASTREINTES</i> NA TUTELA JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE .....	31
Fernando Henrique Médici	
A PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	49
Alexandre Peres Rodrigues	
ASPECTOS GERAIS, NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS DOS REGIMENTOS DAS CASAS LEGISLATIVAS .....	63
Derly Barreto e Silva Filho	
A TEORIA DOS PRECEDENTES E A TÉCNICA DA DISTINÇÃO ( <i>DISTINGUISHING</i> ) .....	125
Guilherme Malaguti Spina	

DA COMPATIBILIDADE DAS REGRAS ULTRAINDIVIDUAIS DE  
DIREITO AUTORAL COM OS DIREITOS HUMANOS.....161

Vitor Tilieri

NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO TRAZIDO PELO ARTIGO  
1.228, §§ 4º E 5º DO NOVO CÓDIGO CIVIL .....187

Cicero Dantas Bisneto

O *NÃO DECIDIR* COMO UMA DAS FACETAS DO ATIVISMO  
JUDICIAL.....215

Lucas de Faria Rodrigues

# APRESENTAÇÃO

**M**eados de 1994. Ao redor de uma mesa de reuniões no escritório de um amigo comum, um grupo de Procuradores do Estado discutia as dificuldades, os caminhos até então trilhados e o futuro da PGE. Na cabeceira, revelando conhecimento institucional invejável, Norma Kyriakos conduzia os debates. A certa altura, respondendo à provocação de um antigo colega que se dizia cansado e desmotivado, olhou por cima dos óculos de leitura e lançou aos participantes a exortação que ouvi atento e que jamais sairia da minha cabeça: “Sempre temos algo mais a fazer pela PGE. Ela nada nos pede, mas devemos isso a ela”.

Assim era a nossa homenageada...

Formada nas Arcadas em 1963, advogada militante, Norma ingressou na PGE em 1974, tendo sido Procuradora Geral do Estado no período entre janeiro/1984 e maio/1985. Ousada e com espírito inovador e empreendedor, sempre deu ênfase às questões das minorias e marcou sua atuação por ações que destacavam seu orgulho de pertencer à Instituição. Na chefia do Centro de Estudos, levou os “Cursos de Atualização Jurídica” aos quatro cantos do Estado e plantou a semente da Escola Superior da PGE, fruto que veio a ser colhido mais de 10 anos depois, pelas mãos abnegadas da queridíssima Maria Clara Gozzolli.

Sempre atenta e preocupada em bem atender o interesse público, Norma ainda encontrava tempo para se dedicar à administração da OAB/SP, onde foi secretária-geral (1987-1989) e membro da Comissão da Mulher Advogada.

Fez centenas de amigos na PGE e aposentou-se em 1996.

Sua última passagem por estas bandas deixou história. Entrou no edifício-sede da PGE como que um “furacão”, liderando um grupo de colegas determinado a prestar uma homenagem à não menos saudosa Leila Buazar, tendo daí resultado a publicação da Revista PGE nº 83. Norma, entretanto, não participou do lançamento da revista que ajudou a idealizar, eis que veio a falecer poucos dias antes do evento.



Dona de um sorriso largo e de um coração gigante, Norma partiu precocemente, mas deixou-nos um importante legado: determinação, perseverança e respeito aos direitos individuais são marcas que podem – e devem – pautar nossa conduta. Para além disso, são ingredientes que pavimentam a estrada da cidadania, rumo à concretização dos nossos sonhos coletivos.

Entre homenagens pessoais e artigos jurídicos do mais alto nível, selecionados pela Comissão Editorial do Centro de Estudos, apresento-lhes a Revista PGE nº 86, um brinde à memória da nossa homenageada.

Espero que esta publicação contagie a alma de cada um dos leitores com a mesma inquietação, energia e alegria que marcaram a trajetória de Norma Kyriakos.

Boa leitura!

**JOSÉ RENATO FERREIRA PIRES**  
*Procurador Geral do Estado Adjunto*

# SAUDADE

**C**onheci Norma ainda menina, quando atuávamos na política estudantil e militávamos no mesmo partido, a Vanguarda Estudantil.

Mais tarde eu a encontraria na Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Fazíamos parte do mesmo grupo, Lia Kauffman, Alberto Cardoso de Mello Neto, Lauro Malheiros Filho, Sueli Russano, entre outros.

Vim a conviver com Norma quando fui nomeado Secretário da Justiça em 1983, no governo Montoro. Michel Temer assumiu a Procuradoria Geral do Estado, vindo a ser nomeado Secretário da Segurança Pública no lugar de Miguel Reale Junior. No lugar do Michel, foi nomeada, por indicação minha, Norma Kyriakos.

Norma revelou grande capacidade de liderança, respeitadíssima por seus colegas da PGE, atributo que seria a sua marca na turma de 1963. Conhecia todo os colegas, reunia vivos e mortos em festas e missas. Sua partida é uma perda irreparável, a nossa turma ficou órfã, pois nossa Norma nos deixou.

**JOSÉ CARLOS DIAS**



**M**inha motivação para escrever essas palavras encontra respaldo nas inúmeras manifestações de carinho e afeto que minha família e eu recebemos desde o falecimento de minha tia, Norma Jorge Kyriakos.

Muitas pessoas relataram que se sentiram arrasadas com a perda e que gostariam de prestar uma homenagem à minha tia, pois Norma havia sido fundamental em suas vidas. Pessoas e, principalmente, mulheres, com seus caminhos já trilhados, nos contaram que tiveram grande apoio da Norma ao longo de sua trajetória, seja por meio de conselhos, seja por meio de abertura de caminhos que a “Dra. Norma” sempre lhes proporcionou.

Quem teve a oportunidade de ajudar uma pessoa a melhorar na vida e na carreira, sabe quanto é gratificante. Ajudar duas seria ótimo. Ela ajudou várias, tamanhos foram os relatos que presenciamos.

Por sermos da família, temos apenas conhecimento sobre suas realizações, mas os depoimentos daqueles que conviveram profissionalmente com ela foram muito fortes e importantes para nós.

Formada na Universidade de São Paulo do Largo São Francisco, na turma de 1963, a qual ela tinha um imenso orgulho de pertencer, Norma sempre foi pioneira nas suas atitudes e na sua forma de agir, sobretudo em defesa da mulher e dos menos favorecidos.

Quando via um direito sendo aniquilado, comprava briga com quem quer que fosse (e quando eu digo qualquer um, é qualquer um mesmo). Quando via alguém sofrendo desrespeitos, sendo vítima de racismo ou uma mulher sendo agredida física ou moralmente, ela usava a sua força intelectual, sua determinação e o peso de seu nome, adquirido com muita luta, para defender todos os injustiçados, seu grande mote de vida.

Ela foi daquelas apaixonadas pela profissão, com uma vida inteira dedicada aos estudos, à Procuradoria e à advocacia. Após aposentar-se da Procuradoria do Estado de São Paulo, em 1996, continuou atuando como advogada, defendendo os mesmos princípios que sempre nortearam seus atos.

Vale destacar algumas posições importantes que alcançou em sua brilhante trajetória:

- Formou-se em direito na turma de 1963 da São Francisco;
- Procuradora do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo – 1966 a 1974;
- Procuradora do Estado – 1974 a 1996;
- Procuradora Geral do Estado no Governo Franco Montoro – 1984 a 1985;
- Conselheira da OAB/SP – 1987 a 1991, onde:
  - Secretária-Geral da Diretoria da OAB (primeira mulher a compor a diretoria da OAB), na gestão do Dr. Antônio Cláudio Mariz de Oliveira;
  - Fundadora do Serviço de Advocacia da Criança;
  - Participou ativamente para a criação da OAB/Mulher da Seccional de São Paulo da OAB.
- Consultora Científica do NEMGE - Núcleo de Estudos da Mulher e Relações Sociais de Gênero da USP, desde 1993.
- Diretora do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, de 1991 a 1995;
- Presidente da Oficina dos Direitos da Mulher, ONG de defesa e promoção dos direitos da mulher;
- Consultora Jurídica do Geledés - Instituto da Mulher Negra.

Muitas dessas instituições sequer existiriam sem o esforço e dedicação de Norma. Ela era pioneira na área, atuava e exigia comprometimento de todos para que os projetos saíssem do papel e se concretizassem. Foram vários os relatos de procuradores e advogados durante o velório, das ordens recebidas da “Dra. Norma” para fazer isso ou aquilo. Criava uma turma, liderava e não media esforços para que as coisas de fato acontecessem.

Este é um momento de reflexão, não só pelo próprio evento morte, mas, sim, pela perda de uma pessoa íntegra, arraigada a valores e ideais de vida que tanto prezamos, mas temos dificuldade em colocá-los em prática, algo que ela fazia com maestria.

Quando se falava da Norma, não se lembrava de dinheiro ou poder, mas, sim, de ética, comprometimento e solidariedade.

A definição mais precisa que algum amigo ou amiga deu a ela, que agora não me recordo o nome, é que ela tinha CIDADANIA EXACERBADA, definição que fazia meu falecido pai rir bastante, pois considerava que tinham acertado em cheio!

E é isso mesmo. Era excessivamente patriota e tinha um ímpeto cívico invejável. Não podia ver alguém jogando um papel no chão que ela ia lá perguntar por que havia feito aquilo. Quando alguém a “fechava” no trânsito, deixava de dar um bom dia, ou dava aqueles empurrões para passar mais rápido ou entrar em metrô ou elevador, antes dos de dentro saírem, todos eram severamente reprimidos.

Quando ela via que algo estava errado, ia até lá para reclamar. Arrumava a maior confusão e, muitas vezes, ouvia da pessoa: “Ok, Dra. Norma, quando a Sra. vier aqui será diferente, a Sra. poderá parar o seu carro em determinada vaga, poderá entrar no banco sem tanta revista, poderá subir no prédio sem tantos crachás e desaforos. As pessoas faziam e fazem isso, para evitar maiores dores de cabeça e se livrar do problema, que era ela.

Mas não é isso que ela queria. Era avessa a esses jeitinhos e do famoso: “Você sabe com quem está falando”. Ela queria mesmo que o problema fosse resolvido para todos e não só para ela. Queria mudar a forma como o lugar tratava as pessoas em geral. Se pudesse, mudaria o mundo.

São esses valores e ideais que eu e meu irmão Jorge pretendemos aplicar em nossas vidas e ensinar a nossos filhos. Não com o brilhantismo e até a voracidade que ela os executava, mas de maneira que aprendam os reais valores que deveremos nos basear para termos uma vida íntegra, correta e com respeito ao próximo.

Também não é porque a pessoa nos deixa, que não podemos falar algumas coisas dela. Duvido que haja alguém que a conhecesse e que nunca tenha tido uma discussão com a tia, com a prima ou com a “Dra. Norma”. Tudo era motivo para acalorados debates. Ela chegava e já se tentava evitar falar de política, religião, direito ou qualquer assunto con-

troverso. Futebol era bom, porque ela entendia pouco e aceitava minhas considerações.

Contudo, evitar era em vão. O assunto começava e acabava onde ela queria. Arrancava nossas opiniões sobre os temas mais controversos e, pronto, começavam os debates. Teimosa e cheia de argumentos, não havia como convencê-la. Não raro, ela terminava meio brigada ou aborrecida, mas tudo era passageiro.

No fundo, Norma não brigava com ninguém de verdade. Apesar de muitas vezes acharmos suas opiniões absurdas, nos fazia refletir melhor sobre os temas. Era sempre uma opinião diferente, com a dose de utopia que ela realmente acreditava que a sociedade e as pessoas poderiam viver.

Assim, mesmo não tendo a sua ideologia ou mesmo não seguindo todas as suas máximas, a temos como uma referência. Muitas vezes até no subconsciente nos perguntamos: “O que será que a Norma pensaria desse assunto?” “Será que ela agiria assim?” Ou, então, alguém brinca: “Ah, se a Norma estivesse aqui vendo isso, imagina a confusão”.

Confusão essa que, muitas vezes, não temos coragem de enfrentar. Quanto menos problemas melhor. Estamos acostumados a ser apaziguadores e até acomodados. Mas, às vezes, era bom saber que alguém estava exercendo a cidadania. Que alguém se dispunha a comprar brigas apenas para defender os próprios direitos. Que alguém queria que a coisa fosse feita da maneira correta, sem olhar apenas para o próprio umbigo.

Na família, Norma sempre tratou o meu irmão e eu como filhos. Sempre tentava unir a família toda, com as primas e primos. Gostava de relembrar os velhos tempos de infância quando todos eram mais próximos e tentava reproduzir esses tempos. Aborrecia-se muito quando alguém não podia comparecer, não importava o motivo.

Pelos relatos dos colegas de Norma, no trabalho não era diferente. Sempre era ela a indicada para organizar as festas e reuniões do grupo, e participava de muitas. E não eram participações em vários grupinhos de WhatsApp, não. Aversa às tecnologias, as reuniões eram presenciais. Quando muito enviava cartas formais. *E-mails*, em último caso.

Era no fundo apartidária, acreditava nas pessoas e no caráter de cada um. Sempre ligada aos movimentos de esquerda, não deixava de ter amigos com filosofias diferentes, mas esses sempre a respeitaram.

Minha tia representou um mundo utópico em que, infelizmente, não nos é possível viver. Para o mundo ideal que ela imaginava, acho que teríamos de acabar com a humanidade e depois reconstruí-la com a fórmula com que Norma foi feita. Infelizmente, somos obrigados a viver a vida como ela é, com seus erros e contradições. Mas tenho certeza que, se cada um conseguir ter os ideais e valores da Norma dentro de si, e, ao menos, efetivá-los em parte, toda a nossa sociedade melhoraria, e formaríamos um país mais justo e mais ético.

**VICTOR KYRIAKOS SAAD**





## Uma líder autêntica e cidadã exemplar

**N**ão irei abordar os inúmeros predicados intelectuais e culturais de Norma Kyriakos, que a caracterizaram como uma das mais conceituadas Procuradoras do Estado de São Paulo e como notável advogada.

Farei, sim, referências à sua rica personalidade, ao seu caráter e à sua integridade moral, atributos que lhe emprestaram uma dignidade pessoal responsável por um outro seu traço marcante: a liderança.

Convivemos por quase quarenta anos. Convivência intensa, diária na Ordem dos Advogados, quando a dirigimos, ela como secretária-geral e eu como presidente. A ela devo muito do que foi realizado durante as duas gestões.

Anteriormente, durante a campanha eleitoral do memorável grupo “Tempos Novos” criado para disputar as eleições de 1986, nossa amizade, já então de quase uma década, foi solidificada por ideais comuns, relacionados à valorização da advocacia e às questões que no momento compunham um quadro de anseios de toda a sociedade brasileira.

Com seu temperamento extrovertido, alegre, falante, elegante no vestir e no falar Norma era irrequieta. Sua cabeça e seu corpo estavam sempre em movimento. A primeira criando e o segundo executando ideias e planos, sempre na busca da perfeição. Pensava os detalhes, planejava cuidadosamente e executava com esmero.

Creio que desde os bancos escolares, passando pela sua amada Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, na Procuradoria do Estado e na advocacia, Norma exerceu a liderança. Uma liderança marcada pelo dom de contagiar com o seu entusiasmo a todos aqueles que abraçavam as causas por ela abraçadas. Com sua forte personalidade, ela soube transformar as suas causas em lutas. Estas eram traduzidas em ações concretas na perseguição de objetivos bem definidos.

Em razão de sua capacidade de liderar, Norma passou a ser fator de convergência entre pessoas de origem, características e segmentos diversos. Pessoas que não se conheciam, tornaram-se amigas graças ao

seu papel agregador. Constituía o elo, o traço de união entre pessoas e grupos.

Cito o meu exemplo. Constituí sólida amizade com membros da Procuradoria do Estado de São Paulo; com componentes dos núcleos femininos por ela liderados; e com alguns integrantes da turma de 1963, da Faculdade do Largo de São Francisco, tendo Norma como madrinha dessas amizades.

Em razão dos seus atributos de líder e de sua capacidade para se relacionar, Norma cultivou durante toda a sua vida amizades antigas e angariou novas. Soube semear benquerença e solidariedade. Plantou árvores de amizade, colheu os seus frutos e os distribuiu para os aventureiros que com ela conviveram.

Talvez eu não tenha conhecido ninguém mais consciente de seus direitos do que Norma Kyriakos. Durante toda a sua vida adotou medidas concretas para que direitos e prerrogativas pessoais fossem respeitados. Não só os seus, mas os de outrens e os de várias comunidades; eram defendidos, reivindicados, exigidos com empenho pessoal, e eu diria, com religiosa devoção.

Direitos da mulher; fortalecimento da Procuradoria do Estado e da Advocacia; Democracia; liberdade de expressão e de ação; respeito absoluto à dignidade pessoal, eram algumas das obsessivas preocupações de Norma. Em defesa desses seus ideais, Norma agia quase como um Quixote. A diferença, no entanto, estava nos moinhos de vento: os seus eram reais. Pugnava arduamente contra todos os obstáculos que se opunham ao amplo exercício da cidadania.

Cidadania como respeito ao homem e à sua individualidade; aos seus direitos, aos seus atributos e ao desenvolvimento de suas potencialidades, tendências e aptidões. Mas, sobretudo, respeito à sua condição de ser humano, portador de direitos naturais e daqueles outorgados pelo ordenamento jurídico.

Sua concepção de cidadania ultrapassava o mero exercício retórico voltado para as garantias individuais inscritas na Constituição e nas leis. Era mais, representava uma permanente atitude de vigilância e de ações concretas para exigir o respeito aos seus e aos direitos alheios.

Norma sabia, como poucos, assumir comportamentos concretos e positivos em prol daquilo que entendia ser o correto. Por vezes, tais comportamentos eram considerados exagerados, excessivos. Em algumas ocasiões talvez até fossem. Talvez, nesses casos, qualquer outro transigisse. Mas, pensando bem, as transigências reiteradas é que levam aos frequentes abusos.

É preciso ter presente que Norma jamais reivindicou aquilo que não considerasse ser seu direito. Era intransigente nesse setor, mas possuía um aguçado senso do certo e do errado, do justo e do injusto. Poderia exagerar, como disse, não tolerar as transgressões, mas jamais era injusta. Talvez errasse na dose, mas não no remédio, que era a sua reação à doença do desrespeito.

Em 1986, durante a inolvidável campanha do grupo “Tempos Novos” às eleições da OAB, fomos fazer campanha no IPESP, onde vários procuradores nos aguardavam.

Pois bem, quando chegamos um funcionário solicitou as nossas identidades dizendo que com elas ficaria até a nossa saída.

À época, identificação em prédios era incomum e a retenção de documentos nem posteriormente foi admitida. A acalorada discussão entre Norma e o funcionário foi me exasperando, pois corríamos o risco real de não termos um só voto do IPESP, pois os colegas não iriam esperar por muito tempo. Eu apelava para que ela abrisse mão do seu direito, mas em vão. Lembro-me que não admitia sequer ser identificada. Passado um angustiante tempo subimos. Quem cedeu foi o funcionário.

Norma Kyriakos foi um ser humano diferenciado, raro. E, sem dúvida, o era. Em um mundo no qual o egoísmo, o individualismo, a ausência de reflexão e de tomada de posições claras, ela se destacava por constituir a antítese dessas marcas.

Agora que ela se foi, fico na torcida para que seja tolerante com a administração do céu e perdoe os erros de anjos e de santos.

**ANTONIO CLÁUDIO MARIZ DE OLIVEIRA**



## Minha amiga Norma Jorge Kyriakos

Falar de amigos pode parecer simples. E às vezes de fato o é. Mas falar de uma amiga como Norma Jorge Kyriakos é tarefa difícil. Isto porque Norma era uma figura plural. Também foi plural no ritmo da nossa amizade. Nos conhecemos na velha Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, portanto fomos colegas de Faculdade. Como estudantes estivemos sempre lado a lado, lutando pelos mesmos ideais e pelas mesmas causas. Ali, já fazíamos política. Era política estudantil, mas já era política de grandes ideais.

Juntos fizemos parte da Turma de 1963. Histórica, em face do momento político da época. Um período de sombras, denso e longo de regime autoritário se aproximava. Nós, jovens e cheios de garra e amor à Pátria, o enfrentávamos. A ditadura de fato se instalou. Muitas vezes foram caladas. Não a nossa. Fomos pacientes. Soubemos esperar o tempo passar. Enquanto isso, seguimos fazendo a nossa parte.

Formados, iniciamos a nossa vida profissional. Aqui também seguimos juntos. Ambos prestamos concurso e ingressamos na carreira de Procurador do Estado. Na Procuradoria Geral do Estado, igualmente nos empenhamos para a valorização e o prestígio da carreira. Lutamos para que os Procuradores tivessem o pleno reconhecimento do Estado e da sociedade. No curso da carreira, ela e eu chegamos ao cargo de Procurador Geral do Estado. Sempre pudemos contar com o apoio e o prestígio dos colegas. Na minha gestão como Procurador Geral, Norma foi Diretora do Centro de Estudos da PGE. Dinâmica, ativa, sempre cheia de ideias, promoveu, durante sua gestão, grandes inovações, muitas atividades, muitos encontros sempre do interesse da carreira. O Centro de Estudos da PGE esteve em excelentes mãos. Posso dizer, seguramente, que o trabalho que Norma ali realizou deixou seguidores entusiasmados que só méritos e benefícios trazem para a instituição.

Norma foi uma precursora dos movimentos em favor das causas de interesse da Mulher. Vejamos. Foi a primeira mulher a compor a Diretoria da OAB, como Secretária-Geral, na gestão do nosso amigo comum Antônio Cláudio Mariz de Oliveira. Quando o Dr. Franco Montoro foi

Governador do Estado de São Paulo, sugeriu e trabalhou pela criação do Conselho Estadual da Condição Feminina. Na condição de Conselheira da instituição, sugeriu e auxiliou na criação da primeira Delegacia de Defesa da Mulher. Inédita no país e no mundo com grande repercussão dos trabalhos ali realizados. Na mesma linha, fez parte da criação da OAB Mulher, na Seccional de São Paulo da OAB. E de várias ONG's voltadas para a defesa dos interesses da mulher e das pessoas menos favorecidas pela vida.

A vida segue e novos desafios nos apresenta. Sempre fomos entusiasmados. Desejávamos uma cidade melhor, um Estado forte, um país justo e poderoso. Para tanto, cuidadosamente, ingressei na vida pública. Primeiro Procurador Geral do Estado, depois Secretário da Segurança e ainda Secretário de Governo. Norma sempre esteve ao meu lado. Amiga fiel e dedicada. Sempre atenta. Qualquer deslize era por ela apontado e imediatamente corrigido.

Não paramos por aí. O nosso ideal era verdadeiro. Quando me candidatei a Deputado Federal pela primeira vez, e nas vezes subsequentes, sempre pude contar com o apoio, a dedicação, o entusiasmo, o trabalho e o empenho da minha amiga Norma. Ela não me faltou em nenhum momento com as suas ideias, com o seu conhecimento, o seu olhar generoso para o mundo.

Norma é dessas amigas que nos fazem falta para sempre. Despedir-me dela foi momento de muita tristeza. Mas, tenho certeza de que, onde estiver, está entusiasmada desejando-nos sucesso. E, em homenagem a essa amizade tão plural e ao mesmo tempo tão singular, todos nós nos empenharemos na tarefa de fazer um país e um mundo melhores.

**MICHEL TEMER**

# OS ADOLESCENTES NO BANCO DOS RÉUS

Antonio Carlos Malheiros

*À querida Norma, por tudo que me ensinou, uma imensa gratidão e saudade maior ainda.*

Sempre digo aos meus alunos que terão de estudar sempre, atentos à doutrina, jurisprudência e textos legais. Mas, paralelamente, deverão ler, todos os dias, ao menos uma página do “Livro da Vida”, que não está nas bibliotecas das universidades, nem à venda, nas boas livrarias. Está na poeira das ruas, nas lamas das favelas, nos esgotos dos cortiços, nos pátios das unidades de internação de adolescentes, nas celas do nosso terrível sistema carcerário... E só “batendo perna por aí”, andando entre as pessoas, sentindo o “gosto da lágrima” dos que estão sofrendo, é que conseguirão fazer isso, tornando-se, em consequência, profissionais melhores. Por essa razão, em manhãs de domingos, muitas vezes, tento mostrar-lhes uma dura realidade, que não conhecem, indo com eles principalmente a comunidades pobres, quase todas “governadas” por traficantes de drogas. Isto já faz alguns anos. Em uma comunidade da zona norte desta cidade, estive com um menino de 15 anos, que trabalhava com o “Ale-mão”, o “prefeito” daquele pedaço. Contou-me sua vida. Sem pai, sem mãe, aos 8 anos foi “adotado” pelo traficante. Continuava a transportar drogas, mas, agora, havia sido “promovido” a “soldado”. Armado com um revólver calibre 38, que me exibiu, mostrava-se imensamente orgulhoso, pelo reconhecimento do chefe, sem nenhum medo daquela situação de risco.

Naquela época já estávamos pensando em “redução da maioria penal”, diante de algo grave (já não me lembro o que foi), praticado por



algum adolescente. E, pela conversa que tive com o jovem traficante, cheguei a algumas conclusões. Se ele não tinha medo de morrer (o que me pareceu evidente, pela fala dele), será que tinha de ser preso? Acho que não, até mesmo porque, se fosse, e aguentasse firme alguns anos de cadeia, sairia pronto para ser igual ao seu “pai adotivo”. No mais, já se falava em redução da maioridade penal para 16 anos. E aquele menino tinha 15. Assim, só para argumentar, interessante que a redução viesse para 15 ou 14 anos. Só que, com certeza, vamos encontrar um outro garoto, em seguida, em um outro ponto, com 12, igualmente armado, também trabalhando no tráfico. Talvez, então, a redução pudesse chegar aos 10, aos 8.... Que absurdo! E onde vamos guardar os jovens infratores, de 16 ou 17 anos, se a redução realmente vier? Não posso acreditar que a nossa crueldade chegue ao ponto de prendê-los nas nossas superlotadas cadeias, na companhia de criminosos adultos. Nas unidades regulares de internação de adolescentes infratores, tal não poderá se dar, pois não são lugares penais, mas, sim, socioeducativos. A saída seria a construção de presídios especiais. Pergunto: há verba para isso?

Mas vamos deixar de lado isto tudo, indo para o principal: a proposta que, agora, está para ser votada no Senado, é inconstitucional.

Diz o art. 228, da Constituição Federal, sobre a inimputabilidade do menor de 18 anos. E isto é cláusula pétrea. Direito e garantia individual (inc. IV do §4º do art. 60 da CF), atinentes à liberdade, princípio que não pode, de nenhuma maneira, ser modificado, mesmo não estando no rol do art. 5º. É que estão em conjunto mais amplo de direitos constitucionais, de caráter individual, dispersos no texto da Carta Magna.

Finalizo lembrando que há outra emenda constitucional, esta oriunda do Senado, aumentando para 6 anos o prazo máximo de internação de infratores, em casos graves, muitas vezes impedindo sua saída aos 21 anos. Uma proposta da Câmara para o Senado, de redução da maioridade penal. Outra do Senado para a Câmara, de aumento do tempo de internação. Contradição evidente. Não se entende...

Eventual redução da maioridade penal retirará parcela dos adolescentes da esfera de aplicação do ECA, desresponsabilizando o Estado e a sociedade de seus respectivos deveres, previstos na Constituição Federal e naquele instituto. E isto, neste país, que ainda não viabilizou políticas

públicas necessárias, para garantir às crianças, aos adolescentes e aos jovens o pleno gozo de seus direitos essenciais, o que tem sido a principal causa das infrações e da própria criminalidade.

A grande desigualdade social, associada a certa mentalidade conservadora e o medo dos cidadãos, diante da violência urbana, acaba sugerindo uma mudança no caráter do nosso Estado. O Estado Social de Direito, consagrado em nossa Constituição Federal, cedendo lugar a um tipo de Estado Penal, que atua, basicamente, com repressão e tutela, indicando retrocesso em nosso processo democrático, abdicando-se de direitos conquistados a duras penas.

Chega a ser cruel a possibilidade de, antes de assegurarmos às crianças e adolescentes seus direitos mínimos, para terem uma vida razoavelmente digna, já estarmos pensando em como puni-los.

**ANTONIO CARLOS MALHEIROS**

*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo  
Eterno estagiário da Doutora Norma Jorge Kyriakos*



# A LEI DE RESPONSABILIDADE DAS ESTATAIS E SUA APLICABILIDADE

Vinicius Teles Sanches<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 – Introdução. 2 – Estrutura normativa e contexto histórico. 3 – O direito intertemporal e a Lei de Responsabilidade das Estatais. 4 – Sobre a aplicação da lei às empresas estatais prestadoras de serviços públicos. 4.1 – Classificação das empresas estatais segundo a atividade desempenhada: um critério tradicional que vem sendo relativizado. 4.2 – Comentário a respeito do alcance do artigo 1º, *caput*, da Lei federal nº 13.303/2016. 4.3 – Da constitucionalidade da abrangência conferida à lei em análise. 4.4 – Da importância dos critérios histórico e finalístico para interpretar o artigo 1º da Lei de Responsabilidade das Estatais. 4.5 – Da sujeição dessa matéria ao Supremo Tribunal Federal. 5 – Conclusão. Bibliografia.

---

## 1. Introdução

Em 30 de junho de 2016, foi sancionada a Lei federal nº 13.303, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Chegava ao fim, desse modo, a longa espera pelo estabelecimento, em norma infraconstitucional, do regime próprio das empresas estatais.

Entretanto, o advento desse diploma normativo – que vem sendo chamado de “Lei de Responsabilidade das Estatais” – trouxe diversos desafios àqueles que atuam com as entidades empresariais controladas

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de São Paulo. Coordenador da Assessoria de Empresas e Fundações do Gabinete do Procurador Geral. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo.

pelo Poder Público. Entre esses desafios, podemos apontar as dúvidas que a lei tem suscitado a respeito de sua aplicabilidade no tempo e, também, quanto às entidades empresariais por ela alcançadas.

Nesse sentido, o propósito deste estudo é analisar alguns desses aspectos polêmicos da aplicabilidade da Lei federal nº 13.303/2016, apresentando as conclusões que consideramos condizentes com tal regramento.

## **2. Estrutura normativa e contexto histórico**

A Lei de Responsabilidade das Estatais não é um diploma normativo sucinto: possui noventa e sete artigos, que disciplinam matérias como governança societária (artigos 1º a 27), licitações (artigos 28 a 67), contratos (artigos 68 a 84) e fiscalização das empresas estatais pelo Estado e pela sociedade (artigos 85 a 90); existem, também, as necessárias disposições finais e transitórias (artigos 91 a 97).

Além da notória aptidão do legislador brasileiro para a elaboração de textos normativos extensos e analíticos, existe outro aspecto que parece ter contribuído à extensão da norma: o presente momento histórico.

Com efeito, desde março de 2014, está em curso a maior investigação sobre corrupção na história do país: a chamada Operação “Lava Jato”.

Mesmo antes dessa operação, eram frequentes as notícias a respeito de desvios praticados por agentes públicos. Entretanto, é incontestável que a Operação “Lava Jato” representa um marco histórico em curso, considerando o tempo de sua duração, o número de agentes públicos investigados, os valores que teriam sido desviados, o caráter pioneiro, no país, das ferramentas de investigação utilizadas<sup>2</sup> e os efeitos devastadores causados à já reduzida crença dos cidadãos no espírito público dos ocupantes de mandatos eletivos e de seus auxiliares diretos.

---

2 Vale registrar, por exemplo, a ampla utilização do instituto da colaboração premiada, presente na Lei de Organizações Criminosas (Lei federal nº 12.850, de 02 de agosto de 2013).

E vale lembrar que, na origem dessa verdadeira convulsão nacional, estão malfeitos que teriam sido praticados na condução da maior empresa estatal do país: a Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras.

Parece possível afirmar, assim, que existe um clamor social por probidade, profissionalismo e purgação das influências político-partidárias na gestão das empresas estatais.

Outro elemento histórico que, a nosso ver, informa a lei em exame é a crescente demanda dos cidadãos pelo aprimoramento dos serviços públicos, sem que tal aprimoramento seja acompanhado por acréscimo na contraprestação por esses serviços. Vale lembrar, a propósito, as manifestações populares realizadas no mês de junho de 2013, que tiveram como estopim decisões governamentais relativas ao aumento de tarifas dos serviços de transporte coletivo.

Em outras palavras, esse segundo elemento histórico teria como traço essencial uma demanda da população por maior eficiência administrativa.

Nesse contexto, poucos dias após assumir interinamente a Presidência da República, o então Vice-Presidente anunciou que priorizaria a aprovação da lei em questão, sob o argumento de que suas regras privilegiariam a meritocracia na escolha dos administradores das estatais<sup>3</sup>; poucas semanas depois, de fato, a lei foi aprovada e sancionada.

Podemos dizer, assim, que a Lei federal nº 13.303/2016 representa uma resposta da classe política nacional a anseios legítimos e atuais dos cidadãos.

Evidentemente, ainda é cedo para opinar a respeito da efetividade da lei em questão.

Entretanto, seus dispositivos suscitam questionamentos cujas respostas poderão influenciar decisivamente o sucesso dessa empreitada legislativa. Entre esses questionamentos, abordaremos, na sequência, aqueles que dizem respeito à aplicação da lei no tempo e às empresas estatais alcançadas por suas normas, por terem sido alguns dos temas mais debatidos durante os primeiros meses de vigência da lei.

---

3 PORTAL BRASIL. 25 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/05/temer-anuncia-medidas-fiscais-e-economicas>. Acesso em: 11 de junho de 2017.

### 3. O direito intertemporal e a Lei de Responsabilidade das Estatais

Nosso estudo, acerca da aplicação da Lei federal nº 13.303/2016 no tempo, parte da constatação de que tal diploma normativo está em vigor desde a data da sua publicação (artigo 97)<sup>4</sup>.

Não foi fixada, assim, uma “vacatio legis”, que impediria a produção de efeitos imediatos pela legislação em tela.

Entretanto, em seu artigo 91, *caput*, a lei concede prazo de 24 (vinte e quatro) meses para a adequação das empresas estatais já existentes ao disposto na novel legislação<sup>5</sup>.

A questão que se coloca, portanto, diz respeito à abrangência desse intervalo bienal de adaptação: estaria a lei integralmente sujeita a uma adoção paulatina até o término de tal lapso ou existiriam dispositivos imediatamente cogentes?

A nosso ver, existem normas que devem ser imediatamente cumpridas, eis que não necessitam de medidas concretas voltadas à adaptação da empresa estatal.

É o caso, por exemplo, das regras atinentes à elegibilidade dos integrantes dos órgãos estatutários.

Com efeito, a Lei federal nº 13.303/2016 estabeleceu requisitos e vedações para a eleição dos integrantes das diretorias, dos Conselhos de Administração e dos Conselhos Fiscais das empresas estatais. Tais requisitos e vedações estão presentes, respectivamente, nos artigos 17 e 26 da nova lei e devem ser aplicados, de modo cumulativo, com aqueles já previstos nos artigos 146, 147 e 162 da Lei federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades por Ações), e demais disposições estatutárias em vigor.

Para a aplicação desses critérios de elegibilidade, não são necessárias, propriamente, providências de adaptação, bastando o atendimento, a partir da entrada em vigor da lei, dos requisitos e das proibições en-

---

4 “Art. 97. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

5 “Art. 91. A empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei”.

dereçados aos acionistas controladores ou aos conselheiros de administração, quando no exercício de seu poder de eleição dos membros dos órgãos estatutários das sociedades.

Em outras palavras, quanto a essa matéria, a Lei de Responsabilidade das Estatais exige uma conduta omissiva: que o acionista deixe de eleger, nas assembleias gerais de acionistas, conselheiros fiscais e de administração que estejam em desacordo com a nova lei e – no que tange à diretoria – que os conselheiros de administração se abstenham de escolher diretores que não cumpram as condições legais vigentes.

A simples omissão que se exige para o atendimento dessas obrigações torna bastante questionável a eventual evocação de um prazo para adaptação. Por isso, tais normas demandam cumprimento imediato.

Tal é a posição, por exemplo, de Egon Bockmann Moreira:

“Ao que se infere, o legislador pretendeu positivar o dever de condutas proativas em todas as estatais brasileiras (sobretudo as companhias abertas), bem como os consórcios nos quais elas participem como operadoras (art. 1º, § 5º), para que adotem medidas em todos os seus níveis de funcionamento: composição das diretorias e conselhos; regras de governança; função social; licitações, contratos e sanções; fiscalização pela sociedade, etc.

Logo, a Lei incide de imediato, mas, não incide de imediato. Pode-se imaginar que os atos e fatos a serem praticados depois do dia 30 de junho de 2016 deverão obediência irrestrita à Lei 13.303/2016 (por exemplo, a nomeação de diretores deve cumprir o art. 17). O mesmo se diga quanto às leis que autorizem a criação de estatais. Todavia, as estatais que já existem precisam se adaptar: neste caso, a Lei 13.303/2016 incide aos poucos, de maneira diferenciada: as normas e práticas que a contrariem são tidas como revogadas; as que precisem de conformação – seja porque ainda não existem, seja porque não são explícitas o suficiente – demandam esforços para cumprir o prazo de 24 meses”<sup>6</sup>.

---

6 MOREIRA, Egon Bockmann. “Duas polêmicas da nova lei de responsabilidade das empresas estatais: conflito federativo e direito intertemporal”. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/duas-polemicas-da-nova-lei-de-responsabilidade-das-empresas-estatais-conflito-federativo-e-direito-intertemporal-3lzym9s4gpos25w70xdeevxj>. Acesso em: 11 de junho de 2017.



Nesses termos, entendemos que o prazo de adaptação presente no artigo 91, *caput*, da Lei federal nº 13.303/2016, visa a permitir que a criação ou reformulação de procedimentos e a reestruturação das empresas estatais existentes sejam realizadas dentro de um prazo máximo razoável; tal intervalo, contudo, não alcança a integralidade das normas da lei.

Além de estar fundada em interpretação jurídico-formal, essa conclusão está apoiada, também, no aspecto teleológico. Isso porque a Lei de Responsabilidade das Estatais trouxe regras fortemente marcadas por valores como probidade, transparência, eficiência e impessoalidade, que devem ser adotados como vetores interpretativos essenciais pelo aplicador da lei em questão.

Quer isso dizer que o sentido teleológico permite sustentar a adoção, quanto antes, de tudo quanto seja favorável à elevação do padrão de governança das estatais e que não demande a concretização de medidas complementares ou regulamentares. E, a nosso ver, as vedações e os requisitos para composição dos órgãos estatutários estão incluídos nessa categoria.

Nesses termos, a partir do início da vigência da Lei federal nº 13.303/2016, somente poderão ser eleitas para os órgãos estatutários das empresas estatais pessoas que estejam em conformidade com a nova lei.

Vale ressaltar, todavia, que, no que concerne às eleições de integrantes de órgãos estatutários ocorridas em momento anterior<sup>7</sup>, existe ato jurídico perfeito<sup>8</sup>, eis que as escolhas foram realizadas sob a égide da legislação que vigorava ao tempo em que se efetuaram, estando aptas a produzir todos os seus efeitos legais.

Além da eleição dos representantes de órgãos estatutários, existem outras situações que não estão sujeitas ao prazo de adaptação presente no artigo 91, *caput*, do diploma normativo em exame.

---

7 Isto é, até 30 de junho de 2016.

8 Artigo 6º, §1º, do Decreto-lei federal nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

É o caso, por exemplo, de regras que, de modo expresso, fixam intervalos mais reduzidos (tais como os artigos 1º, § 4º<sup>9</sup> e 95<sup>10</sup>) ou que conservam a disciplina pretérita para procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo de 24 (vinte e quatro) meses (artigo 91, § 3º)<sup>11</sup>.

Como se vê, foram tantas as exceções à aplicabilidade imediata da lei que, como bem observou Alexandre Santos de Aragão, elas “praticamente invertem a regra e tornam o direito intertemporal da aplicação do Estatuto um dos mais complexos, contraditórios e polêmicos temas por ele trazidos”<sup>12</sup>.

Enfim, quando se está diante do estudo da Lei de Responsabilidade das Estatais à luz do direito intertemporal, é recomendável a adoção de redobrada cautela, uma vez que não existe regra uniforme a respeito do início da obrigatoriedade de suas disposições.

#### **4. Sobre a aplicação da lei às empresas estatais prestadoras de serviços públicos**

A Lei federal nº 13.303/2016 exige reflexão cuidadosa, também, no que tange à sua aplicação às empresas estatais prestadoras de serviços públicos.

Essa questão apresenta especial relevância tendo em vista a afirmação de renomado autor administrativista no sentido de que, no artigo 1º, *caput*, da Lei de Responsabilidade das Estatais, teria havido

“expressa referência a empresas públicas e sociedades de economias exploradoras de atividade econômica. Portanto, apenas essas se subordinam ao regime diferenciado da Lei 13.303/2016. As demais – pres-

9 “§ 4º A não edição dos atos de que trata o § 3º no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a partir da publicação desta Lei submete as respectivas empresas públicas e sociedades de economia mista às regras de governança previstas no Título I desta Lei”.

10 “Art. 95. A estratégia de longo prazo prevista no art. 23 deverá ser aprovada em até 180 (cento e oitenta) dias da data de publicação da presente Lei”.

11 “§ 3º Permanecem regidos pela legislação anterior procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo previsto no *caput*.”

12 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. São Paulo: Forense, 2017, p.177.

tadoras de serviços públicos em regime de exclusividade, sem competição com o setor privado – continuam subordinadas ao regime da Lei 8.666/1993”<sup>13</sup>.

Conforme será exposto na sequência, contudo, pensamos de maneira diversa, eis que a Lei federal nº 13.303/2016 deve ser cumprida, também, pelas empresas estatais que prestam serviços públicos.

Para a adequada compreensão do sentido de tal dispositivo – e, por conseguinte, da abrangência lei – é necessário, inicialmente, realizarmos uma breve exposição a respeito da dicotomia que se convencionou estabelecer entre as *empresas estatais que exploram atividade econômica* e aquelas que são *prestadoras de serviços públicos*.

#### **4.1 Classificação das empresas estatais segundo a atividade desempenhada: um critério tradicional que vem sendo relativizado**

A dicotomia em questão está relacionada à categorização das sociedades controladas pelo Estado de acordo com a natureza das atividades por elas desenvolvidas. A importância de tal classificação pode ser constatada, por exemplo, no fato de ter sido utilizada em diversas oportunidades na fundamentação de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca do regime jurídico das empresas estatais.

Conforme explica Eros Grau, “inexiste, em um primeiro momento, oposição entre *atividade econômica* e *serviço público*; pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira”<sup>14</sup>. Isso porque – prossegue o autor –, “a prestação de *serviço público* está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o *serviço público* é um tipo de *atividade econômica*”<sup>15</sup>.

Tal autor acrescenta, ainda, que *serviço público* “é o tipo de *atividade econômica* cujo desenvolvimento compete *preferencialmente* ao setor

13 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.55.

14 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.103 (destaques no original).

15 *Ibidem*.

público. Não *exclusivamente*, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão”<sup>16</sup>.

O que se extrai de tais lições é que, em um primeiro momento, atividade econômica e serviço público manteriam uma relação de gênero e espécie. Tal relação se observa quando se lida com a noção de atividade econômica em sentido amplo, que abrange o serviço público e, também, a atividade econômica em sentido estrito.

Não foi esse sentido amplo, todavia, que a Constituição da República quis atribuir à expressão *atividade econômica* no *caput* do artigo 173. Vale recordar que, de acordo com a norma constitucional, “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Na verdade, a regra constitucional em análise facultou ao Estado o desempenho de atividade econômica em sentido estrito.

Quanto ao ponto, são elucidativas as seguintes ponderações do Ministro Eros Grau no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.642/MG:

“A expressão *atividade econômica* conota, no contexto do art. 173 e seu §1º, *atividade econômica em sentido estrito*. O art. 173, *caput*, enuncia as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de *atividade econômica*. Trata-se, aqui, de atuação do Estado – isto é, da União, do Estado-membro, do Distrito Federal e do Município – como agente econômico, em área da titularidade do setor privado. *Atividade econômica em sentido amplo* é território dividido em dois campos: o do *serviço público* e o da *atividade econômica em sentido estrito*. As hipóteses indicadas no art. 173 do texto constitucional são aquelas nas quais é permitida a atuação da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios neste segundo campo. O preceito não alcança empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam *serviço público*”<sup>17</sup>.

16 GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 103.

17 STF, Tribunal Pleno – ADI 1.642/MG – Rel. Min. Eros Grau, julgado em: 03/04/2008, publicado no DJ-e de 19/09/2008 (excerto do voto condutor, destaques no original).

É no domínio da regulamentação das empresas estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito que se insere a previsão do §1º do artigo 173. O dispositivo em questão, como se sabe, prevê que “a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”.

Por sua vez, a caracterização das empresas estatais prestadoras de serviços públicos foi realizada pelo Ministro Sepúlveda Pertence em voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 83/MG:

“29. Certo, como resulta das premissas assentadas, em relação a ditas empresas estatais de serviço público, maior necessariamente será o influxo de normas de Direito Público, não obstante a sua personalidade de direito privado: a diferença aí, no entanto, não estará em serem entidades criadas e controladas pelo Estado para perseguir fins estatais – que também o são as destinadas à exploração direta de atividade econômica, instrumentos da política econômica pública.

30. O que verdadeiramente diferencia, no particular, os dois tipos de empresas estatais é a atividade desempenhada: as últimas, embora o façam na persecução de fins públicos, desenvolvem atividade econômica, mediante relações jurídicas de Direito Privado.

31. Já as empresas estatais de serviço público desempenham, por isso, mediante delegação, atividade estatal, sujeita, por isso, ao estatuto do serviço público prestado, que é matéria de Direito Administrativo, tanto que igualmente imposto às empresas de capital exclusivamente privado, quando na execução da concessão de serviço público”<sup>18</sup>.

Em razão de suas especificidades, às empresas estatais prestadoras de serviços públicos não se aplica o *caput* do artigo 173 da Constituição da República, mas, sim, o artigo 175. Esta regra, em seu *caput*, estabelece que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

18 STF, Tribunal Pleno – ADI 83/MG – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em: 24/04/1991, publicado no DJ de 18/10/1991, p.14547 (excerto do voto condutor).

Se, no que tange à exploração de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado, o propósito constitucional essencial é assegurar que a sua ocorrência se dê em caráter excepcional e em igualdade de condições com as empresas privadas que atuam no mesmo ramo, quanto à prestação de serviços públicos o objetivo é distinto.

Explicando a dicotomia em análise, Rodrigo Crelier Zambão da Silva esclarece que:

“[...] para o entendimento doutrinário em análise, o art. 175 da Constituição Federal estabeleceria um regime especial para a prestação de serviços públicos adequado à natureza e importância dessas atividades, bem como às exigências de continuidade, modicidade e qualidade, supostamente incompatíveis com a sujeição ao regime próprio das sociedades privadas”<sup>19</sup>.

Não é o objeto deste estudo esmiuçar as diferenças entre os regimes jurídicos dessas duas modalidades de empresas estatais. Cabe registrar, todavia, que a relevância da referida diferenciação tem sido questionada pela doutrina.

É o que se extrai da precisa lição de Vitor Rhein Schirato:

“A partir da década de 1980 na Europa e da década de 1990 no Brasil, houve movimentos marcantes de liberalização e privatização, no âmbito do qual, conforme já descrevemos brevemente, o Estado procurou deixar a exploração direta de atividades econômicas, passando-as aos particulares por meio da alienação do controle acionário de diversas empresas estatais, *ao mesmo tempo* em que afrouxou o caráter de exclusividade dos serviços públicos, conferindo-lhe regimes muito próximos ao regime da generalidade das atividades econômicas, a partir da inserção de concorrência, liberalização de preços, etc.

Além disso, houve atividades dantes consideradas estritamente serviços públicos que perderam, total ou parcialmente, o regime de serviço público, passando à categoria de atividades econômicas sem qualquer

---

19 “A captura das estatais pelo regime jurídico de direito público: algumas reflexões”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coordenador). *Empresas públicas e sociedades de economia mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p.243.

forma de reserva de mercado, cuja exploração dependia, quando muito, apenas de simples autorização do Estado, que se fazia devida não pelo regime da atividade, mas, sim, por razões da necessidade de algum controle estatal por conta de assimetrias intrínsecas à atividade. É o que ocorreu, no Brasil, como já mencionado, com a atividade de geração de energia elétrica, que perdeu significativamente seu caráter de serviço público.

Como resultado, o cenário que atualmente vivemos denota um momento em que parcela dos serviços públicos desempenhados diretamente pelo Estado por meio de empresas estatais foi transferida à iniciativa privada em processos de privatização, *bem como* um tempo em que diversos serviços públicos (incluindo aí diversos serviços públicos que permaneceram prestados pelo Estado por meio de suas empresas) perderam seu caráter de exclusividade, em razão de processos de liberalização que os aproximaram visivelmente das demais atividades econômicas.

Com isso, a clássica distinção operada pela doutrina entre serviços públicos e atividades econômicas perde, em certa medida, sua razão de ser, eis que o regime de uns e de outras passa, em diversos casos, a ser consideravelmente aproximado. O elemento diferenciador entre os serviços públicos liberalizados e as atividades econômicas passa a ser cada vez mais tênue, definido, muitas vezes, apenas pela obrigação imposta pelo Ordenamento Jurídico ao Estado para garantir a atividade em razão de sua essencialidade à realização dos direitos dos cidadãos, independentemente da concorrência ou não de outros agentes exploradores da mesma atividade.

O reflexo dessa realidade sobre as empresas estatais prestadoras de serviços públicos é flagrante. Tradicionalmente, a doutrina distingue o regime jurídico das empresas estatais conforme as atividades por elas empreendidas, de tal sorte que às empresas estatais prestadoras de serviços públicos seria aplicável um regime predominante de Direito público, ao passo que às empresas exploradoras de atividades econômicas seria apropriado um regime predominante de Direito privado, aproximando-as mais das empresas privadas do que do Estado.

A *ratio* da distinção seria a necessidade de conferência de benefícios

e prerrogativas especiais ao serviço público, que não seriam extensíveis às atividades econômicas. Contudo, com a aproximação cada vez maior dos serviços públicos às demais atividades econômicas, a razão da distinção perde o sentido, visto que as empresas prestadoras de serviços públicos passam, em diversos casos, a estar em regime de competição com outras empresas, em um espaço liberalizado, como ocorre com qualquer outra atividade econômica”<sup>20</sup>.

Também o Supremo Tribunal Federal tem relativizado a importância dessa classificação tradicional, conforme se observa, por exemplo, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 599.628/DF.

O feito em questão diz respeito a apelo excepcional interposto pela Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte (sociedade de economia mista prestadora do serviço público de geração e transmissão de energia elétrica), que requereu ao Pretório Excelso a sujeição de suas condenações judiciais à sistemática do artigo 100 da Constituição da República. Em defesa de tal requerimento, evocou diversos precedentes daquela Corte que reconheceram semelhante prerrogativa à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT<sup>21</sup>.

Diferentemente do que restou decidido nos paradigmas então destacados, entretanto, quanto à Eletronorte prevaleceu o entendimento de que:

“[...] os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas. Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. – Eletronor-

---

20 SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 67-69 (destaques no original).

21 A Eletronorte mencionou, por exemplo, o julgado proferido no Recurso Extraordinário nº 220.906/DF. Eis um excerto de sua ementa:

“[...]”

2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal.

[...]”.

(Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em: 16/11/2000, publicado no DJ de 14/11/2002, p.15).



te não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição)”<sup>22</sup>.

O que parece ter havido, na hipótese, foi a aproximação entre o regime jurídico de uma empresa estatal prestadora de serviço público e as regras normalmente aplicáveis às entidades administrativas exploradoras de atividade econômica em sentido estrito. Isso, tendo em vista a atuação “em regime de concorrência” e a finalidade de “distribuir lucros aos seus acionistas”.

Trata-se, enfim, de uma importante decisão, não apenas por seu caráter atual, mas, também, por haver sido proferida sob a sistemática da repercussão geral.

Vale ressaltar, entretanto, que, apesar do enfraquecimento da tradicional categorização das empresas estatais segundo a atividade desempenhada, a Lei federal nº 13.303/2016 fez uso de tais conceitos para definir o seu alcance. Essa questão será analisada na sequência.

#### **4.2 Comentário a respeito do alcance do artigo 1º, *caput*, da Lei federal nº 13.303/2016**

O artigo 1º, *caput*, da Lei federal nº 13.303/2016 apresenta o seguinte teor:

“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos”.

Entendemos que o texto normativo em questão, especialmente em sua parte final, não deixa dúvidas quanto à aplicabilidade da lei tanto às empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito quanto às prestadoras de serviços públicos.

---

<sup>22</sup> STF, Tribunal Pleno – RE 599.628/DF – Rel. para o Acórdão Min. Joaquim Barbosa, julgado em: 25/05/2011, publicado no DJ-e de 17/10/2011 (excerto da ementa).

Analisando a literalidade do dispositivo, não é difícil constatar que o legislador tratou as atividades desempenhadas em área “sujeita ao regime de monopólio da União” ou de “prestação de serviços públicos” como espécies do gênero exploração de “atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”.

Ora, conforme apontado supra, semelhante opção legislativa é consentânea com o conceito de *atividade econômica em sentido amplo*.

Em outras palavras – e isso é fundamental para compreender adequadamente o alcance do diploma normativo em análise –, a Lei de Responsabilidade das Estatais não foi editada com o exclusivo propósito de regulamentar o § 1º do artigo 173 da Constituição da República.

Na verdade, o diploma normativo considerado, ao delimitar seu âmbito de incidência, optou por abarcar tanto as empresas estatais que – segundo a posição tradicional – estão sujeitas ao artigo 173 da Lei Maior, quanto aquelas que devem observância ao artigo 175.

Por conseguinte, pensamos que a regra de abertura da Lei federal nº 13.303/2016 permite afirmar que as empresas estatais prestadoras de serviços públicos se submetem ao cumprimento da novel legislação.

#### **4.3 Da constitucionalidade da abrangência conferida à lei em análise**

Como visto até este momento, a Lei federal nº 13.303/2016 não se limitou a veicular o estatuto jurídico das empresas estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito.

Na verdade, a lei em questão foi além e disciplinou, também, alguns aspectos do regime jurídico das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, que se submetem, segundo a categorização tradicional, ao artigo 175 da Lei Maior.

À vista dessa constatação, torna-se relevante, ainda que brevemente, investigar a higidez dessa opção legislativa.

Desde já, é possível adiantar que não vislumbramos inconstitucionalidade na abrangência conferida à Lei de Responsabilidade das Estatais.

No que tange às empresas que exercem atividade econômica em sentido estrito, evidentemente, não cabe questionar o seu enquadramento no diploma normativo, eis que expressamente autorizado pelo artigo 173, §1º, da Lei Maior.

Quanto às sociedades prestadoras de serviços públicos, entretanto, o fundamento constitucional para a novel legislação deve ser buscado em outros dispositivos.

Inicialmente, cabe registrar que, embora a Constituição tenha determinado o estabelecimento, por lei, do estatuto jurídico das empresas estatais e suas subsidiárias que exploram atividade econômica em sentido estrito (artigo 173, §1º), a Lei Maior não impediu a fixação de um regime jurídico uniforme entre tais sociedades e aquelas voltadas à prestação de serviços públicos.

A isso, vale acrescentar que o *caput* do artigo 175 da Carta Magna é expresso ao prever que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, na forma da lei, que, conforme disposto no parágrafo único, inciso I, daquela regra, disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias.

Diante dessa previsão constitucional, o legislador ordinário está autorizado a reger, de forma geral, as concessões e permissões de serviços públicos<sup>23</sup> e, também, a disciplinar a forma como suas entidades descentralizadas deverão ser estruturadas para prestar os serviços públicos de que forem incumbidas.

Todavia, mesmo que se afirme que o artigo 175 da Constituição da República visaria a disciplinar, apenas, o estatuto jurídico da prestação de serviços em geral, existem outras normas constitucionais aplicáveis à espécie.

Nesse sentido, vale destacar que a Lei de Responsabilidade das Estatais é dividida em dois títulos principais.

O Título I compreende os artigos 1º a 27 e encerra normas relativas, essencialmente, à criação e governança das empresas estatais, com especial ênfase para o funcionamento dos órgãos estatutários.

---

23 Como fez, por exemplo, ao editar a Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, ou a Lei federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

O Título II, por sua vez, abrange, entre os artigos 28 a 90, regras relativas às licitações (Capítulo I), aos contratos (Capítulo II) e à fiscalização das empresas estatais pelo Poder Público e pela sociedade (Capítulo III).

Ora, as normas inseridas no Título I nada mais são do que regras especiais de direito comercial aplicáveis às empresas estatais e suas subsidiárias. A possibilidade de regulamentação também quanto às prestadoras de serviços públicos parece decorrer, assim, da competência legislativa privativa da União a respeito (artigo 22, inciso I, da Constituição da República)<sup>24</sup>.

Da mesma maneira, no que tange às regras do Título II atinentes a licitações e contratos, cabe recordar que a Lei Maior, em seu artigo 22, inciso XXVII, confere à União competência para editar normas gerais a respeito da matéria<sup>25</sup>.

Finalmente, as normas previstas no Título II, atinentes à fiscalização das empresas pelo Estado e pela sociedade, apresentam, em parte, (i) cunho de direito financeiro (artigos 85 a 88), inseridas, portanto, na esfera da competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal<sup>26</sup>; (ii) de demonstração da higidez de procedimentos de licitações e contratos (artigos 86 e 88); e (iii) de exercício do poder de tutela (artigos 89 e 90), que dizem respeito à autonomia das sociedades criadas com base na legislação comercial.

Enfim, do quanto exposto a respeito dessa questão, pensamos ser possível concluir que a opção do legislador ordinário pela inserção, na Lei federal nº 13.303/2016, das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, possui adequado embasamento constitucional.

---

24 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

25 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

“XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

26 Artigo 24, inciso I, da Lei Maior.

#### **4.4. Da importância dos critérios histórico e finalístico para interpretar o artigo 1º da Lei de Responsabilidade das Estatais**

À vista dos argumentos desenvolvidos, concluímos que a aplicação da Lei federal nº 13.303/2016 tanto às empresas estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito quanto àquelas que prestam serviços públicos possui fundamento (i) na literalidade do artigo 1º da lei em análise, que estabelece a já reafirmada relação de gênero e espécie; (ii) no conteúdo conferido pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aos conceitos de atividade econômica (nos sentidos estrito e lato) e de serviços públicos; (iii) no enfraquecimento da tradicional categorização das empresas estatais segundo a atividade desempenhada; e (iv) na possibilidade constitucional da fixação de um regime uniforme para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito e para as prestadoras de serviços públicos.

Todavia, mesmo que remanescesse alguma dubiedade a respeito da questão, entendemos que a aplicação da Lei federal nº 13.303/2016 quanto a todas as empresas estatais pode ser extraída, também, de interpretações de cunho histórico e finalístico.

No que tange à interpretação de cunho histórico, vale recordar, de início, que a lei em questão decorreu da aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 555, de 2015, que foi uma proposição legislativa elaborada por Comissão Mista do Congresso Nacional.

O resultado dos trabalhos de tal comissão consta do Relatório nº 1, de 2015-CN, publicado na edição de 26 de agosto de 2015 do Diário do Senado Federal.

Em seu início, o relatório esclarece que o projeto de lei resultou da análise de outras proposições legislativas existentes, entre as quais o Substitutivo ao Projeto de Lei nº 167, de 2015, de autoria do Senador Tasso Jereissati<sup>27</sup>.

---

27 Eis o excerto do Relatório que informa a respeito:

“Como base do trabalho desenvolvido por este Relator foi utilizado o texto de excelência inquestionável que já se encontrava em trâmite no Senado Federal: trata-se do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 167, de 2015, de autoria do Senador Tasso Jereissati. Além desta proposição, busquei privilegiar também os termos de outros projetos de lei em trâmite no

Também no Relatório nº 1, de 2015-CN, consta importante esclarecimento a respeito da redação do artigo 1º da proposição legislativa:

“Inicialmente é feita a delimitação do âmbito de aplicabilidade das disposições legais trazidas pelo projeto. Nos termos do artigo 1º, as normas previstas no Projeto de Lei serão aplicadas a toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive as que exploram atividade econômica em sentido estrito, as que prestam serviços públicos e as que exploram atividade econômica sujeita ao regime de monopólio da União. A esse dispositivo, cuja redação já constava do Substitutivo do Senador Tasso Jereissati, acresci ainda um parágrafo único” (grifamos).

Assim, para a adequada compreensão do histórico do artigo 1º da Lei federal nº 13.303/2016, é necessário investigar o Substitutivo ao Projeto de Lei nº 167, de 2015.

Em sua redação original, o Projeto de Lei do Senado nº 167, de 2015, apresentado pelo Senador Roberto Requião, alcançava, somente, “as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as respectivas subsidiárias destinadas à exploração de atividade econômica de produção ou de comercialização de bens ou de prestação de serviços”<sup>28</sup>.

Em parecer apresentado perante a Comissão de Assuntos Econômicos, entretanto, o Senador Tasso Jereissati ponderou o seguinte:

“Inicialmente, cabe ressaltar que julgamos imprescindível modificar o art. 1º ao Projeto, com o objetivo de estabelecer que o estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista abrange toda e qualquer empresa pública ou sociedade de economia mista, em todas as esferas de governo, inclusive as que exploram atividade econômica em sentido estrito, as que exploram serviços públicos e as que exploram atividade sujeita ao monopólio da União.

---

Congresso Nacional, uma vez que eles revelam que o tema é fonte de preocupação comum a diversos Parlamentares. Nesse sentido, o Anteprojeto assinado pelos Excelentíssimos Presidentes da Câmara dos Deputados, Sr. Eduardo Cunha, e do Senado Federal, Sr. Renan Calheiros, quando da inauguração desta Comissão, e o PLS nº 343, de 2015, de autoria do Senador Aécio Neves, foram guias e referências constantes da elaboração do projeto de lei que agora lhes apresento”.

28 É o que constava do §1º do artigo 1º.

[...]

A localização do dispositivo que prevê a edição do estatuto jurídico das empresas estatais no § 1º do art. 173 não implica restringir a lei que o regulamente às empresas estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito (previstas no caput do art. 173). Nada obsta que também alcance as empresas estatais que exploram as demais atividades previstas nos artigos da Constituição, principalmente aqueles situados no Título da Ordem Econômica e Financeira.

Vale lembrar que o fundamento constitucional para a edição da lei de defesa da concorrência (Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011) está situado no § 4º do mesmo art. 173, cujo texto diz 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. Esse dispositivo constitucional não abrange somente as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, mas é aplicável a todos os agentes econômicos atuantes nos diferentes mercados”.

O parecer em questão deixa clara a intenção de submeter aos termos da lei “toda e qualquer empresa estatal que explore atividade econômica em sentido amplo”, inclusive, “as empresas estatais que exploram as demais atividades previstas nos artigos da Constituição, principalmente aqueles situados no Título da Ordem Econômica e Financeira”.

Conquanto o enunciado do artigo 1º do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 167, de 2015<sup>29</sup> difira um pouco do artigo 1º da Lei federal nº 13.303/2016, não vislumbramos diferenças substanciais entre eles.

Ademais, a finalidade declarada pelo Relatório nº 1, de 2015-CN (que – peço licença para repetir – deu causa ao PLS 555/2015) era, exatamente, manter a linha que já havia sido adotada no Substitutivo ao PLS 167/2015.

---

29 Eis o artigo 1º do Substitutivo ao PLS 167/2015:

“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive as que exploram atividade econômica em sentido estrito, as que prestam serviços públicos e as que exploram atividade econômica sujeita ao regime de monopólio da União”.

Esses elementos permitem, a nosso ver, afirmar que a interpretação histórica do artigo 1º da Lei federal nº 13.303/2016 indica que tal diploma normativo deve ser aplicado a toda e qualquer empresa pública ou sociedade de economia mista.

A interpretação histórico-finalística da lei em questão conduz para a mesma conclusão.

Quanto ao ponto, como foi afirmado neste estudo, a Lei de Responsabilidade das Estatais tem por finalidade promover valores como probidade, transparência, eficiência e impessoalidade e tal propósito, conforme destacado anteriormente, deve ser considerado como um vetor interpretativo fundamental.

Isso, num contexto histórico e social marcado por graves suspeitas de malfeitos administrativos que teriam como sede empresas estatais federais e, também, em que a sociedade demanda serviços públicos com maior qualidade e com custos mais acessíveis aos cidadãos.

Por conseguinte, ao se deparar com uma questão controvertida na Lei federal nº 13.303/2016, cabe ao aplicador da norma realizar uma interpretação histórico-finalística do diploma legal, privilegiando, tanto quanto possível, a solução que viabilizar a mais ampla realização dos valores em questão no âmbito das sociedades empresárias controladas pelo Estado.

Na hipótese, a aplicação do diploma normativo em tela às empresas estatais que prestam serviços públicos importará a sujeição de tais sociedades a um rigoroso padrão de governança societária, que tem o potencial de resguardar os cofres públicos contra abusos, desvios e ineficiências e, também, qualificar a atuação do Estado-empresário<sup>30</sup>.

Além disso, a adoção das regras de licitações e contratos presentes na Lei de Responsabilidade das Estatais<sup>31</sup> permitirá – no dizer do parecer do Senador Tasso Jereissati ao PLS 167/2015 – “tornar as licitações das empresas estatais mais rápidas e eficientes, preservando as exigências

---

30 É quanto decorre do Título I da lei.

31 As normas que dizem respeito à matéria estão no Título II do diploma normativo em análise.



de transparência e acompanhamento pelos órgãos de controle interno e externo”<sup>32</sup>.

À vista de tais ponderações, consideramos que os elementos históricos e teleológicos atinentes à lei em questão reforçam ainda mais a orientação proposta neste estudo a respeito da abrangência da Lei de Responsabilidade das Estatais.

Por conseguinte, concluímos que a Lei federal nº 13.303/2016 alcança, indistintamente, as empresas estatais que exercem atividade econômica em sentido estrito e aquelas que prestam serviços públicos.

Vale notar, finalmente, que essa é a orientação da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo a respeito do tema<sup>33</sup>.

#### **4.5. Da sujeição dessa matéria ao Supremo Tribunal Federal**

Cabe registrar, entretanto, que a palavra final a respeito dessa polêmica será dada pelo Supremo Tribunal Federal, possivelmente, quando for julgada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.624.

Com efeito, a ação em tela – que foi proposta pela Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal – FENAEF e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro – CONTRAF/CUT – apresenta, entre outros argumentos, a alegação de inconstitucionalidade material da Lei de Responsabilidade das Estatais no que concerne à sua aplicação às empresas estatais prestadoras de serviços públicos<sup>34</sup>.

32 A importância dos dispositivos presentes do PLS 167/2015 a respeito do tema é reconhecida no Relatório nº 1, de 2015-CN, que esclarece o seguinte:

“As normas que dizem respeito às licitações e contratos, em sua essência, não inovam quanto ao texto do Projeto de Lei do Senador Tasso Jereissati, apenas foram aperfeiçoadas com a colaboração de técnicos do Tribunal de Contas da União e com sugestões enviadas pela Petrobras, além de outras colhidas nas audiências públicas realizadas no âmbito desta Comissão”.

33 Isso, tendo em vista a aprovação do Parecer PA nº 79/2016 e do Parecer GPG-AEF nº 08/2016 pela Chefia da instituição.

34 No momento de conclusão deste estudo, a ação já havia sido submetida ao rito do artigo 10 da Lei federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, não tendo ocorrido, entretanto, decisão a respeito do pedido cautelar formulado pelos autores.

## No dizer da petição inicial,

“[...] empresas estatais que não explorem atividades econômicas *não devem* estar sujeitas a essa Lei, mas às regras aplicáveis aos entes da administração indireta, segundo suas próprias leis de criação, e normas gerais, como a Lei de Licitações, em atendimento, inclusive, ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual *não se aplica* o art. 173, § 1º às empresas estatais que prestam serviço público em regime de monopólio, mas *apenas* às empresas que exploram atividade econômica em sentido estrito, ou seja, com concorrência com o mercado”<sup>35</sup>.

Pelas razões expostas no presente estudo, entretanto, consideramos tal alegação descabida, eis que, como visto, o legislador não estava impedido de estabelecer um regime jurídico uniforme para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito e para as prestadoras de serviços públicos.

Discordando das considerações presentes em tal petição inicial, a manifestação da Advocacia-Geral da União apresentou argumentos que, a nosso sentir, são lapidares:

“Cumpro notar, a propósito, que as atividades desempenhadas pelas empresas estatais sob o regime de monopólio ou caracterizadas como serviços públicos também se revestem de conteúdo econômico, o que afasta o argumento das requerentes de que seria necessário restringir o alcance da lei impugnada.

De qualquer modo, eventual classificação doutrinária que diferencie as empresas estatais em determinadas espécies não impede o legislador de estabelecer normas aplicáveis a todas essas pessoas jurídicas, as quais se identificam por diversas características. Tanto na exploração de atividade econômica em sentido estrito, quanto na prestação de serviço público por tais empresas, verifica-se a presença, ainda que de forma indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios no setor de serviços e bens com conteúdo econômico, razão pela qual o regime a ser aplicado às referidas empresas deve, ao menos em parte, ser o mesmo. Em síntese, não há impedimento constitucional à edição de diretrizes legais básicas que sejam simultaneamente aplicáveis a todas as empresas estatais.

---

35 Destaques no original.

Isso se verifica, por exemplo, no que diz respeito às regras legais que impõem a profissionalização dos dirigentes das empresas estatais, assim como das disposições relacionadas aos instrumentos de transparência e governança dessas pessoas jurídicas (artigos 6º a 8º e 14 a 17 da Lei nº 13.303/2016). Não se justifica, com efeito, segmentar as estatais em dois grupos quanto à incidência de tais regramentos, dado que, em qualquer dos casos, é necessário que as empresas estatais atuem com eficiência, a fim de que possam atender ao interesse público que justificou sua instituição”.

Nesses termos, na linha dos argumentos expostos neste estudo, é de se esperar a improcedência da ação direta nesse ponto, eis que carente de suporte constitucional suficiente a embasar a pleiteada declaração de inconstitucionalidade.

## 5. Conclusão

Conforme apontado anteriormente, a intertemporalidade da Lei federal nº 13.303/2016 deve ser analisada com cautela, eis que suas disposições não estão sujeitas a um critério uniforme para início da obrigatoriedade de cumprimento.

Já no que concerne às entidades empresariais alcançadas pela lei, não temos dúvida ao afirmar que ela alcança, indistintamente, as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito e as prestadoras de serviços públicos, mesmo nas situações em que estas não atuam sob regime de concorrência com o setor privado.

À parte das considerações estritamente jurídicas, vale registrar que a Lei de Responsabilidade das Estatais representa mais um capítulo da tradição brasileira de tentar mudar a realidade por meio da atividade legiferante.

São evidentes as boas intenções de tal diploma normativo e é preciso reconhecer que o seu cumprimento poderá trazer relevantíssimos frutos civilizatórios, colocando-o ao lado de normas como a Lei de Improbidade Administrativa<sup>36</sup> e a Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>37</sup>.

---

36 Lei federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992.

37 Lei Complementar federal nº 101, de 04 de maio de 2000.

Adotamos na íntegra, entretanto, as considerações abaixo de Marçal Justen Filho, presentes na apresentação de obra doutrinária voltada a analisar a nova legislação:

“Não existe nenhuma garantia de que a Lei 13.303/2016 produzirá todos os resultados pretendidos. As propostas de combate à corrupção e à ineficiência poderão revelar-se como mais uma proposta ilusória. O grande problema reside, no entanto, em que um cenário dessa ordem conduzirá ao exaurimento do modelo. Se não for viável um modelo jurídico que assegure a atuação apropriada e satisfatória das empresas estatais, a alternativa restante será a sua extinção”<sup>38</sup>.

De fato, caso não se tenha êxito em aprimorar a atividade empresarial estatal, preservando-a de desvios na probidade, ingerências político-partidárias e ineficiência, o caminho natural parece ser a progressiva retirada do Poder Público desse setor, transferindo-se a atividade hoje desempenhada por empresas estatais para suas congêneres da iniciativa privada.

## Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. São Paulo: Forense, 2017.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal (organizador). *Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. “*Dois polêmicas da nova lei de responsabilidade das empresas estatais: conflito federativo e direito intertemporal*”. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publical/>

---

38 JUSTEN FILHO, Marçal (organizador). *Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.11.

justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/duas-polemicas-da-nova-lei-de-responsabilidade-das-empresas-estatais-conflito-federativo-e-direito-intertemporal-3lzym9s4gpos25w70xdeevxj. Acesso em: 11 de junho de 2017.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no direito administrativo econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Rodrigo Crelier Zambão da. “A captura das estatais pelo regime jurídico de direito público: algumas reflexões”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coordenador). *Empresas públicas e sociedades de economia mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 237-264.

# A OBRIGATORIEDADE CONSTITUCIONAL DE LICITAR E A APLICAÇÃO DE *ASTREINTES* NA TUTELA JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE

Fernando Henrique Médici<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 – Introdução. 2 – O direito à saúde e o regime constitucional da licitação. 3 – A decisão judicial e os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação. 4 – A licitação como justa causa de não aplicação da multa processual e a inexigibilidade de conduta diversa do Administrador Público. 5 – Conclusão. Bibliografia.

---

## 1. Introdução

A judicialização do direito à saúde tem ganhado corpo nos últimos anos, seja pelo incremento substancial do número de ações judiciais promovidas em face do Estado, seja pelo aumento do ônus orçamentário decorrente do cumprimento das tutelas judiciais deferidas nestas ações.

Somente a título de exemplo, segundo dados divulgados pela Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, entre 2010 e 2015 foram propostas contra o ente federado quase oitenta mil demandas judiciais<sup>2</sup>.

---

1 Procurador do Estado de São Paulo. Ex-Analista Judiciário junto ao Supremo Tribunal Federal. Especialista em Direito Tributário Constitucional pelo Centro Universitário Toledo – Araçatuba/SP.

2 Reportagem publicada no sítio eletrônico da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.saude.sp.gov.br/ses/perfil/cidadao/homepage/destaques/sp-cria-ofensiva-para-combater-judicializacao-da-saude>. Acesso em: 8 de agosto de 2016.

A quantidade de ações praticamente duplicou entre o início e o fim do levantamento (9.385 ações em 2010 e 18.045 ações em 2015), sendo que atualmente o custo do Estado de São Paulo com o atendimento de demandas judiciais, estimado em um bilhão de reais, superou o orçamento anual destinado ao fornecimento de medicamentos pela rede pública de saúde (600 milhões de reais).

Esta nova realidade surgida da judicialização do direito à saúde tem-se apresentado como um desafio ao gestor público. Se por um lado este é responsável pelo cumprimento efetivo e útil das determinações judiciais, de modo que o bem da vida seja entregue ao cidadão/autor no tempo necessário ao tratamento eficaz de suas moléstias, por outro é instado a promover o gasto público com eficiência, economicidade e obediência às normas constitucionais e legais pertinentes.

Em outros termos, estabeleceu-se um aparente dilema de responsabilização, no qual o ente público e o gestor da área de saúde podem ser simultaneamente cobrados, no âmbito judicial, pela demora no atendimento das tutelas de urgência, com a imposição de sanções processuais ou medidas de coerção indireta, e, no âmbito administrativo, pelo descumprimento do regramento que normatiza a realização do gasto público, constantemente verificada pelos órgãos de controle externo (Ministério Público e Tribunais de Contas).

Um dos pontos de tensão relacionados ao tema diz respeito à legitimidade da condenação estatal ao pagamento de multa processual cominatória (*astreintes*) quando a demora no cumprimento de ordem judicial for ocasionada pela observância ou por alguma intercorrência surgida no processo licitatório.

O presente trabalho tem por objetivo consignar a importância jurídica do instituto da licitação, sob a perspectiva da sua regulação constitucional e legal, bem assim estabelecer posição a respeito do aparente conflito entre a tutela efetiva do direito à saúde e a imprescindibilidade do processo licitatório para a aquisição de bens e serviços pela Administração Pública, de modo que este possa ser considerado como justa causa para a não aplicação da multa processual prevista no art. 537 do Código de Processo Civil de 2015.

## 2. O direito à saúde e o regime constitucional da licitação

Muito tem se discutido na doutrina brasileira a respeito da possibilidade de exigência judicial de prestações atreladas aos direitos sociais, perante a sua qualificação como direitos fundamentais subjetivos, bem assim sobre a necessidade de intermediação legislativa para a sua exigência plena. Nas palavras de Paulo Gonet Branco:

Há normas constitucionais, relativas a direitos fundamentais, que, evidentemente, não são autoaplicáveis. Carecem da interposição do legislador para que produzam todos os seus efeitos. As normas que dispõem sobre direitos fundamentais de índole social, usualmente, têm a sua plena eficácia condicionada a uma complementação pelo legislador. É o que acontece, por exemplo, com o direito à educação, como disposto no art. 205 da Lei Maior, ou com o direito ao lazer, de que cuida o art. 6º do Diploma<sup>3</sup>.

No mesmo sentido o Professor José Afonso da Silva:

A regra é que as normas definidoras de direitos e garantias individuais sejam de aplicabilidade imediata. Mas aquelas definidoras de direitos sociais, culturais e econômicos nem sempre o são, porque não raro dependem de providências ulteriores que lhes complementem a eficácia e possibilitem sua aplicação<sup>4</sup>.

Por sua vez, na esfera jurisprudencial, percebe-se que a posição dominante é tendente a conferir maior aplicabilidade/efetividade aos direitos sociais, permitindo a sua exigibilidade judicial no caso de omissão injustificada do Poder Público.

Dentre estes, goza de status diferenciado de proteção o direito de acesso à saúde, diante da fórmula de garantia estabelecida no art. 196 da Constituição Federal (a saúde é direito de todos e dever do Estado), que já foi qualificada pelo Supremo Tribunal Federal como prerrogativa constitucional indisponível<sup>5</sup>.

3 MENDES Gilmar *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 329.

4 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.180.

5 AI nº 734.487-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, julgado em: 3/8/10, Segunda Turma, publicado no Dje de 20/8/10.



Com a abertura interpretativa conferida ao dispositivo constitucional pelo Poder Judiciário, a exigência judicial de prestações subjetivas individuais tem ganhado corpo, sobrepondo-se paulatinamente às políticas públicas coletivas afetas à área da saúde.

Muito embora ambas, teleologicamente, busquem atender ao desígnio constitucional de proteção à saúde do cidadão, há diferença importante no que concerne à racionalidade de sua implementação, sob a perspectiva da universalidade e igualdade de atendimento, da eficiência administrativa e da economicidade do gasto público (arts. 196, 37 e 70 da Constituição Federal).

Tomando como exemplo o dever de fornecimento de medicamentos, tem-se que a incorporação de certo produto farmacêutico pelo Sistema Único de Saúde é realizada com lastro nos princípios acima destacados. Colhe-se da Lei Federal nº 12.401/2011, que deu nova redação à Lei Federal nº 8.080/1990:

Art. 19-Q (...)

(...)

§ 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;

II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

Por outro lado, o modelo judicial de acolhimento das prestações subjetivas individuais, ainda que fundado no dever estatal de promoção do direito à saúde, tem se mostrado insensível a estes outros aspectos constitucionais, apesar das tentativas de orientação e racionalização promovidas por setores do Poder Judiciário<sup>6</sup>. Emanam com regularidade

---

<sup>6</sup> Observa-se que o Conselho Nacional de Justiça já realizou duas Jornadas em Direito de

de ordens judiciais para o fornecimento de medicamentos identificados por marcas comerciais específicas, tanto quanto é refutada, com regularidade, a substituição do tratamento prescrito por médico particular por outro disponibilizado gratuitamente pelo SUS, com idêntica eficácia.

Dentro desse contexto maior, de necessidade de harmonização entre os direitos fundamentais e os preceitos constitucionais incidentes sobre a coisa pública, é que se ressalta a importância do processo licitatório como elemento de racionalização da gestão dos recursos públicos da saúde.

Pretende-se demonstrar, ainda que de maneira sucinta, a não incongruência entre a tutela efetiva do direito à saúde e o dever de observância do processo licitatório.

A previsão constitucional referente ao processo licitatório encontra agasalho no capítulo destinado à Administração Pública, mais especificamente no art. 37, XXI, da Lei Maior, cujo teor é o seguinte:

Art. 37(...)

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Em alinhamento ao princípio da unidade da Constituição, nota-se que a obrigação de licitar goza de idêntica dignidade em relação às demais normas constitucionais, não podendo ser relegada pelo intérprete, *a priori*, a um nível inferior de hierarquia ou tida como de menor envergadura.

Surgem diuturnamente no mundo da vida situações conflituosas nas quais o Poder Judiciário será provocado a dirimir o aparente conflito

---

Saúde, com a edição de enunciados que orientam a atuação judicial nas lides de saúde. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoef/forum-da-saude>. Acesso em: 10 de agosto de 2016.

desta disposição constitucional e o direito de acesso efetivo às prestações de saúde.

No entanto, a pretexto de compatibilizar as normas constitucionais contrastantes, não é dado ao aplicador nulificar o conteúdo de um dos preceitos envolvidos na ponderação sob o pretexto de privilegiar a aplicação do outro. Segundo Inocêncio Martins Coelho, citando as lições de Konrad Hesse:

(...) o princípio da harmonização ou da concordância prática consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum<sup>7</sup>.

Vale o destaque de que o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de enfrentar o tema da necessidade de observância da licitação para a aquisição de medicamentos. No julgamento do ARE 709.820/DF, reconheceu-se a inconstitucionalidade de lei distrital que permitia ao usuário do SUS o reembolso pelo Estado do gasto com a aquisição particular de medicamentos, por ofensa ao princípio da obrigatoriedade da licitação<sup>8</sup>. No mesmo sentido, muito embora não fosse o objeto principal da ação, a medida cautelar deferida na ADI nº 4.105/DF, que

7 MENDES, Gilmar *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 174/175.

8 “No tocante ao vício material apontado pelo acórdão recorrido, referente à desobediência ao princípio da obrigatoriedade de licitação para aquisição de medicamentos, esta Corte já firmou o entendimento no sentido da exigibilidade de certame licitatório para contratações referentes à prestação de serviços públicos oferecidos pela Administração Pública direta ou indireta, para garantir a igualdade de condições e oportunidades para aqueles que pretendem contratar com a Administração, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição.

É que a licitação é um procedimento com vistas à satisfação do interesse público, que tem por objetivo possibilitar à Administração realizar o negócio mais vantajoso e assegurar, aos administrados interessados em contratar com a Administração, a oportunidade de concorrerem em igualdade de condições.

Desse modo, a previsão da legislação impugnada que permite ao paciente, sob seu critério, adquirir medicamentos diretamente dos estabelecimentos comerciais, tendo garantido o ressarcimento, pelo Poder Público, do valor dispendido mediante apresentação de cupom fiscal da compra afronta os princípios da isonomia e da igualdade entre todos aqueles que pretendem acesso a contratações com a administração” (ARE 709.820/DF, decisão monocrática, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 28/05/14, g.n.).

suspendeu portaria do Ministério da Saúde que violava o princípio da reserva de legislação ao criar novos requisitos a serem observados pelos entes federados nas licitações para a compra de medicamentos.

Por isso, a observância do processo licitatório pelo ente público incumbido do cumprimento da ordem judicial dada para a tutela do direito à saúde não pode ser considerada como ilegítima.

Toda construção normativa ou pretoriana que afaste, *a priori*, este imperativo não guarda consonância com a Constituição Federal, tendo em vista a necessidade de preservação do conteúdo mínimo da disposição.

O afastamento, se necessário, somente é justificável no plano da concretude, por questões de urgência ou risco de ineficácia absoluta da tutela jurisdicional, sendo que não é a generalidade das demandas de saúde que atendem estes requisitos. Diga-se, em suplemento, que o próprio regime legislativo das licitações já possui ferramentas jurídicas para o atendimento destes casos excepcionais.

Não obstante, a despeito da configuração constitucional da obrigatoriedade da licitação, parte das decisões judiciais dadas nas lides de saúde tem simplesmente ignorado esta realidade, sob a bandeira da máxima efetividade dos direitos fundamentais e do tratamento equivalente de todas as pretensões fundadas no direito à saúde.

Tal situação ainda provoca maior preocupação quando, além da oneração estatal com o atendimento das determinações judiciais, soma-se a imposição de sanções processuais decorrentes de um suposto descumprimento injustificado, gerado pela observância do processo licitatório. Destaca-se, dentre as sanções processuais usualmente aplicadas ou dos meios indiretos de coerção ao cumprimento da obrigação, a multa processual cominatória (*astreintes*).

Sob a ótica estritamente constitucional, a multa cominatória revela-se como o meio de efetivação da tutela jurisdicional menos compatível com a Constituição Federal e com o regime jurídico da coisa pública nela inscrito.

Inicialmente, ressalvadas posições em contrário, ao menos nas lides de saúde, a utilização da multa como meio de coerção é a que guarda menos afinidade com o princípio da proporcionalidade.

Sob o prisma do subprincípio da necessidade, tem-se que ela não se presta diretamente a tornar concreto o bem da vida perseguido em juízo, sendo mais gravosa em contraposição a outros meios alternativos de efetivação das tutelas jurisdicionais. Nesse sentido, Paulo Bonavides destaca que “*de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão*”<sup>9</sup>, aqui encarados na dimensão coletiva (interesse público).

Já sob a ótica do subprincípio da proporcionalidade estrita, verifica-se que a multa provoca uma oneração patrimonial adicional ao Estado, em prejuízo ao erário, cuja destinação, ressalvados casos excepcionais (ex. art. 214 do ECA), é o patrimônio particular do demandante e não se presta a reparar eventuais danos. Ademais, seu pagamento, obrigatoriamente, será efetuado sob o regime de precatórios ou das obrigações de pequeno valor, na forma do art. 100 da Lei Fundamental, desfalecendo o seu caráter coercitivo ou inibitório<sup>10</sup>.

Por fim, quando a multa processual, estatuída pela legislação infra-constitucional, é colocada em contraste com a necessidade de observância do princípio licitatório, o intérprete há que dar prevalência a esta segunda disposição, tendo em vista o seu status de norma constitucional.

Por isso, a premência de efetivação do direito à saúde, em tempo útil ao tratamento eficaz do cidadão, não tem o condão, por si só, de legitimar a cobrança da multa processual cominatória, quando não esgotados os meios alternativos, menos gravosos, de efetivação da tutela jurisdicional, ou quanto esteja o ente público promovendo os atos necessários ao cumprimento da ordem por meio do respectivo processo de licitação.

### **3. A decisão judicial e os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação**

Caracterizado o status constitucional do princípio da obrigatoriedade da licitação, cabe uma reflexão adicional sobre a concreção deste

9 MENDES, Gilmar *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 397.

10 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 168.

princípio no âmbito infraconstitucional, em especial sobre as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade das licitações, bem assim o enquadramento da decisão judicial como causa de aplicação de um ou outro instituto.

É certo que a previsão sagrada no art. 37, XXI, da Lei Maior traz em seu conteúdo o dever de observância do processo de licitação como diretriz primária de atuação dos poderes constituídos, nos respectivos âmbitos de competência, gerando mandamentos constitucionais legislativos (regulação do processo licitatório, proteção da proibidade administrativa, mandados de criminalização), administrativos e judiciais (resguardo da eficácia das normas constitucionais e legais).

Todavia, pela própria disposição constitucional, restou ao legislador infraconstitucional estabelecer as exceções à obrigatoriedade da licitação, por meio de legislação ordinária, com vistas a acomodar situações excepcionais.

As duas principais fórmulas de exclusão da licitação são a dispensa e a inexigibilidade, consagradas na Lei Federal nº 8.666/1993. Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, acerca da possível conceituação dos institutos:

Certamente em atenção à diversidade de hipóteses em que é cabível a adjudicação direta, isto é, a eleição da contraparte independentemente de licitação, a Lei nº 8.666 tanto prevê casos de dispensa de licitação (art. 24) quanto de sua inexigibilidade (art. 25).

Em tese, a dispensa contempla hipóteses em que a licitação seria possível; entretanto, razões de tomo justificam que se deixe de efetuar-la em nome de outros interesses públicos que merecem acolhida. Já a inexigibilidade resultaria da inviabilidade de competição, dada a singularidade do objeto ou do ofertante, ou mesmo – deve-se acrescentar – por falta dos pressupostos jurídicos ou fáticos da licitação não tomados em conta no arrolamento dos casos de licitação dispensável<sup>11</sup>.

---

11 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 554/555

Quando se analisa a legislação infraconstitucional que trata do processo licitatório, tem-se que não há previsão normativa expressa que enquadre automaticamente a decisão judicial dada na demanda de saúde em alguma das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade – no capítulo anterior foi destacada a não equivalência abstrata de todas as pretensões fundadas no direito à saúde, já que incompatível com o princípio da harmonização ou concordância prática das normas constitucionais.

No que tange à inexigibilidade, o enquadramento dependeria essencialmente da singularidade do objeto perseguido em juízo, do fornecedor do bem ou do prestador de serviços, a exemplo da condenação estatal ao fornecimento de medicamento específico (insubstituível em sua eficácia terapêutica) ou à realização de procedimento médico cuja expertise é de apenas uma instituição ou profissional.

Nestes casos, como dito, é o conteúdo da obrigação ou os pressupostos materiais de seu cumprimento que levam à decretação da inexigibilidade, por ausência de viabilidade de competição.

No que concerne à dispensa de licitação, por vezes o Poder Judiciário, ou até mesmo o administrador público, utilizam-se da contratação emergencial prevista no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/1993, como elemento justificador para a não realização da licitação. É o teor do preceito:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

Contudo, do mesmo modo que a inexigibilidade, à falta de hipótese legal expressa que dispensa a licitação para o cumprimento de ordens judiciais, a realização ou não do procedimento depende da caracterização

da situação fática como caso emergencial ou presente risco de ineficácia absoluta da tutela jurisdicional, não se prestando para tal fim a enunciação meramente formal da urgência. Em trabalho específico sobre o tema, Murilo Giordan Santos afirma que:

Devido ao extenso rol de direitos fundamentais encartados na Constituição Federal, essas condenações implicam obrigações diversas para a administração pública, como o fornecimento de medicamentos não contemplados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), a realização de cirurgias médicas(...).

De fato, muitas dessas medidas requerem a contratação de bens, obras ou serviços para que a administração possa cumprir a condenação que lhe foi imposta pelo Judiciário. (...)

Ao mesmo tempo, muitas dessas condenações determinam o cumprimento imediato ou em prazo exíguo de seus comandos, sob pena de multa pecuniária, justamente sob o fundamento da “urgência” que a medida requer. Por essa razão, muitos gestores públicos se socorrem à contratação emergencial para promover a contratação de bens, obras e serviços necessários para o cumprimento da condenação judicial. (...)

No entanto, a simples existência de uma decisão judicial determinando medidas administrativas para a concretização de direitos fundamentais não pode servir como causa única e suficiente para a utilização da contratação emergencial. Na verdade, por ser uma das hipóteses de dispensa de licitação, a contratação emergencial só poderá ser utilizada nos casos taxativamente previstos em lei que, por sua vez, não contemplam as decisões judiciais como uma de suas causas ensejadoras. Em outras palavras, o cumprimento de decisão judicial não consta entre os requisitos legais necessários para a operacionalização da contratação emergencial<sup>12</sup>.

Observa-se, portanto, que a determinação judicial não pode ser considerada como elemento automático de decretação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, independentemente dos elementos fáticos

---

12 SANTOS, Murilo Giordan. Uso da contratação emergencial para o cumprimento de decisão judicial. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 135-162, set./dez. 2014, p. 137/138.



que ensejaram o deferimento da ordem e da caracterização da situação de urgência.

Por outro lado, foram inseridos no rol de hipóteses de dispensa de licitação a contratação de bens e serviços pelo SUS, quando a contratação envolver transferência de tecnologia entre a empresa contratada e o ente público contratante (inciso XXXII) ou para o desenvolvimento de pesquisas tecnológicas na área de saúde (XXXIV). A maioria dos casos debatidos em juízo, todavia, não se enquadra nestas hipóteses.

Cumprido, por fim, estabelecer uma diferenciação entre o regime de cumprimento das tutelas judiciais que deferem prestações unitárias daquelas que estabelecem obrigações de trato sucessivo. Por certo, há lides voltadas ao acesso à saúde que se exaurem em ato material único, como no caso de realização de procedimentos cirúrgicos ou de diagnóstico. Outras, porém, persistem por anos, renovando contínua e regularmente a obrigação imposta ao Estado. Vide, por exemplo, a condenação do Poder Público ao fornecimento de medicamentos para o controle de doenças crônicas, tal qual a hipertensão e a diabetes.

Se o cumprimento inicial de ambas as tutelas é similar, podendo ser dispensada a licitação em razão da urgência na efetivação da tutela jurisdicional, no segundo caso desaparece por completo a situação emergencial que justificaria a não realização do procedimento, justamente pela ausência do elemento de imprevisibilidade da obrigação.

Exsurge daí o dever do Poder Público em realizar com regularidade e eficiência os procedimentos licitatórios necessários à manutenção do fornecimento dos medicamentos, com vistas ao atendimento tempestivo das determinações judiciais e a fim de evitar prejuízos ao tratamento médico dos pacientes. Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal nos atos do RE nº 429.903/RJ<sup>13</sup>.

---

13 “Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE. DOENÇA DE GAUCHER. QUESTÃO DIVERSA DE TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. SOBRESTAMENTO. RECONSIDERAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. DEVER. PODER PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A questão discutida no presente feito é diversa daquela que será apreciada no caso submetido à sistemática da repercussão geral no RE 566.471-

Em contrapartida, deve o Poder Judiciário reconhecer a legitimidade da atuação do gestor público quando, por obediência à norma constitucional da obrigatoriedade da licitação, emprega os esforços necessários na concretização da obrigação judicial.

A imposição de penalidades processuais ou uso de meios de coerção indireta, em especial a condenação do ente público ao pagamento de multa cominatória, não encontra amparo normativo se o gestor público, como dito, promove os atos administrativos necessários ao cumprimento da tutela judicial com a observância do princípio da obrigatoriedade da licitação. Não se presta como fundamento de condenação a simples declaração formal da urgência no atendimento da ordem judicial, sem a demonstração concreta de que houve omissão injustificada do Poder Público.

Do mesmo modo, se a demora no cumprimento da ordem judicial decorrer de intercorrência do processo licitatório, a exemplo das licitações desertas ou fracassadas, é ausente o fundamento jurídico que ampare a condenação do ente público ao pagamento da multa processual cominatória.

#### **4. A licitação como justa causa de não aplicação da multa processual e a inexigibilidade de conduta diversa do Administrador Público**

Sem se pretender no que tange à análise aprofundada do instituto processual da multa cominatória, tem-se que, desde o regramento processual anterior, esta vem sendo classificada como um meio acessório posto à disposição do juízo para a efetivação das tutelas específicas (pro-

---

RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio. II - No presente caso, o Estado do Rio de Janeiro, recorrente, não se opõe a fornecer o medicamento de alto custo a portadores da doença de Gaucher, buscando apenas eximir-se da obrigação, imposta por força de decisão judicial, de manter o remédio em estoque pelo prazo de dois meses. III – A jurisprudência e a doutrina são pacíficas em afirmar que não é necessário, para o prequestionamento, que o acórdão recorrido mencione expressamente a norma violada. Basta, para tanto, que o tema constitucional tenha sido objeto de debate na decisão recorrida. IV – O exame pelo Poder Judiciário de ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes. Precedentes. V – O Poder Público não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. Precedentes. VI – Recurso extraordinário a que se nega provimento.” (RE 429.903, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, publicado no Dje de 14/08/14)

visórias ou definitivas) que estabeleçam obrigações de fazer, não fazer ou de entrega de coisa. Segundo Fred Didier Junior, Leonardo José Carneiro da Cunha, Paulo Sarno Braga e Rafael Oliveira, em obra coletiva:

A multa é uma medida coercitiva que pode ser imposta no intuito de compelir alguém ao cumprimento de uma obrigação. Trata-se de técnica de coerção indireta em tudo semelhante às *astreintes* do direito francês. Por ser medida coercitiva indireta, a multa está relacionada com as decisões mandamentais. Ela é, talvez, a principal, porque mais difundida, medida de coerção indireta, mas não é a única<sup>14</sup>

Por certo, as prestações subjetivas fundadas na garantia constitucional do direito à saúde podem ser processualmente enquadradas na categoria de obrigações de fazer e de entregar.

A despeito da discussão sobre a possibilidade de fixação de *astreintes* em desfavor da Fazenda Pública (com o direito de regresso) ou diretamente ao agente público responsável pelo cumprimento da ordem judicial<sup>15</sup>, é certo que a edição do novo Código de Processo Civil trouxe consigo algumas alterações relevantes sobre o instituto. Colhe-se do art. 537 da legislação:

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

14 DIDIER JUNIOR, Fred *et al.* *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, v. 5, 2009, p. 442.

15 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 168/169.

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

§ 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional

O ponto de interesse diz respeito à consideração da obrigatoriedade do processo licitatório como justa causa para a eventual demora no cumprimento da ordem judicial constituída na lide de saúde, conforme o art. 537, § 1º, II, do CPC de 2015, aliada à necessidade de fixação de prazo razoável de cumprimento (art. 537, cabeça), consentânea com o tempo mínimo necessário à realização do procedimento, ressalvados, logicamente, os casos de urgência.

Tem-se por justa causa a existência de razões fáticas ou jurídicas que dificultam ou impedem o cumprimento da obrigação principal tutelada pelo arbitramento da multa processual cominatória.

À falta de elementos de concreção no texto normativo, é possível a importação do exercício regular do direito (por obediência de outra obrigação legal), previsto no art. 188, I, do Código Civil, como fator de justificação para a eventual demora no cumprimento da tutela judicial.

Tem-se, que, afora a obrigação constitucional de licitar, há previsões normativas infraconstitucionais diversas que reforçam a necessidade de observância deste princípio pelo administrador público.

O cometimento de irregularidades pelo gestor no processo licitatório, seja pela decretação irregular de dispensa/inexigibilidade, ou pela causação de dano ao erário com a contratação de bens ou serviços em valores superiores aos estabelecidos no mercado, entre outros, sujeitam o agente a uma série de punições, seja na seara penal (arts. 89 e seguintes da Lei nº 8.666/93); no âmbito civil, por ato de improbidade administrativa ou crime de responsabilidade (art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/1993 e art. 1º, XI, do Decreto-Lei nº 201/1967); ou na esfera administrativa,

pelo cometimento de infração disciplinar ou pela imposição de condenações pelos órgãos de controle externo (ex: Tribunais de Contas, art. 71 da Constituição Federal).

Nesse sentido, em havendo todo um ordenamento jurídico alheio à legislação processual que impõe ao administrador público o dever de licitar, sob pena de responsabilização, injustificável dele se exigir atuação em sentido contrário, já que presente uma obrigação legal específica.

Como ressaltado no capítulo anterior, a ordem judicial nas lides de saúde não constitui em si motivo para a decretação da dispensa ou inexigibilidade da licitação, devendo ser levada em consideração as peculiaridades do caso concreto.

Por essa razão que, como regra, a observância do princípio da obrigatoriedade de licitação deve ser considerada como justa causa para exclusão do pagamento da multa processual cominatória.

Eventual conduta abusiva do administrador é de ser analisada em sua particularidade, sem que isso implique o afastamento, *a priori*, da obrigação constitucional de observância do processo licitatório.

## 5. Conclusão

Feitas estas considerações, é possível concluir que a Constituição Federal de 1988 colocou o princípio da obrigatoriedade da licitação como elemento central de controle e racionalização do gasto público.

Por sua vez, o atendimento efetivo e útil pelo Poder Público das ordens judiciais que asseguram prestações relacionadas ao direito à saúde não são incompatíveis com o regime constitucional da licitação, seja pela impossibilidade de anulação *a priori* desta previsão constitucional, a pretexto de atendimento de outra norma de idêntica hierarquia, seja porque a ponderação entre o direito fundamental à saúde e a obrigação de licitar devem ser efetuadas no plano da facticidade, desqualificando-se juízos abstratos de preponderância de um sobre o outro, efetuados exclusivamente no plano teórico.

Dentro do limite de conformação dado ao legislador ordinário para a regulação do preceito constitucional, houve a construção de mecanismos de atendimento de situações de urgência. Inobstante, a ordem judi-

cial não deve ser considerada, de per si, como elemento justificador da dispensa ou da inexigibilidade da licitação, sem a análise dos elementos fáticos subjacentes à constituição da obrigação.

Por isso, a obediência ao princípio da obrigatoriedade da licitação, bem assim o acontecimento de intercorrências no curso do procedimento (ex. licitações desertas ou fracassadas), desde que não possam ser atribuídas à falha do administrador público, constituem justa causa para o afastamento da condenação do ente público ao pagamento de multas processuais cominatórias.

## **Bibliografia**

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fred *et al.* *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, v. 5, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SANTOS, Murilo Giordan. Uso da contratação emergencial para o cumprimento de decisão judicial. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 135-162, set./dez. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.



# A PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alexandre Peres Rodrigues<sup>1</sup>

---

**Sumário:** Introdução. 1 – Interesse Público e Direitos Fundamentais. 1.1 – A nova visão sobre o Interesse Público. 1.2 – A profundidade dos Direitos Fundamentais. 2 – Órgãos Públicos e Relações de Poder. 2.1 – Ontologia da Procuradoria Geral do Estado. 2.2 – Governos e Poder. 2.3 – Procuradoria Geral do Estado em Políticas de Governo. 2.4 – Soluções de Conflitos. 3 – Considerações Finais. Bibliografia.

---

## Introdução

Muito se discute acerca da participação dos órgãos de Estado na proteção e defesa dos direitos fundamentais: ainda que os direitos fundamentais definam axiologicamente o Estado brasileiro, irradiando-se para os objetivos e fundamentos da República constitucional, e sejam o subsídio teórico de políticas públicas e ações legislativas, ainda assim ecoam vozes para sobrepujar ou preterir essa carga valorativa, diante de outros interesses.

Temos presenciado nestes momentos de crise e transição política discursos e propostas pitorescas, que extrapolam as tensões naturais à própria

---

<sup>1</sup> Advogado. Servidor público em exercício na Escola Fazendária do Estado de São Paulo (FAZESP). Mestrando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito do Consumidor pela Damásio Educacional. Graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).



dinâmica democrática, e desafiam a logicidade do ordenamento, relativamente aos direitos fundamentais. Exemplos concretos fogem ao escopo de nossa análise, e beiram o ativismo ideológico, mas a simples leitura das notícias políticas, seja dos governos federal, estaduais e municipais, já supre nossos argumentos. Vemos, assim, desde projetos de lei que ignoram cláusulas pétreas, a políticas de governo que agridem grupos e minorias.

No cerne deste debate, surgem discussões sobre a missão institucional dos diferentes órgãos públicos, e seu atendimento ou não aos direitos fundamentais. Debates desequilibrados criam antagonismos, polarizando de um lado órgãos cuja missão direta e imediata está ligada a algum direito fundamental, e de outro aqueles cuja finalidade é o seu cumprimento mediato, por estarem relacionados ao chamado interesse público secundário.

Consentâneos ao primeiro caso vêm a Defensoria Pública como missionária direta do acesso à justiça, e o Ministério Público, pela promoção de garantias coletivas, dentre outros casos. Já no segundo caso estariam alocadas certas Secretarias de Estado e estatais, realizadoras de atividades-meio para direitos fundamentais, como, por exemplo, a Secretaria da Fazenda, com a arrecadação e o manejo de recursos financeiros para o Estado, ou a Procuradoria Geral do Estado, pela representação jurídica e defesa judicial do Estado.

A polarização é precária, enquanto qualquer absolutismo argumentativo flerta com superficialidade e diminuição da compreensão de fenômenos jurídicos à luz da teoria dos direitos fundamentais. Naturalmente, a mais balizada doutrina destaca a expansão dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Carta Maior, com a aderência dos direitos fundamentais ditos implícitos. Além do que, já não é mais incontroversa uma segmentação de interesses públicos, que escalonaria o interesse público primário do interesse público secundário, tendo-se por conta um novo direito administrativo revisto sob a ótica constitucional, e com o foco para os titulares do poder político; referimo-nos ao Direito Administrativo Dialógico, escola defendida pela doutrina moderna.

Nesse sentido, visões maniqueístas podem polarizar a real atuação da Procuradoria Geral do Estado: casos limítrofes como as ações de medicamentos podem ser interpretados como transgressões oficiais a direitos fundamentais individuais, ainda que promovidos pela mesma insti-

tuição que geriu a Procuradoria de Assistência Judiciária, e ombreou na redemocratização do país pelo movimento “São Paulo na Constituinte”. Seria a consolidação de um paradoxo, ou seria uma impulsividade interpretativa que paira sobre o tema?

Urge, pois, reavaliarmos de forma menos atabalhoada o papel da PGE/SP nesta nova conjuntura jurídica, sob critérios equilibrados e ponderações conglobantes, elevando-se o patamar do debate para verificar-se a real participação deste órgão na questão relativa aos direitos fundamentais.

Sob uma nova leitura dos direitos fundamentais e do interesse público, é possível agregarmos alguns pontos à questão, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, mas com a coragem de levantar pontos de questionamento, e avançar numa análise global.

## **1. Interesse público e direitos fundamentais**

É nosso objeto de análise parcelar neste momento verificar as novas contribuições da doutrina sobre os temas do interesse público e dos direitos fundamentais. Estes pontos tornam-se paragem obrigatória para especificarmos os pontos de análise adiante.

### **1.1. A nova visão sobre o interesse público**

É notória a releitura dos tradicionais institutos jurídicos pelo influxo do neoconstitucionalismo e do seu marco filosófico pós-positivista<sup>2</sup>, os quais estabelecem um novo ponto de partida para o entendimento das velhas estruturas, a partir do referencial normativo da Constituição Federal, e todo o seu arcabouço principiológico e de primazia dos direitos fundamentais<sup>3</sup>. Decorre disso a quebra de dogmas consagrados e a relativização de estruturas jurídicas<sup>4</sup>.

---

2 Conforme os estudos e conceituações voltados à segmentação e superação do constitucionalismo clássico e positivismo tradicional, promovidos por Dworkin, Rawls, Alexy, Canotilho, Ferrajoli, Barroso, dentre outros.

3 Como consequência direta da aferição do princípio da dignidade da pessoa humana como valor fonte da Constituição Federal (art. 1º, III), e incidência sobre toda a ordem jurídica como “norma hipotética fundamental” no melhor sentido jurídico-kelseniano de Constituição.

4 Por meio da chamada “virada Kantiana” e inserção de princípios de justiça e revalorização

A moderna hermenêutica constitucional, sob o influxo dos princípios da força normativa e da concordância prática, imprime uma eficácia horizontal e irradiante dos direitos fundamentais sobre toda a ordem jurídica; dessa forma, a promoção e defesa dos direitos fundamentais carregam uma força centrípeta sobre toda a organização, institutos e finalidades do Estado brasileiro. Sob uma nova sistemática de atuação do Estado e uma nova estruturação social, cria-se uma interdependência entre os interesses coletivos, tanto do Estado quanto dos indivíduos.

Naturalmente, o Direito Administrativo também sofre os efeitos desta tendência, sob a égide de diversos doutrinadores que postulam a reavaliação dos fundamentos administrativistas<sup>5</sup>; trata-se do enfrentamento dessa nova realidade como uma etapa para evolução do próprio sentido ontológico deste ramo jurídico, “recolocando o cidadão no centro das preocupações do Direito Administrativo”<sup>6</sup>.

Supera-se em grande medida o tratamento do indivíduo como mero súdito da Administração, cedendo espaço para a figura do cidadão dotado de direitos. Como consequência direta, surge a noção de democracia administrativa, em que o caráter democrático do Estado influi também sobre o modo de atuação da Administração Pública.

Essa evolução traz como corolários alguns dos seguintes pontos: diversificação e capilaridade das funções estatais para fazer frente à efetivação de direitos fundamentais de segunda e terceira geração; força dos princípios; sujeição da Administração ao Direito dando conteúdo aos direitos dos cidadãos, dentre outros<sup>7</sup>.

---

axiológica na ordem jurídica, tanto quanto pelo enfraquecimento dos fenômenos da sistematização e homogeneidade do conhecimento, características do Estado Pós-Moderno.

5 Nesta senda teórica, podemos citar diversos estudos que compartilham a mesma genética crítica às premissas do Direito Administrativo tradicional, por autores como Maria Sylvia Zanella de Pietro, Odete Medauar, Carlos Ari Sundfeld, Marçal Justen Filho, Gustavo Binembojm, Floriano de Azevedo Marques Neto etc.

6 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação*. In: *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 379, 381, 409.

7 MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 273-275.

Dentro deste vasto campo, em atenção à diluição da verticalização estatal, ao colaborativismo e à poliformização dos centros de poder, surge a chamada escola do Direito Administrativo Dialógico ou Consensual, que atesta seus postulados numa maior participação do administrado nas decisões e processos da Administração, espargindo-se para uma democracia administrativa e uma valorização dos direitos fundamentais, como nova fonte de inspiração para a noção de indisponibilidade do interesse público<sup>8</sup>.

O Direito Administrativo firma-se então como um dos instrumentos estatais para a realização dos direitos fundamentais, carreado principalmente pela alteração do papel do indivíduo na Ordem Jurídica e uma nova postura dialógica da Administração Pública.

Como consequência disso, são os direitos fundamentais que ditam os arranjos com que os instrumentos da Administração Pública serão veiculados, e como se validará essa atuação, reformulando temas como interesse público, supremacia estatal, poder de polícia, atos administrativos, serviços públicos, etc.

Por esta nova concepção, o interesse público torna-se único, não mais dual e escalonado entre primário e secundário, já que não mais se desassocia dos interesses privados coletivos e condizentes à ordem constitucional. Nessa esteira, o interesse público moderno não mais condiz com uma abstração apriorística, apartada da realidade em si<sup>9</sup>. Deve-se qualificá-lo, então, por uma adaptabilidade aos casos e interesses em jogo, e por uma proporcionalidade no cotejo de princípios que o rodeiam. O interesse público, assim, é o atendimento direto aos ditames constitucionais, e às razões de Estado, expostas na Constituição de 1988 pelos direitos fundamentais.

Qualquer entendimento em sentido contrário, acaba por negar a força normativa da Constituição e os modernos contornos do Direito Administrativo. De forma que o fluxo entre interesse público e direitos fundamentais é natural e corrente.

---

8 Cf. FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: RT, 2014, p. 159, 163, 754.

9 BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 29-33.

## 1.2. A profundidade dos direitos fundamentais

Uma visão unilateral dos direitos fundamentais, que preservasse uma categorização estática dessa espécie de direitos, em muito travaria um diálogo com esta nova acepção do interesse público dinâmico. Como direitos fundamentais engessados poderiam alimentar interesses públicos flexíveis? Haveria um contrassenso aqui, não fosse a contribuição da doutrina constitucionalista sobre o arcabouço dos direitos fundamentais.

Cabe destacar a lição de Sérgio Resende de Barros, que classifica os direitos humanos como fonte dos direitos fundamentais positivados, entre operacionais e principiais<sup>10</sup>. A classificação leva em conta a função do gênero direitos humanos fundamentais, em razão de sua fundamentalidade e aplicação no ordenamento jurídico.

Esta dualidade classificatória reserva a cada espécie do gênero de direitos fundamentais uma função específica. Dessa forma, os direitos operacionais funcionam como garantias ou minudências dos direitos principiais, os quais prescrevem valores de maior magnitude e imanência para o sistema jurídico. A dualidade culmina no afastamento de eventuais reducionismos da importância daqueles direitos fundamentais humanos mais próximos de regras ou garantias, e, por esta razão, operativos dos direitos principiais. Colocando-se em miúdos: a espécie de direitos fundamentais principiais prescreveriam princípios, enquanto que a espécie de direitos fundamentais operacionais prescreveriam mecanismos de implementação.

Outro elemento que adiciona substância à teoria dos direitos fundamentais é a tendência em perenizar classificações unidirecionais das gerações desses direitos, do que deriva a precarização na sua proteção e defesa.<sup>11</sup> O nexa da problemática surge da segmentação entre direitos de

10 BARROS, Sergio Resende de. *A Eficácia dos Direitos Humanos*. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Hery Hansen (orgs.). *Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, 2013. O autor justifica a classificação levando em conta a chamada “hipostenia” de direitos fundamentais, os quais, ao terem sido inflacionados na última década, poderiam vir a vulgarizar a própria espécie de direitos humanos.

11 BARROS, Sergio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 465.

primeira e segunda geração, que implica a diferenciação de tratamento jurídico e político. Como crítica a isso, tem-se a liberdade individual de primeira geração como condição para a igualdade social de segunda geração, havendo um liame indissociável, ou, segundo as palavras do Prof. Sérgio, a “maior concreção da liberdade individual de ação pela igualdade social de possibilidade de ação”.

Deriva desta análise que os direitos fundamentais podem ter conteúdo mais próximo de regras, sem que com isso percam a fundamentalidade. E, por serem regras, dão maior liberdade de ação para o aplicador do direito, em consonância com interesses públicos *in casu*, nem sempre diretamente derivados de dispositivos legais; o diálogo dos direitos fundamentais operativos com aquilo que seria chamado de interesse público secundário é quase imediato. Também temos como fruto desta análise que os direitos fundamentais são coesos e indivisíveis, por isso podem dialogar com diferentes tipos de interesses públicos.

Por meio destas características, uma visão mais rebuscada sobre os direitos fundamentais coordena um diálogo mais conciso com a visão moderna sobre o interesse público, pois encontram uma intersecção na ideia de flexibilidade e casuística.

## **2. Órgãos públicos e relações de poder**

Partindo de outro hemisfério, é relevante analisarmos como os órgãos públicos envolvem-se nas relações de poder, passando pelo tema das políticas de Estado e de Governo.

### **2.1 Ontologia da Procuradoria Geral do Estado**

Um ponto crucial de nossa análise reside no estudo da função institucional da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, e do que isso deriva para a estatura dos direitos fundamentais. Para tanto, percorreremos as disposições constitucionais e legais pertinentes à PGE/SP, e a perspectiva do poder constituinte decorrente quanto a isto.

A Constituição do Estado de São Paulo (CESP) traz como fundamento do Estado Paulista o atendimento às competências federativas de estado-membro em seu artigo 1º. Nesse sentido, a norma indica expli-

citamente que a organização político-jurídica do Estado de São Paulo atende prioritariamente às competências comuns, próprias, residuais e concorrentes expostas pela Constituição Federal (artigos 19, 23, 24, 25, 35, 145, 155 e ss. da CF/88).

Diferentemente do que ocorre com a Carta Federal, em território paulista o fundamento de obediência aos direitos fundamentais é implícito, derivado sistematicamente dos fundamentos do Estado Brasileiro como um todo. Pode-se argumentar que este é um dado de menor relevância, já que todos os órgãos e entes estão obrigados ao atendimento dos direitos fundamentais; no entanto, há este alerta de que a falta de disposição explícita na Carta Bandeirante, sobre esta classe de direitos, indicia certo posicionamento por parte das classes políticas do estado-membro Paulista, consubstanciados em seus representantes e governos.

De outra ponta, as disposições que dão fundamento institucional à Procuradoria Geral do Estado são mais robustas, na medida em que agregam elementos às normas pares inseridas na Constituição Federal (artigos 131 e 132 da CF/88). Aqui, o constituinte decorrente adiciona três caracteres: *permanência*; essencialidade *também à Administração Pública*; e *orientação pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público* (artigo 98 da CESP). Destes, convém aprofundarmo-nos sobre os dois primeiros, já que o terceiro seria consequência do artigo 37 da CF/88 e desvia de nossa análise.

Ao unir permanência e essencialidade à Administração Pública, a *mens legis* do constituinte estadual deixa claro que a PGE/SP tem feição de órgão de Estado, muito mais do que órgão componente do sistema de funções essenciais à justiça. Quanto a isso, rememoramos também o fato de que o Procurador Geral tem status de Secretário de Estado, assim como o tônus da missão institucional enquanto elemento essencial à jurisdição estadual.

Por consequência, sendo órgão de Estado, extravasa das funções de governo. Trata-se da dicotomia entre o Estado perene/atemporal, e um Governo representativo/alternado. E, por ser órgão de Estado, deve obediência muito mais aos fundamentos da República Federativa do Brasil, do que a representantes esporádicos e episódicos de Governo. Afinal, pela teoria da Federação, o Estado de São Paulo está adstrito ao Esta-

do Constitucional Brasileiro, ainda que detenha parcela de seu poder e autonomia - não conflitante com os fundamentos maiores daquele. Vale dizer, se governos paulistas atentarem contra direitos fundamentais, ou relegarem a segundo plano o fomento e defesa destes direitos, seja por uma interpretação reducionista do art. 1º da CESP, seja por políticas públicas inconstitucionais, então os órgãos de Estado pertencentes à Administração Pública paulista devem posicionar-se em alinhamento aos fundamentos e objetivos do Poder Central Constitucional, irradiante de toda a legitimidade política aos entes públicos de todas as esferas. Ainda que isso gere conflito com os poderes episódicos de governo.

Ao menos em tese, esta análise coincide com a lógica jurídico-constitucional. No entanto, há situações limítrofes, em que a representação judicial e extrajudicial do Estado e autarquias, ou a consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, certamente haverá de respaldar as mais diversas políticas públicas, controversas ou não, em decorrência da teoria da personalidade jurídica do Estado<sup>12</sup> – a qual chancela a atuação das Procuradorias.

A polêmica resta instalada: afinal, como conciliar a representação jurídica de Governo com fundamentos constitucionais de Estado?

## 2.2 Governos e poder

A alternância no poder é uma das características que define uma república. Ainda assim, há lastros que os poderes alternados devem seguir para estarem alinhados aos poderes estabelecidos, ou seja, os governos devem atender às diretrizes de Estado.

Este ponto inevitavelmente tangencia o controle de políticas públicas segundo um escopo de aferição de constitucionalidade, o que é discutido por J. J. Gomes Canotilho<sup>13</sup>:

Nem é possível, em termos democráticos processuais, obrigar jurisdicionalmente os órgãos políticos a cumprir um determinado programa

12 MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 119.

13 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 946.



de ação. Pode censurar-se, através do controle da constitucionalidade, atos normativos densificadores de uma política de sinal contrário à fixada nas normas-tarefa da Constituição. Mas a política deliberativa sobre as políticas da República pertence à política e não à justiça.

O que este autor intitula normas-tarefa da Constituição são justamente as políticas de Estado, tudo aquilo que o constituinte fixou como determinante da atividade político-jurídico brasileira. São as pedras de toque do agir administrativo, que espargem-se, inclusive, para os demais poderes pelo princípio da legalidade, em razão de sua força normativa.

Esta construção decorre do princípio da unidade da Constituição, de maneira que a interpretação constitucional da atuação política deve ater-se aos ditames estruturantes do Estado, e “não pode servir para alicerçar propostas interpretativas que radiquem em qualquer sistema de supra ou infra ordenação de princípios, nem em qualquer ideia de antinomia”<sup>14</sup>.

Eis a razão de ser da regra do artigo 78 da CF/88, por meio do qual o chefe do Executivo tem o dever de manter, defender e cumprir a Constituição. Esta regra é replicada pela CESP em seu artigo 43, demonstrando que há diques inevitáveis para os dirigentes de poderem aplicar as suas políticas de governo.

As políticas de governo refletem, assim, a forma como o poder político executará as políticas de Estado, segundo o seu juízo de discricionariedade, e o seu planejamento eleitoral-partidário. Por conseguinte, o fator enzimático entre o político e o jurídico é a conformação do poder às regras constitucionais.

A intersecção entre direito e política é tema vasto e longínquo, que deve ser tratado com o devido equilíbrio e parcimônia, restando ao operador do direito o caminho do equilíbrio, a prudência de respeitar os condicionantes constituintes que definem o Estado. Nesse sentido, um breve apontamento da filosofia do direito nos dá logicidade para nortear os pontos de contato entre as duas áreas do saber, tendo em comum o estudo do *poder*, seja num apelo jurídico-formalista, seja

14 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1207.

num apelo filosófico-contemplativo. Uma direção segura nos é dada por Eduardo Bittar<sup>15</sup>, quando afirma que “mais do que se imagina, o jurista está às voltas com questões de poder. Mais do que se suspeita, o jurista influencia nas decisões de poder. Há algo que aproxima muito o poder político do poder jurídico”, que seria ao uso legítimo da força, ou, por outras palavras, a imposição da Constituição como “estatuto jurídico do político”, termo cunhado por J. J. Gomes Canotilho.

Por conseguinte, as políticas de Estado – eminentemente jurídicas –, e as políticas de Governo – eminentemente políticas guardam uma relação de intensa proximidade e *parentesco*, não podendo cada qual conviver sem aludir à outra.

### 2.3 Procuradoria Geral do Estado em políticas de governo

Segundo o contexto de atendimento das políticas públicas às regras constitucionais, e considerando a Procuradoria Geral do Estado como órgão de Estado, podem surgir tessituras delicadas no dia a dia da PGE/SP enquanto assessora políticas de governo inconstitucionais, ou serve de órgão de consultoria para órgãos de governo. Deixemos de lado a atuação contenciosa, que cumpre os ritos processuais, e está adstrita aos prazos e regras de preclusão.

Há em jogo um dever funcional dos procuradores de executarem as suas tarefas, cuja falha ou omissão pode gerar sanções disciplinares ou criminais. E há maior vulto para os que detêm função de confiança ou cargo em comissão, porque a atribuição é tão só essa atuação de governo. Normalmente, as atividades de assessoramento ou consultoria são opinativas, e baseiam-se na ideia de discricionariedade técnica, sendo esta a maneira como a questão vem sendo tratada na casuística das Procuradorias.

Paralelamente a isso, há também a regra do artigo 241, II do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo, cuja leitura conjunta com o artigo 22 do Código Penal dá a possibilidade do Procurador do Estado de não atender à ordem manifestamente ilegal, seguindo procedimentos e regras de conduta correlatas.

---

15 BITTAR, Eduardo C.B. *Curso de Filosofia Política*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 20.

Os casos limítrofes, relatados anteriormente, são de fácil constatação, sendo que nem sempre um tema de fácil aceitação midiática ou populacional é manifestamente legal, bem como o seu inverso também não produz qualquer verdade absoluta; não há relação lógica entre repercussão de políticas públicas e respeito às regras legais e constitucionais.

A problemática maior surge no caso de ordem não manifestamente ilegal, ou seja, políticas de governo controversas que agridam de maneira indireta algum direito fundamental. Esta via indireta por si só já necessita de uma análise mais detida, e decisão colegiada ou de órgão superior, cujo trâmite pode vir a causar transtornos na atuação ou não do procurador, no caso concreto. De forma que judicializar o impasse é uma opção possivelmente inevitável.

## **2.4 Soluções de conflitos**

Os conflitos eventualmente gerados pelas ameaças aqui levantadas podem ser solucionados pelas vias ordinárias de conciliação aplicadas a direitos fundamentais, como os remédios constitucionais, e a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Ainda assim, consoante a problemática aqui disposta, seria mais coerente propormos soluções metajurídicas, seguindo os flertes que já fizemos anteriormente com a política e a filosofia. Dessa forma, uma solução alternativa e majoritariamente preventiva para situações limítrofes de políticas de Governo não manifestamente inconstitucionais, seria o fortalecimento da Procuradoria do Estado em ações de Estado, seja pelo trânsito nos meandros legislativos, seja por atividades voltadas ao público externo, de perfil acadêmico.

Outra sugestão seria o fortalecimento dos procuradores enquanto classe, pelos meios associativos hodiernos, para que incremente sua margem de negociação com governos que tencionem abalar políticas de Estado.

## **3. Conclusão**

Por todos os pontos aqui levantados pudemos verificar que a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo tem perfil muito mais voltado

a órgão de Estado componente da Administração estadual paulista; por isso, no que se refere ao assessoramento e consultoria de políticas de governo sua função deve sempre dialogar com o atendimento aos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal e nos dispositivos correlatos em sede estadual. A prática desta conduta é repleta de situações controversas, cuja conciliação é possível, ainda que pelo uso de mecanismos judiciais e metajurídicos.

Assentados esses pontos, vale retomarmos nossas linhas iniciais, de onde poderemos vislumbrar a existência menos de um paradoxo na atuação da PGE/SP em políticas de Governo polêmicas, do que de uma visão parcial da realidade. Caso visualizemos situações limítrofes, e entendamos isso necessariamente como uma agressão às políticas de Estado, ou ordens manifestamente ilegais/inconstitucionais, correremos o risco de tomar casos isolados como escopo para o todo.

A metonímia neste caso é indesejada, porque trafega com atrevimento sobre assuntos relevantes e complexos, tais como a atuação de órgãos estatais na defesa e proteção de direitos fundamentais. Não é fácil reduzir a atuação de todo um corpo de procuradores a uma equação simplória, assim como é forçoso empacotar todas as políticas de governo como contrárias a direitos fundamentais. A casuística é essencial, assim como o bom senso e o equilíbrio no julgamento são primordiais.

Por isso que o debate é envolvente, e merece nossa tinta, coroando nosso esforço de colorir as situações limite e os casos pitorescos sob a tônica maior do Estado brasileiro, que é o respeito direto ou indireto aos direitos fundamentais. Se nos tornamos inocentes ou desacreditados por isso, apenas os marcos civilizatórios vindouros poderão nos dizer.

## **Bibliografia**

BARROS, Sergio Resende de. *A Eficácia dos Direitos Humanos*, In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Hery Hansen (orgs.). *Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITTAR, Eduardo C.B., Curso de Filosofia Política. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes, Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação*. In: Carlos Ari Sundfeld; Guilherme Jardim Jurksaitis. (Org.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, v. 1, p. 353-415, 2015.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

# ASPECTOS GERAIS, NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS DOS REGIMENTOS DAS CASAS LEGISLATIVAS

Derly Barreto e Silva Filho<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 – Introdução. 2 – Aspectos Gerais, Importância Jurídico-Política E Finalidade Dos Regimentos Parlamentares. 3 – Natureza Jurídica Dos Regimentos Parlamentares. 4 – Características Dos Regimentos Parlamentares. 5 – Conclusão. Bibliografia.

---

## 1. Introdução

Em países europeus como Itália, França e Espanha, onde a produção bibliográfica sobre o *Direito Parlamentar* desenvolveu-se bastante nas últimas décadas, renomados autores ressaltam a importância jurídico-política do estudo de suas fontes, dentre as quais os *regimentos parlamentares*<sup>2</sup>. Andrea Manzella<sup>3</sup>, por exemplo, afirma que tais diplo-

---

1 Procurador do Estado de São Paulo. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Curso de Especialização em Direito Constitucional da PUC-SP. Presidente do Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas do Estado de São Paulo – SINDIPROESP (biênio 2017-2018). Membro das Comissões de Advocacia Pública, de Direito Constitucional e de Direitos e Prerrogativas da OAB-SP (triênio 2016-2018). Ex-conselheiro eleito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (biênio 2013-2014).

2 Cf. SILVA FILHO, Derly Barreto. A presidencialização do Poder Legislativo e a parlamentarização do Poder Executivo no Brasil. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte: ano 17, nº 193, p. 17-43, março de 2017, e \_\_\_\_\_. O Supremo Tribunal Federal e a tutela das minorias parlamentares nos 20 anos da Constituição Federal, São Paulo, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 67/68, p. 187-240, jan./dez. 2008, p. 191.

3 MANZELLA, Andrea. Diritto parlamentare e regolamenti delle camere nel quadro

mas são instrumentos técnicos pelos quais o processo político torna-se processo jurídico. Para Eugène Pierre<sup>4</sup>, muitas vezes eles exercem mais influência na condução dos negócios públicos do que a própria Constituição. “Com um mau regimento, um mau trabalho. Com um bom regimento, tem-se a oportunidade de obter um bom trabalho” – sentenciam Joseph Barthélemy e Paul Duez<sup>5</sup>, esclarecendo que o regimento parlamentar sobreleva em importância quando a Constituição é concisa e que uma boa reforma regimental torna desnecessária uma emenda constitucional. No mesmo sentido, Nicolás Pérez Serrano<sup>6</sup> afirma que a correta elaboração das leis e a boa marcha dos debates parlamentares dependem da sabedoria e da prudência das disposições regimentais. Da bondade e adequação aos regimentos – adverte, corretamente, Manuel Martínez Sospedra<sup>7</sup> – dependem, não em escassa medida, a qualidade do trabalho parlamentar e a capacidade do Parlamento para responder adequadamente às demandas sociais<sup>8</sup>. Segundo José Antonio Alonso de Antonio e Ángel Luis Alonso de Antonio<sup>9</sup>, os regimentos parlamentares

---

constituzionale. *I Jornadas de Derecho Parlamentario*. Madrid: Congreso de los Diputados, v. 1, p. 21-34, 1985, p. 23.

- 4 PIERRE, Eugène. *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*. Paris: Librairies-Imprimeries Réunies, 1893, p. 428.
- 5 BARTHÉLEMY, Joseph; DUEZ, Paul. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Librairie Dalloz, 1933, p. 521.
- 6 SERRANO, Nicolás Pérez. *Tratado de derecho político*. 2. ed. Reimpresión. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 772.
- 7 SOSPEDRA, Manuel Martínez. *Las instituciones del gobierno constitucional: sistemas de gobierno y órganos*. 2. ed. Valencia: Fundación Universitaria San Pablo C.E.U., 1994, p. 263. Esclarece o autor, ainda, que um regimento adequado pode ter um papel capital na capacidade parlamentar para responder com urgência e prontidão à necessidade de produzir normas ou resolver crises políticas e, sobretudo, tem um papel crucial na capacidade parlamentar para legitimar a legislação em razão do procedimento (*ibidem*, p. 264).
- 8 A propósito, Hans Kelsen salienta: “Todo o *procedimento parlamentar* visa alcançar um caminho intermediário entre interesses opostos, uma resultante das forças sociais antagônicas. Ele prevê as garantias necessárias para que os interesses discordantes dos grupos representados no parlamento tenham a palavra e possam manifestar-se como tais num debate *público*. E, se procurarmos o sentido mais profundo do procedimento especificamente antitético-dialético do parlamento, esse sentido só poderá ser o seguinte: da contraposição de teses e antíteses dos interesses políticos deve nascer de alguma maneira uma síntese, a qual, neste caso, só pode ser um compromisso” (KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. dos originais em alemão: Vera Barkow; dos originais em inglês: Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla; dos originais em italiano: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 129).
- 9 ANTONIO, José Antonio Alonso de; ANTONIO, Ángel Luis Alonso de. *Derecho parlamentario*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2000, p. 27.

constituem verdadeiras armas que todos os partidos políticos querem ter nas mãos. E, nas palavras de Antonio Alcalá Galiano<sup>10</sup>, “‘o descuido dos Regimentos’ contribui em grande medida para que os corpos legisladores desempenhem mal a sua tarefa, que consiste em fazer leis e dirigir os afazeres referentes ao país; e desempenhar estas tão importantes tarefas de um ou de outro modo implica mudar a índole dos Parlamentos; e talvez vermos cair em descrédito instituições vitais (...)”.

No Brasil, entretanto, o labor expositivo, interpretativo e sistematizador das regras atinentes ao Poder Legislativo cinge-se, basicamente, ao campo do Direito Constitucional, ramo do Direito Público dedicado ao estudo das normas que estruturam e organizam o Estado, estabelecem a competência de seus órgãos e seus agentes e prescrevem o modo de exercício do poder político. Por aqui, as reflexões doutrinárias sobre a organização e o funcionamento do Parlamento que se adstringem à letra do texto constitucional correspondente tendem, amiúde, a ser breves e a relegar importantes assuntos relacionados à sua vida, que não se exauram no documento constitucional<sup>11</sup>.

Aliás, pela clássica definição proposta por Vincenzo Miceli<sup>12</sup> há mais de um século – e que aqui é a adotada, com um breve aperfeiçoamento, a título de atualização histórica –, percebe-se, com clareza, que o Direito Parlamentar não se confina à Constituição, embora ela seja a sua principal fonte. Para o autor, Direito Parlamentar é o complexo de relações político-jurídicas que se desenvolvem no interior de uma assembleia política ou entre as várias assembleias políticas existentes em um Estado ou entre elas e os outros poderes públicos, assim como as normas que formulam e regulam tais relações e a ciência que as estuda. É, em outros ter-

---

10 GALIANO, Antonio Alcalá. *Lecciones de derecho político constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 169.

11 A abstração e a desconsideração das normas gestadas e editadas pelas Casas Legislativas com o propósito de regar com minudência as suas funções implicam efetuar um escrutínio não inteiramente provido dos elementos de captação e aferição de eventuais vícios da atividade parlamentar legiferante. Eis a razão pela qual deve ser evidenciada a importância dos regimentos – principal fonte do direito parlamentar – para, por exemplo, a tarefa de controle dos atos parlamentares que se praticam visando à concepção de leis e ao pleno exercício das funções legislativas atípicas.

12 MICELI, Vincenzo. *Principii di diritto parlamentare*. Milano: Società Editrice Libreria, 1910, p. 1.



mos, aquela parte do Direito Constitucional que se refere à organização interna e ao funcionamento dos Parlamentos. Como hoje as instituições parlamentares, em vista da democratização do acesso ao Parlamento, representam os mais variados segmentos e interesses sociais, especialmente os minoritários e os oposicionistas, encartam-se, no Direito Parlamentar, as normas que se incumbem de reger a participação plural de todas as agremiações partidárias, de todos os seus membros nos processos de formação da vontade parlamentar. Logo, além das relações político-jurídicas que se desenvolvem no interior de uma assembleia política ou entre elas e os outros poderes públicos e as normas que formulam e regulam tais relações e a ciência que as estuda, o Direito Parlamentar abrange as relações jurídico-políticas e a sua correspondente normatização atinentes ao pluralismo político e partidário.

Dada a imbricação entre Constituição e regimento parlamentar, Roger Bonnard <sup>13</sup> ressalta, com razão, que o estudo do Direito Constitucional deve levar em consideração também os próprios regimentos parlamentares. Segundo o autor, desde 1789 as assembleias possuem um poder normativo que não se limita a questões secundárias, mas abrange *pontos essenciais* do regime constitucional<sup>14</sup>.

O objeto do presente estudo consiste em perscrutar a natureza jurídica e as características dos regimentos parlamentares, diplomas que tratam de temas da mais alta significação para o Estado Democrático de Direito, mas que, paradoxalmente, não têm sido investigados com a devida atenção e a atenção devidas pela doutrina nacional, e isto apesar da ingente necessidade de aperfeiçoar e tornar mais eficiente e representativa a ação parlamentar do Estado brasileiro.

13 BONNARD, Roger. *Les règlements des assemblées législatives de la France depuis 1789 (notices historiques et textes)*. Paris: Recueil Sirey, 1926, p. 5.

14 Marcel Prélot esboça entendimento semelhante, quando afirma que o regimento parlamentar é a constituição interna de uma assembleia e, por conseguinte, parte essencial do Direito Constitucional, no sentido material do termo (PRÉLOT, Marcel. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. 5. ed. Paris: Dalloz, 1972, p. 780). Sobre a autonomia normativa dos Parlamentos, cf. SILVA FILHO, Derly Barreto e. A presidencialização do Poder Legislativo e a parlamentarização do Poder Executivo no Brasil. *Fórum Administrativo*, nº 193, p. 17-43, março de 2017, p. 18-20.

## 2. Aspectos Gerais, Importância Jurídico-Política e Finalidade dos Regimentos Parlamentares

Nos debates travados no seio da Assembleia Nacional Constituinte francesa, uma das primeiras questões que se levantaram foi acerca da necessidade de dotá-la de regras que garantissem o bom funcionamento parlamentar nas tumultuadas sessões que se avizinhavam.

Em 7 de junho de 1789, foi estabelecido um regimento provisório, substituído por outro mais estável, editado em 29 de julho do mesmo ano, que se ocupou de estabelecer os órgãos de direção assemblear, de reconhecer as suas funções e de ordenar os trabalhos, os debates e a concessão de palavra aos participantes e os meios para a sua difusão<sup>15</sup>. Aliás, preocupação dessa ordem permeia toda a evolução das instituições representativas, de modo a se poder afirmar que o Direito Parlamentar é tão antigo quanto as próprias organizações políticas<sup>16</sup>.

Os regimentos parlamentares, como se percebe, revelam-se uma clara alternativa à anarquia parlamentar, na medida em que procuram assegurar o adequado funcionamento do Parlamento, não sendo de se estranhar, assim, que a primeira preocupação científica do Direito Parlamentar tenha sido, exatamente, o estudo das *técnicas relativas ao procedimento*<sup>17</sup>.

Os mais antigos sistemas políticos que tinham em sua estruturação institucional órgãos deliberantes ou consultivos de caráter colegiado possuíam normas, usos ou práticas que regulavam a sua organização e o seu funcionamento. Daí não ser viável a concepção de assembleias nas democracias diretas nas mais antigas cidades gregas nem os Comícios e o Senado na República romana sem adequados preceitos reguladores de sua estrutura e funcionamento<sup>18</sup>.

15 ÁLVAREZ, Elviro Aranda. *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 48-49.

16 Para Étienne Dumont, prefaciador e organizador das *Táticas parlamentares*, de Jeremy Bentham, esse tema é tão antiquíssimo quanto novíssimo; antiquíssimo na prática e novíssimo na teoria (BENTHAM, Jeremy. *Táticas parlamentarias*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1991, p. 54).

17 ELIPE, León Martínez. Significación del derecho parlamentario. *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, nº 8, p. 189-226, 1986, p. 215.

18 *Ibidem*, p. 200.

José Antonio Maravall<sup>19</sup>, a propósito, ressalta a importância do processo legislativo e da estrutura interna das câmaras representativas no desenvolvimento constitucional dos povos. A partir do momento em que as assembleias adquiriram uma posição destacada entre os órgãos superiores do Estado, surgiu a preocupação com as questões referentes ao seu funcionamento. Segundo o autor, *o que fazem as câmaras na esfera de sua competência depende de como o façam*. Por conseguinte – recorda –, quando tratou da convocação dos Estados Gerais franceses, Jeremy Bentham, jurista e político inglês, começou a compor uma obra que pudesse servir de guia no desenvolvimento da atividade da Assembleia Nacional Constituinte francesa. A obra não ficou pronta para a ocasião pensada e permaneceu manuscrita até que, traduzida para o francês, foi editada por Étienne Dumont em 1816, sob o título “Tática das Assembleias Parlamentares”.

O que Bentham chama de “tática parlamentar” constitui um importante âmbito da Ciência e do Direito Político. Se tática é a arte de pôr em ordem as coisas para um determinado fim, “a tática (...) das assembleias políticas é a ciência que ensina a conduzi-las ao fim predeterminado de sua instituição, mediante a ordem a ser observada em seus procedimentos”<sup>20</sup>. Na opinião de José Antonio Maravall<sup>21</sup>, é algo que, inexoravelmente, influi, de maneira poderosa, na vida política dos povos, mais hoje do que na época em que foram escritas as palavras citadas. Neste ramo do governo, acrescenta Bentham, o fim é, por assim dizê-lo, negativo: “Trata-se de evitar os inconvenientes e impedir as dificuldades oriundas de uma grande reunião de pessoas chamadas a deliberar em comum. A arte do legislador limita-se a afastar tudo quanto possa prejudicar o pleno exercício de sua liberdade ou inteligência”<sup>22</sup>.

19 MARAVALL, José Antonio. *Los reglamentos de las cámaras legislativas y el sistema de comisiones*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1947, p. 12-13.

20 BENTHAM, Jeremy. *Tácticas parlamentarias*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1991, p. 61.

21 MARAVALL, *op. cit.*, p. 15.

22 BENTHAM, *op.cit.*, p. 61.

Pela sua fidedignidade ao pensamento de Bentham, convém citar a seguinte passagem do prefácio de Étienne Dumont<sup>23</sup> à citada obra:

Assegurar a liberdade de todos os membros, colaborar para a memória, dispor as questões tratadas de acordo com uma ordem, possibilitar uma discussão metódica, lograr, por último, a fiel expressão da vontade geral, e atingir os seus fins; estas são as condições necessárias para a manutenção de uma assembleia política. De três perigos iminentes que constantemente a rodeiam, deve precaver-se: a precipitação, a violência e a fraude. Dos maiores inimigos, tem sempre às suas portas: a *oligarquia*, em que um pequeno número domina a vontade da maioria, e a *anarquia*, pela qual cada um, zeloso de sua independência, opõe-se à formação de uma vontade geral. Quais são os meios defensivos de uma assembleia política, se a assaltam todos esses perigos? Não há outro senão o seu sistema interno, que pode salvá-la, ao impor ao corpo inteiro a necessidade da moderação, reflexão e perseverança.

Se foram tão débeis e ineficazes os antigos Estados Gerais da França, foi porque nunca souberam estabelecer para si uma boa polícia nem uma boa forma de deliberar, e, por conseguinte, nunca puderam expressar uma verdadeira vontade geral. Os diferentes membros tinham que sustentar suas divergentes posições a cada nova reunião, e com as melhores intenções inabilitavam-se para trabalhar, dada a desordem interna. Referidos Estados faziam mais alvoroço que um congresso político; e com duas palavras se podia expressar a sua verdadeira feição: fogueira para o presente e falta de previsão para o futuro.

Nos Estados Unidos da América, Thomas Jefferson, quando ocupava a Vice-Presidência (1797-1801), compôs, para seu próprio uso como Presidente do Senado<sup>24</sup>, um “Manual de Práticas Parlamentares”, em que descreveu os pontos cardeais da prática parlamentar inglesa no século XVIII<sup>25</sup>. Referida obra doutrinária teve o extraordinário destino de servir como jurisprudência

---

23 BENTHAM, Jeremy. *Táticas parlamentarias*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1991, p. 55 e 56.

24 De acordo com o artigo I, seção III, 4, da Constituição norte-americana, o Senado é presidido pelo Vice-Presidente dos Estados Unidos, que tem apenas voto de qualidade.

25 SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 84-85.

parlamentar, inclusive na Câmara dos Representantes norte-americana (House of Representatives), cujo regimento, desde 1837 até hoje, concede-lhe, em disposição especial, vigência positiva com caráter supletivo no que não se opuser às regras expressamente compreendidas naquele (Rule XXIX)<sup>26</sup>.

A atual importância jurídico-política dos regimentos parlamentares deriva, portanto, da matéria que regulam e de sua incidência e influência no funcionamento do sistema político. Seu âmbito material abarca desde a constituição, a organização e o funcionamento parlamentar, a elaboração da ordem do dia, o regime de discussão e votação, os procedimentos legislativos geral e especiais e a disciplina interna das câmaras legislativas até as suas relações com outros órgãos constitucionais.

Historicamente, muitas dessas matérias, como o trabalho em comissões e a publicidade dos debates, foram reguladas pelos regimentos parlamentares antes de serem incorporadas aos textos constitucionais.

Woodrow Wilson<sup>27</sup>, por exemplo, sustentou que a instauração do “governo congressional” nos Estados Unidos deveu-se ao desenvolvimento do sistema de comissões, estabelecido pelos regimentos das câmaras. Para ele, a Constituição não é um sistema completo, não faz mais que assentar princípios e dar os primeiros passos em direção à organização dos poderes; é uma pedra angular, mas não uma construção completa. A primeira coisa que se deve perguntar, no exame do sistema de governo – recomenda –, é quais são os depositários reais e o mecanismo essencial do poder, pois sempre há um centro de poder, e em que mãos se acha depositada a autoridade suprema, a que se basta a si mesma<sup>28</sup>. E responde: “a força que domina e fiscaliza, a fonte de toda força motriz e de todo poder regulador, é o Congresso”, fato que, embora evidente, diz, não está na superfície: “circula nas correntes inferiores do Governo”, “nos canais inferiores da legislação e da administração, que não estão expostos à

26 José Antonio Maravall (MARAVALL, José Antonio. *Los reglamentos de las cámaras legislativas y el sistema de comisiones*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1947, p. 13) e Bernard Schwartz (SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 84-85). Cf. <https://rules.house.gov/sites/republicans.rules.house.gov/files/115/PDF/House-Rules-115.pdf> (Acesso em: 17 de junho de 2017).

27 WILSON, Woodrow. *El gobierno congressional: régimen político de los Estados Unidos*. Madrid: La España Moderna, s/d., p. 2-47.

28 *Ibidem*, p. 10.

vista de todos”<sup>29</sup>. Se, sob a administração dos primeiros presidentes, “o Congresso era algo torpe no exercício de suas faculdades”<sup>30</sup>, essa situação – salienta – não perdurou muito tempo, pois o próprio Congresso foi muito hábil em aprender o que devia fazer, e prontamente se dividiu em comissões permanentes, às quais proveu de privilégios de iniciativa e de intervenção legislativa, pondo-se, por si mesmo, a fiscalizar o Governo<sup>31</sup>. Para Wilson, “a organização interior do Congresso determina seu método de legislação, regula seus meios de governar os departamentos executivos, contém o mecanismo pelo qual é dirigida, em todos os seus pontos, a política do país, e é, por conseguinte, um ramo essencial do estudo constitucional”<sup>32</sup>. “Quem não estiver familiarizado com o que o Congresso faz atualmente e com o modo como realiza, com todas as suas funções e todas as suas ocupações, com todos os seus procedimentos de administração e todos os seus recursos de poder – sentença –, estará longe de conhecer o sistema constitucional sob o qual vivemos”<sup>33</sup>.

Instituições e procedimentos tão importantes como o estatuto dos congressistas, a moção de censura nos países parlamentaristas, os grupos e blocos parlamentares, as juntas de portavozes (colégios de líderes), as proposições não legislativas, os requerimentos, as perguntas, as interpelações, entre outros, informa José María Gil-Robles y Gil-Delgado<sup>34</sup>, também surgiram da prática parlamentar e foram regulados, pela primeira vez, nos regimentos das câmaras legislativas. Nada menos do que a transformação do mandato imperativo em mandato representativo instrumentou-se por meio do regimento da Assembleia em plena Revolução Francesa. Também toda a gama de poderes de investigação e controle parlamentar e toda a organização interna do Parlamento são *criações regimentais*, lembra Andrea Manzella<sup>35</sup>.

---

29 WILSON, Woodrow. *El gobierno congresional: régimen político de los Estados Unidos*. Madrid: La España Moderna, s/d., p. 11.

30 *Ibidem* s, p. 37.

31 *Ibidem*, p. 37-38.

32 *Ibidem*, p. 47.

33 *Ibidem*, p. 48.

34 GIL-DELGADO, José María Gil-Robles y. Los reglamentos de las cámaras. *Las Cortes Generales*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, vol. I, p. 243-282, 1987, p. 248.

35 MANZELLA, Andrea. *El parlamento*. Mexico: Instituto de Investigaciones Legislativas,

Portanto, os regimentos parlamentares têm sido a porta de entrada de muitas instituições ao mundo jurídico-constitucional, autênticos viveiros de institutos e normas de natureza constitucional<sup>36</sup>. Por essa razão, alguns doutrinadores, como Joseph Barthélemy e Paul Duez<sup>37</sup>, mencionam a *possibilidade de mudança do sistema político por meio da disciplina dada pelos regimentos parlamentares*, restando formalmente intacta a Constituição<sup>38</sup>.

A constitucionalização de institutos regimentais verifica-se até hoje, pois, quanto mais concisos e parcós são os textos constitucionais no que tange ao tratamento das instituições parlamentares, com maior detalhe e amplitude poderá o assunto ser regulado pelas Casas Legislativas, por meio de seus regimentos, ainda que encontrem o seu marco e a sua justificação nas próprias Constituições<sup>39</sup>, nas quais estão fixadas as diretrizes básicas da organização e do funcionamento parlamentar<sup>40</sup>.

---

1987, p. 248.

- 36 MORAL, Antonio Torres del. *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*. 3. ed. Madrid: Universidad Complutense Madrid, 2010, p. 390-391, e \_\_\_\_\_. *Naturaleza jurídica de los reglamentos parlamentarios*. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, nº 10, p. 7-22, 1986, p. 12.
- 37 BARTHÉLEMY, Joseph & DUEZ, Paul. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Librairie Dalloz, 1933, p. 521.
- 38 Sobre a possibilidade de os regimentos parlamentares desequilibrarem as relações entre os Poderes do Estado e favorecerem o domínio do Executivo sobre o Legislativo, cf. SILVA FILHO, Derly Barreto e. A presidencialização do Poder Legislativo e a parlamentarização do Poder Executivo no Brasil. *Fórum Administrativo*, nº 193, p. 17-43, março de 2017, p. 22-40.
- 39 BUESO, Juan Cano. El principio de autonormatividad de las cámaras y la naturaleza jurídica del reglamento parlamentario. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)*, nº 40, p. 85-99, julio-agosto, 1984, p. 88.
- 40 Para Nicolás Pérez Serrano, considerada a missão transcendental que se encomenda às câmaras legislativas, aconselha-se que seja a própria Constituição quem fixe diretrizes orientadoras de seu funcionamento. E assim entenderam os primeiros textos constitucionais franceses e aqueles promulgados no pós-guerra, como reação aos abusos observados na vida parlamentar. Mas, por mais espaço que a Lei Fundamental consagre à matéria, é necessário que outra norma pormenorize as regras que hão de presidir a vida interna de cada assembleia; daí a existência do regimento parlamentar, verdadeiro código ou conjunto de disposições que determinam a ordem e o método que os trabalhos da câmara devem seguir. Compreende-se, pois, que o regimento e a Constituição achem-se, em certo sentido, em razão inversa, porque aquele há de conter maior número de preceitos quanto mais concisa e parca for a Lei fundamental (SERRANO, Nicolás Pérez. *Tratado de derecho político*. 2. ed. Reimpresión. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 772).

Rainer Arnold<sup>41</sup> assinala, com razão, que o fato de a Constituição estabelecer a instituição de órgãos parlamentares implica, por si só, o poder destes entes de determinar livremente, fundados no texto constitucional, os seus próprios regimentos internos<sup>42</sup>.

Realmente, pois a capacidade autonormativa é uma conquista histórica dos Parlamentos ante o poder de ordenação monárquico. Frente às prerrogativas da Coroa, o Parlamento defendeu e consolidou os seus privilégios, uns de caráter individual, referentes aos parlamentares, outros de índole coletiva, relativos à própria instituição representativa. Dentre estes, enquadra-se a capacidade autonormativa das Câmaras, atributo que exercitam sem ingerência de nenhum outro poder, como é próprio ao autogoverno do Parlamento<sup>43</sup>.

Tal parcela de poder, ainda segundo Rainer Arnold<sup>44</sup>, não constitui mera faculdade parlamentar: trata-se de dever constitucional do órgão de representação política, inerente às suas funções. Diz o autor alemão: "pode-se dizer que, nos casos em que a Constituição mesma fala de regimentos internos (por exemplo, que o Parlamento 'estabelece regimentos internos' ou que age de acordo com os regimentos internos), significa que se trata não somente de um poder do órgão para adotar regimentos internos, mas de uma obrigação constitucional de fazê-lo. É inerente à função constitucional do órgão e advém de sua criação pela Constituição, a fim de que possa exercer adequadamente as funções previstas, o que implica a sua obrigação de estabelecer regimentos internos".

---

41 ARNOLD, Rainer. Consideraciones generales sobre los reglamentos internos del Parlamento en el Derecho alemán. In: FERRERO, Jesús M. Corona *et al.* (coords). *El reglamento parlamentario: propuestas de reforma*, Santander, Parlamento de Cantabria, p. 37-57, 2000, p. 38-39.

42 Do mesmo sentir, mas numa acepção mais ampla, é Paulo Otero, para quem "todos os órgãos públicos têm um poder interno que, assumindo uma natureza inerente, lhes confere uma liberdade conformadora de emanar normas que, completando ou integrando as ausências normativas da regulação externa, disciplinem a organização e o funcionamento dos seus serviços e departamentos e ainda a afectação dos respectivos meios materiais e humanos. Nisto consiste o cerne do princípio da auto-organização interna" (OTERO, Paulo. *Direito constitucional português*. Coimbra: Almedina, v. 2, 2010, p. 29).

43 ELIPE, León Martínez. Fuentes del derecho y del ordenamiento jurídico parlamentario. *I Jornadas de Derecho Parlamentario*. Madrid: Congreso de los Diputados, p. 431-503, 1985, p. 450.

44 ARNOLD, *op.cit.*, p. 41.



Consonante com entendimento esposado por Arnold, Javier Pérez Royo<sup>45</sup> afirma, sinteticamente, que as Casas Legislativas têm autonomia para ditar seus próprios regimentos, *mas não o têm para não ditá-los*, e que o regimento parlamentar é uma norma de *produção ineludível e peremptória*, sem a qual nenhuma câmara pode funcionar. Consiste em um pressuposto indispensável ao exercício das funções parlamentares e, conseqüentemente, à existência real e efetiva das câmaras como órgãos representativos do Estado, razão pela qual a análise do regime e funcionamento das câmaras tenha de considerar, necessariamente, esse diploma.

Sem dúvida, o jogo parlamentar há de se desenvolver segundo regras de atuação, certas quanto à sua existência e seguras quanto à sua observância e aplicação.

Em lição datada de 1918, Affonso Penna<sup>46</sup> asseverou que a primeira necessidade para a boa marcha de qualquer reunião de pessoas que tenham de deliberar em comum é assentar as normas a que todas devam submeter-se, para evitar confusão. Segundo ele, é nas assembleias políticas que “as questões são mais graves, e não raro as paixões desencadeiam-se de modo formidável”, de maneira que “a falta de uma regra, ou antes de um sistema de regras, para a direção das deliberações, daria em resultado a improficuidade dos esforços, a confusão, e mesmo, frequentemente, a anarquia”<sup>47</sup>. Por essa razão – esclareceu –, “todas as Constituições políticas dos povos civilizados incluem algumas regras sobre tão importante assunto, deixando, entretanto, às assembleias, certa amplitude para organizarem o seu regimento interno”<sup>48</sup>. Ainda para Affonso Penna, “o conhecimento do Direito Parlamentar é indispensável a todos os membros de assembleias políticas, que desejem exercer ação útil e eficaz”, e, “para que reine harmonia no seio das assembleias, a primeira condição é a fiel observância do Regimento”, que integra ramo

45 ROYO, Javier Perez. *Curso de Derecho Constitucional*. 12. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 613. No mesmo sentido, Ramón Punset, ao observar que os regimentos parlamentares são *normas de emanação necessária* (PUNSET, Ramón. *Estudios parlamentarios*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 118-119).

46 Affonso Penna, *Manual do Senador*, p. V.

47 *Ibidem*, p. V.

48 *Ibidem*, p. VI.

da Ciência Jurídica “pouco conhecido entre nós, e quase não tem feito objeto da cogitação dos publicistas nacionais”, e também no exterior – complementa –, já que “na Inglaterra e nos Estados Unidos notáveis publicistas assinalam o mesmo descuido”<sup>49</sup>.

No Brasil, bem antes de Affonso Penna, José Antônio Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente<sup>50</sup>, em 1857, assim abordava, em sua análise da Constituição do Império de 1824, o conteúdo e a finalidade dos textos regimentais<sup>51</sup>:

O regimento interno das Câmaras é um regulamento de suma importância, é um sistema refletido de disposições e fórmulas que restringem, dilatam, ou governam os direitos dos representantes da nação, e seus atos no seio dela, o modo de deliberar, suas liberdades, que estabelecem o método, evitam os inconvenientes, previnem as dificuldades. Foi por isso mesmo que a Constituição deixou a cada uma das Câmaras o direito de organizar esse regulamento, salvas algumas condições, que por sua importância ela desde logo determinou como bases, que não deviam ser duvidosas ou alteradas.

E continua<sup>52</sup>:

É de mister um sistema refletido, que evite a precipitação ou surpresa, que segure o direito que cada representante tem de manifestar sua opinião, mas que não eternize a questão, que mantenha a plena liberdade dos debates, mas que evite abusos, ofensas pessoais, imputações odiosas, que comprometem o decoro parlamentar.

Ou seja, a necessidade de regras regimentais, como facilmente se percebe, decorre da natureza e da dimensão dos órgãos colegiais parlamentares. A propósito, Luther Stearns Cushing<sup>53</sup> observa:

49 Affonso Penna, *Manual do Senador*, p. VII.

50 BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978, p. 132.

51 *Ibidem*, p. 129.

52 *Op. cit.*, p. 132.

53 CUSHING, Luther Stearns. *Ley parlamentaria americana: elementos de la ley y práctica de las Asambleas Legislativas en los Estados Unidos de América*. Buenos Aires: Imprenta y Librería de Mayo, v. 1, 1886, p. 334.

Se um corpo deliberante é composto de poucos membros, poucas ocasiões tem para dar-se regras que governem seus procedimentos, qualquer que seja a natureza ou extensão de seus poderes; se seus poderes são limitados, em proporção à sua limitação tem muito poucas oportunidades para fazer regras de procedimento, por maior que possa ser o número de seus membros; se seu número é considerável e seus poderes extensos, regras e métodos estabelecidos de seus procedimentos são indispensáveis para o bom desempenho de suas funções. Um comitê de três ou cinco membros é um exemplo da primeira classe de corpos deliberantes; um grande júri, ainda que não seja um corpo numeroso, representa um bom exemplo da segunda; as duas Câmaras do Parlamento britânico e as Assembleias Legislativas dos Estados Unidos pertencem à terceira.

Ao tratar do processo de formulação de políticas e, especificamente, da deliberação pública, Giandomenico Majone<sup>54</sup> atenta para a circunstância de que o debate sem regras conduz à discussão interminável e, inclusive, à violência. Para ele, um organismo deliberante que carece de organização pode padecer de diversas perturbações<sup>55</sup>, dentre as quais o obstrucionismo. E, para que esses perigos sejam afastados – registra –, os regimes democráticos modernos institucionalizaram e regularam, cuidadosamente, a deliberação pública, por meio de refinados códigos processuais nos campos legislativo, eleitoral, administrativo e judicial, fruto de séculos de experiência em lidar com os problemas práticos da deliberação pública. Tais procedimentos – elucida – têm o propósito de assegurar a exposição de um grande número de opiniões sem impedir a obtenção de uma conclusão, e sua importância é tal que se pode afirmar que *a história do governo democrático é a história dos diversos procedimentos estabelecidos para institucionalizar e regular a deliberação pública*<sup>56</sup>.

54 MAJONE, Giandomenico. *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 37.

55 É por isso que Federico Mohrhoff diz que o regimento é um *corpus* normativo sistematicamente ordenado e obrigatório, que informa toda a vida da assembleia, documento jurídico-político que constitui um texto orgânico que garante a *maturidade*, a *ponderação* e a *liberdade de juízo e palavra*, permitindo o adequado estudo e minuciosa averiguação no campo legislativo (MOHRHOFF, Federico. *Principii costituzionali e procedurali del Regolamento del Senato*. Roma: Dott. Giovanni Bardi Editore, 1949, p. 10).

56 MAJONE, Giandomenico. *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 37.

Étienne Dumont<sup>57</sup>, no prefácio da obra *Táticas parlamentares*, de Jeremy Bentham, salienta, com maestria, o papel ordenador dos regimentos parlamentares, afirmando que, sem disciplina, o patriotismo tem tão escassa oportunidade em uma assembleia numerosa quanto o valor em um campo de batalha.

Mas a finalidade dos regimentos parlamentares não se reduz, apenas, a assegurar a indispensável ordem dos trabalhos desenvolvidos no seio das câmaras legislativas. Na ambiência de um Estado Democrático de Direito, cobra-se, deles, ademais, a garantia das minorias face à maioria parlamentar.

Quando se diz que o jogo parlamentar há de se desenvolver segundo regras de atuação certas quanto à sua existência e seguras quanto à sua observância e aplicação, quer-se evidenciar não só que os atos do legislador devem ser fruto da disciplina – e não da desordem ou consequência inexorável da tirania das agremiações majoritárias –, mas, da mesma forma, que devem ser produto da deliberação ordenada e encaminhada segundo regras preordenadas a garantir o *caráter representativo e plural da vontade parlamentar*, com a consideração e ponderação de ideologias, pontos de vista e interesses políticos, econômicos, sociais e culturais minoritários ontologicamente divergentes.

Do mencionado “Manual de Práticas Parlamentares”, de Thomas Jefferson<sup>58</sup>, consta, logo no seu pórtico, citação de Hatsell, segundo a qual os regimentos visam a salvaguardar a minoria dos caprichos e abusos da maioria. Confira-se o seguinte excerto:

O Sr. Onslow, o mais capaz entre os Presidentes da Câmara dos Comuns, costumava dizer que era uma máxima que ele tinha ouvido mais de uma vez, quando era jovem, por parte de parlamentares mais antigos e mais experientes, que nada ajudava tanto a colocar o poder nas mãos da administração e daqueles que agiam com a maioria da Câmara dos Comuns, do que uma atitude de negligência ou desvio em relação às re-

57 BENTHAM, Jeremy. *Táticas parlamentarias*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1991, p. 54.

58 JEFFERSON, Thomas. *Um manual de práticas parlamentares: para uso do Senado dos Estados Unidos*. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2006, p. 25-26.

gras de procedimento que, tal como instituídas pelos nossos ancestrais, tinham como objetivo fiscalizar e controlar as ações da maioria; e que em muitos casos, constituíam um abrigo e uma proteção da minoria, contra os ataques do poder. Até hoje, esta máxima continua sendo verdadeira, tendo como base o bom senso uma vez que, como a maioria, meramente pelo seu número, tem o poder de paralisar quaisquer medidas propostas por seus opositores e que eles consideram inadequadas, as únicas armas com que a minoria se pode defender contra tentativas semelhantes dos que estão no poder são as formas e regras de procedimento que, ao longo do tempo, têm sido adotadas sempre que consideradas necessárias e que se tornaram a lei da Casa; aderindo a essas regras de forma estrita, a parte mais fraca pode ser protegida daquelas irregularidades e abusos que o capricho do poder vezes demais é capaz de sugerir às grandes maiorias coroadas de sucesso, e que essas regras têm como objetivo controlar.

Ainda para Hatsell, citado por Jefferson<sup>59</sup>, não ganha foros de relevância o fato de serem as fórmulas e regras de procedimento as mais racionais e sim a sua *constância*:

Saber se essas formas são, em todos os casos, as mais racionais, não é realmente muito importante. É muito mais importante a existência de uma regra que possa ser seguida, do que saber que tipo de regra ela é; que possa existir uma uniformidade de procedimentos na condução dos trabalhos, sem que exista uma sujeição aos caprichos do Presidente, ou aos estratagemas dos parlamentares. É muito importante a preservação da ordem, decência e regularidade num corpo político público que queira ser considerado digno.

Em 1886, Gladstone<sup>60</sup>, por ocasião da eleição do *Speaker* inglês<sup>61</sup> sir Arthur Peel, registrava que o perigo das agressões externas, por parte

59 JEFFERSON, Thomas. *Um manual de práticas parlamentares: para uso do Senado dos Estados Unidos*. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2006, p. 26.

60 *Apud* Affonso Penna, *Manual do Senador*, p. IX e X. No mesmo sentido, manifestou-se Homersham Cox: “Somente a estrita observância dessas regras [regimentais] pode proteger eficazmente as minorias contra os abusos e excessos que a embriaguez do poder pode facilmente sugerir às maiorias poderosas e cegas pela fortuna” (*apud* Affonso Penna, *Manual do Senador*, p. X (com esclarecimentos entre colchetes).

61 *Speaker* é o presidente da Câmara dos Comuns.

do Governo, era quase uma recordação histórica. Naquele período do século XIX, a principal preocupação residia, segundo Gladstone, nos excessos cometidos no seio das assembleias políticas, por seus próprios membros, porventura excitados pelas más paixões. São suas palavras:

Houve tempo, senhores, em que o principal dever do presidente consistia em defender os privilégios da Câmara contra as agressões externas. Os perigos dessa classe já desapareceram, e agora o principal dever do presidente, pode-se dizer praticamente que a quase exclusiva obrigação do presidente, consiste em defender a Câmara contra si mesma, ou antes, impor a autoridade da corporação a qualquer de seus membros que não compreenda suficientemente seus deveres. Temo, Sr. Presidente, que o desempenho dessa tarefa se tenha tornado na atualidade mais árduo e difícil do que era antigamente a defesa da Câmara contra as agressões externas, missão especial, naqueles tempos, do posto que ocupa.

Em suma, as finalidades basilares dos regimentos das Casas Legislativas são a ordem dos trabalhos parlamentares e a defesa das minorias<sup>62</sup>.

### 3. Natureza Jurídica dos Regimentos parlamentares

Em estudo específico sobre o tema, Antonio Torres del Moral<sup>63</sup> recomenda que, da mesma maneira que ocorre com as definições, e pela

---

62 No mesmo sentido, Luther Stearns Cushing, quando afirma: “É extremamente importante à conservação da ordem, da decência e da regularidade em uma Assembleia numerosa, e não menos essencial ao seu poder de ação harmônica e eficaz, que seus procedimentos sejam regulamentados por formas e métodos estabelecidos; considerando essas finalidades, talvez seja mais importante que haja regras estabelecidas do que elas sejam fundadas sobre as mais firmes bases da razão; o maior objetivo é lograr a uniformidade de procedimento nas decisões das Assembleias, garantindo-as, ao mesmo tempo, contra o capricho do seu Presidente e as disputas capciosas de seus membros. A minoria busca sua proteção contra o poder da maioria com base na observância da ordem e da regularidade entre os membros da Câmara” (CUSHING, Luther Stearns. *Ley parlamentaria americana: elementos de la ley y práctica de las Asambleas Legislativas en los Estados Unidos de América*. Buenos Aires: Imprenta y Librería de Mayo, v. 1, 1886, p. 334-335). Na opinião de Vittorio di Ciolo, além de naturalmente permitir o ordinário desenvolvimento das funções parlamentares, uma das principais finalidades atribuídas aos regimentos parlamentares é salvaguardar os direitos da minoria contra os possíveis abusos da maioria (CIOLO, Vittorio di. *Le fonti del diritto parlamentare*. Milano: Giuffrè Editore, 1973, p. LVI).

63 MORAL, Antonio Torres del. Naturaleza jurídica de los reglamentos parlamentarios. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, nº 10, p. 7-22, 1986, p. 8.

mesma razão, a questão relativa à natureza jurídica deve ser a última ou das últimas no estudo de um instituto jurídico, e não a primeira ou das primeiras, como sói acontecer<sup>64</sup>.

Com razão, pois, sem situar histórica, social e politicamente os regimentos parlamentares, difícil será a tarefa, e inexato será o seu resultado, tendente a precisar a sua essência, a sua substância.

Considerada a cautela, pode-se afirmar que os elementos históricos, sociológicos, políticos e jurídicos precedentemente descortinados e analisados colaboram, nesta quadra, e de modo já suficiente, para desvendar e conhecer o significado último do instituto sob investigação, a afinidade que porventura tem, em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo ser nela incluído a título de classificação<sup>65</sup>.

Longe de ser um exercício investigativo frívolo ou extravagante, o estabelecimento da natureza jurídica dos regimentos parlamentares reveste-se de considerável importância constitucional, na medida em que, como ressaltado, mencionados diplomas tratam de assuntos relativos à organização e ao funcionamento de um dos Poderes do Estado. Nada mais apropriado do que esquadrihar a sua natureza jurídica, para saber, por exemplo, se são leis, atos administrativos ou têm outra compleição. Nada mais apropriado e, também, atual, embora Pinto Ferreira<sup>66</sup> registre que a necessidade da adoção de regras relativas ao bom andamento dos trabalhos parlamentares dista de longa data e que a origem histórica dos regimentos remonta à Inglaterra, aos velhos artigos do *Modus Tenendi Parliamentum*, onde os costumes seculares foram-se consolidando, e já

64 Não obstante, o autor entende que a questão relativa à natureza jurídica dos regimentos parlamentares é uma das mais inúteis que se pode propor a um jurista. Corresponde ao desejo de etiquetar e classificar, mas não acrescenta nada nem ao conhecimento real da coisa nem ao seu manejo prático, porquanto nada há no mundo que tenha natureza própria por si mesma ou em si mesma. Sua natureza advém de sua conformação jurídica. A primeira pergunta do jurista costuma ser a da natureza jurídica do instituto que estuda, e a resposta somente pode ser obtida quando se sabe como está regulado, quais competências tem, que direitos e obrigações cria, com que efeitos jurídicos (MORAL, Antonio Torres del. Naturaleza jurídica de los reglamentos parlamentarios. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, nº 10, p. 7-22, 1986, p. 8).

65 Vide o verbete “natureza jurídica”, *In*: DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1998, p. 337.

66 FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1989, p. 587.

na época de Eduardo VI (1537-1553) eram aceitas as *standing orders*, as principais regras de Direito Parlamentar. Em 1844 – assinala –, existiam quatorze delas; hoje, são mais de duas centenas em ambas as Casas<sup>67</sup>.

Sem embargo da antiguidade do tema, o interesse doutrinário específico acerca de sua natureza jurídica data de pouco mais de um século.

Tomás Vidal Marín<sup>68</sup>, citando Oscar Alzaga Villaamil, consigna que, provavelmente, o primeiro debate político no qual se discutiu teoricamente sobre a natureza jurídica dos regimentos parlamentares teve lugar no final do ano de 1900, na Itália, por ocasião da renovação do Senado. Nessa oportunidade, esclarecem Manuel Gonzalo González e Antonio Torres del Moral<sup>69</sup>, alguns senadores queriam denominar o regimento parlamentar de *lei interna*, não só pelo clima de idolatria à lei, própria do regime constitucional, mas também em razão do caráter legislativo do órgão que o dita. Mas a principal razão para isso residia no fato de que, assim rotulado, o regimento ficava amparado contra as críticas que poderiam fazer-se acerca de sua furtiva aplicação com efeito *contra legem*. No entanto, alguns autores reagiram contra a intenção de definir o regimento parlamentar como lei, sob a alegação, por exemplo, de que tal diploma não era objeto de sanção, de promulgação e de publicação, não estava sujeito à deliberação pelas duas câmaras dos sistemas bicamerais, mas somente daquela afetada por ele, e, por fim, não vinculava terceiros, estranhos ao Parlamento.

Joaquín J. Marco Marco<sup>70</sup> vai mais além, e sustenta que a polêmica origina-se em meados do século XIX, na Espanha, como o provam os Diários das Sessões das Cortes de 1858 e de 1867.

---

67 Segundo informações constantes das páginas oficiais do *site* do Parlamento inglês na Internet, existem, atualmente, 163 regras na *House of Commons* (vide: [https://www.publications.parliament.uk/pa/cm201718/cmstords/0004/so\\_hc0004\\_170420.pdf](https://www.publications.parliament.uk/pa/cm201718/cmstords/0004/so_hc0004_170420.pdf). Acesso em: 17 de junho de 2017) e 84 na *House of Lords* (vide: <https://www.parliament.uk/documents/publications-records/House-of-Lords-Publications/Rules-guides-for-business/Standing-order-public-business/Standing-Orders-Public.pdf>. Acesso em: 17 de junho de 2017).

68 MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2005, p. 54.

69 GONZÁLEZ, Manuel Gonzalo; MORAL, Antonio Torres del. *El Parlamento: El Reglamento de las Cámaras. Organización interna*. In: MORAL, A. Torres del. *Introducción al derecho político*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, p. 357-370, 1997, p. 364-365.

70 MARCO, Joaquín J. Marco. *El reglamento parlamentario en el sistema español de fuentes de derecho*. Valencia: Corts Valencianes, 2000, p. 85.



Seja como for, até hoje, notadamente no âmbito europeu, a questão relativa à natureza jurídica dos regimentos parlamentares encontra-se envolta por intensa polêmica, sendo um tema sobre o qual ainda pairam muitas incertezas.

Dependendo da natureza jurídica que se lhes atribua, também variarão – di-lo Tomás Vidal Marín<sup>71</sup> – as conclusões acerca de sua consideração como parâmetros de verificação da constitucionalidade formal de leis que, não obstante votadas e aprovadas, não tenham cumprido determinadas disposições regimentais.

Se tomados em consideração como *atos internos* que somente se circunscrevem ao recinto camarário e dos quais o Parlamento pode livremente dispor, vício não haverá. Entretanto, se os regimentos tiverem a natureza de normas jurídicas que vinculam os legisladores e os obrigam a respeitá-los e cumpri-los, dúvida não remanescerá de que o seu comportamento contrastante será, em tese, reprochável.

No Brasil, a necessidade de se estabelecer com precisão a natureza jurídica dos regimentos parlamentares pode ser captada sob mais outro aspecto, igualmente sensível e momentoso.

Em 2008, por exemplo, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados<sup>72</sup> defendeu a necessidade de realização de mudanças regimentais, visando a imprimir maior celeridade aos trabalhos parlamentares. Entre as mudanças propostas do grupo de trabalho constituído para tanto, constaram a restrição do encaminhamento de votação, tanto da proposta principal quanto dos destaques, o fim da votação de proposição por partes e do requerimento de votação nominal, a limitação da quantidade de requerimentos para transferir a discussão e a votação da matéria para outra sessão e a exigência de maioria absoluta para apresentação de emendas aglutinativas, instrumentos aos quais, no jogo parlamentar, as minorias opositoras amiúde recorrem.

---

71 MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2005, p. 53.

72 BITTAR, Rodrigo. Líderes estudam mudança no Regimento Interno da Câmara. Agência Câmara, 11/04/2008. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/120175.html>. Acesso em: 2 de dezembro de 2016.

No Senado Federal, foi criada, a partir da aprovação do Requerimento nº 208, de 2008, comissão temporária para apresentar projeto de reforma do Regimento Interno<sup>73</sup>. Dentre as suas preocupações, também estava o aumento da eficácia legiferante<sup>74</sup>.

Por meio do Ato Conjunto nº 1, de 2013, dos Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados<sup>75</sup>, criou-se a Comissão Mista destinada a elaborar, em sessenta dias, proposta de reforma do Regimento Comum do Congresso Nacional<sup>76</sup>.

A vingarem reformas regimentais desse jaez, decerto poderão surgir questionamentos a respeito de sua viabilidade constitucional. Se a natureza jurídica dos regimentos parlamentares for a de meros atos internos de livre disposição das Casas Legislativas, não se poderá objetar a

---

73 Referida comissão apresentou o Projeto de Resolução do Senado nº 17, de 2009, que ainda está em tramitação. Fonte: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90525>. Acesso em: 18 de junho de 2017.

74 Em Portugal, João Ramos critica, com razão, estudos recentes, que apontam para a diminuição do tempo de duração dos processos decisórios a cargo do Parlamento. Para ele: “Trata-se de demonstração que, em si e por si, nada traz de bom ao processo legislativo parlamentar. Há que superar definitivamente a ideia de que para combater a “crise” do Parlamento se deve transformá-lo numa “fábrica de fazer leis” ao ritmo do eco mediático dos escândalos judiciais, da corrupção administrativa, da incompetência dos burocratas, dos apelos orgânicos e inorgânicos e das reiteradas referências críticas à pouca produtividade do trabalho parlamentar”. “O aumento dos níveis de produtividade legislativa tem contribuído para a perda de qualidade, de eficácia e da eficiência do ordenamento normativo. À superactividade legislativa do Parlamento (...) deve responder-se com o reforço dos procedimentos internos de promoção, de controlo e de avaliação da qualidade normativa, o que postula tempos de preparação, de negociação e de reflexão livres da pressão dos tempos mediático-políticos. Tempos que permitam: determinar com clareza e precisão os objectivos; definir com rigor o problema; verificar se “fazer uma lei” é a melhor maneira de actuar na circunstância; recolher informação; tomar em consideração os contributos externos; inventariar soluções; antecipar efeitos e avaliar as consequências” (RAMOS, João. *A iniciativa legislativa parlamentar: a decisão de legislar*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 77-78).

75 *Diário do Senado Federal – Sessão Conjunta*, 6 de março de 2013, quarta-feira, p. 00433.

76 O Regimento Comum do Congresso Nacional foi originalmente aprovado pela Resolução nº 1, de 1970. Parte de seus dispositivos encontra-se revogada ou alterada pela Constituição da República de 1988 e por resoluções subsequentes. De acordo com o Ofício nº 1/2014 – CMRRC, de 17 de dezembro de 2014, o Presidente da Comissão Mista Especial criada pelo Ato nº 1, de 2013, destinada a elaborar proposta de reforma do Regimento Comum do Congresso Nacional, comunicou a Presidência do Congresso Nacional que colegiado encerrou os trabalhos sem a aprovação de seu Relatório Final (*Diário do Senado Federal*, 19 de dezembro de 2014, p. 766).

pretensão nem a extensão reformadora. Todavia, se considerados como normas jurídicas vinculantes, a sua infração poderá nulificar a correspondente decisão parlamentar, uma vez violada eventual garantia do direito de oposição parlamentar de extração regimental.

Nessa cadência, conhecida a natureza jurídica dos regimentos parlamentares, será possível saber até que ponto pode ser considerada constitucionalmente válida a exclusão ou a limitação, pela maioria, de garantias regimentais do direito de oposição. Outrossim, uma vez provocado pelas minorias parlamentares a se manifestar, o Supremo Tribunal Federal poderá, ou não, exercer o controle de tais alterações fundado em premissas teóricas mais sólidas. Hoje, o Supremo Tribunal Federal considera os regimentos das Casas Legislativas atos *interna corporis*, por natureza incognoscíveis<sup>77</sup>, afetos, exclusivamente, a assuntos domésticos do Parlamento, visão que obsta a sindicabilidade do comportamento parlamentar infringente da ordem regimental<sup>78</sup>.

77 Vide posição crítica acerca do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 118 e ss.

78 Desde a promulgação da Constituição da República de 1988 – e, por certo, pela abertura democrática por ela propiciada –, o STF vem sendo chamado a arbitrar frequentes conflitos entre a maioria e a minoria parlamentar em torno de questões relativas à aplicação de normas de regimentos legislativos que constituem não apenas repetição formal de dispositivos constitucionais, mas também interpretam e desenvolvem a Constituição e até criam institutos por ela não previstos. A sua jurisprudência, no entanto, demonstra que a Corte brasileira ainda segue trilhando o mesmo entendimento sedimentado no regime constitucional revogado, ao entrever, na Carta Política, vedação material à sua jurisdição, pois, para ela, controvérsias surgidas da aplicação dos regimentos parlamentares não estão sujeitas a controle judicial; são assuntos cuja solução cabe exclusivamente ao próprio Poder Legislativo. Daí a paradigmática afirmação do Ministro Francisco Rezek, amiúde utilizada pelas autoridades parlamentares na defesa da insindicabilidade de seus atos: “Matéria relativa à interpretação, pelo Presidente do Congresso Nacional, de normas de regimento legislativo é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis*” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.471-DF, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, Ed. Brasília Jurídica, v. 112, junho de 1985, p. 1023). Para o STF, os atos *puramente* regimentais estão excluídos de seu escrutínio. Ilustrativo, nesse sentido, é o acórdão proferido em 22 de junho de 2005, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.831, de cuja ementa extrai-se o seguinte trecho: “Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os *limites delineados pela Constituição* ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a *direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional* e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.831. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, STF, v. 200, n. 3, abril a junho de 2007, p. 1123 – sem grifo no

Vê-se, desta forma, que o escrutínio relativo à natureza jurídica dos regimentos parlamentares tem repercussão eminentemente prática, e não exclusivamente teórica.

A controvérsia atinente à essência dos regimentos parlamentares pode ser compreendida, inicialmente, a partir da enunciação de duas grandes correntes sobre o tema, que têm nuances não muito substanciais.

A primeira formulação teórica considera que, por serem decisões unilaterais de cada câmara, os regimentos têm *natureza estatutária*, de *direito corporativo*, prescrições autonômas que uma corporação dá a si mesma, com efeitos unicamente internos, e que não integram o ordenamento jurídico.

Não sendo leis – porque são votados apenas por uma câmara e dispensam a promulgação e a publicação –, mas um conjunto de resoluções parlamentares, os regimentos somente vinculam e obrigam os membros do Parlamento enquanto tais<sup>79</sup>.

O Parlamento é visto como corporação, instituição separada das que integram a organização burocrática do Estado. Nesta acepção, isto é, como órgão distinto do Estado, ele é dotado de autonomia e o seu regimento não transcende o perímetro parlamentar nem pode ser invocado ante os tribunais.

Maurice Hauriou<sup>80</sup>, um dos expoentes dessa teoria, relembra que um dos primeiros meios que o constitucionalismo empregou para as-

---

original). Em outros termos, o STF entende que, quando as Casas Legislativas infringem os seus regimentos ou violam direitos de extração regimental, os seus atos não são passíveis de censura judicial. A sua jurisdição somente pode ser ativada se o Parlamento desbordar dos limites constitucionalmente delineados ou, ao exercer as suas atribuições institucionais, ofender direitos públicos subjetivos de natureza constitucional. Em suma, para a Corte, os atos parlamentares puramente regimentais revelam-se insuscetíveis de reexame judicial, já que a interpretação de normas de regimentos, por qualificar-se como típica matéria *interna corporis*, suscita questões pré-excluídas, em função do princípio da separação dos poderes, da apreciação judicial, as quais devem ser resolvidas, exclusivamente, no e pelo Poder Legislativo.

79 Segundo tal teoria, os regimentos alcançam, inclusive, ministros-parlamentares. Não se impõem, todavia, aos ministros e comissários do governo que não sejam membros da câmara, porquanto as relações que mantêm com ela são reguladas por leis e não por regimentos.

80 HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y consittucional*. Trad. de Carlos Ruiz Del Castillo. Granada: Editorial Comares, 2003, p. 307.

segurar a liberdade política consistiu em limitar o poder por meio do estabelecimento de regras de direito de caráter constitucional. Para compreender o alcance desse mecanismo, há que se examinar – sustenta – o problema mais geral da limitação do poder por regras de direito de outra natureza.

O elemento mais rudimentar do chamado Direito da Constituição – e, ao mesmo tempo, o mais persistente sob todos os regimes políticos – é, segundo o constitucionalista francês<sup>81</sup>, o dos costumes e práticas da Constituição. Situam-se nessa categoria os usos e as práticas que se observam no funcionamento dos diversos órgãos de governo, como, por exemplo, no procedimento das reuniões parlamentares. São regimentos que têm uma grande importância para a marcha regular dos assuntos, e, por conseguinte, para a moderação do poder político. Apesar de serem jurídicas – continua –, tais regras não adquirem a importância do “direito legal”, pois carecem da generalidade da lei; são, tão somente, regras costumeiras afetas à vida parlamentar, e, portanto, particulares. Apesar de os regimentos estabelecerem regras de forma e de procedimento, que se transformam em regras consuetudinárias por meio das quais se assegura a ordem dos trabalhos parlamentares, não são judicialmente aplicáveis, pois os juízes somente executam as regras que têm generalidade e reputam-se consagradas pelo *usus communis*. Sem embargo, isto não significa que os regimentos não estejam submetidos ao crivo sancionador da opinião daqueles que participam do jogo constitucional. E a razão para isso é prosaica: as pessoas sentem instintivamente que o respeito pelas formas é garantia essencial ao desenvolvimento de uma atividade comum; todos os membros do Parlamento têm interesse em ver respeitado o regimento, tal como todos os jogadores de uma partida de futebol têm interesse em ver respeitadas as respectivas normas de regência. Assim se explica que toda infração às regras de forma e de procedimento suscite um enérgico apelo ao regimento.

Em síntese, Maurice Hauriou entende que os regimentos não são leis, porque cada câmara vota unicamente o seu; pertencem à categoria dos *acordos parlamentares, simples práticas*, cuja execução cabe a cada

---

81 HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y consitucional*. Trad. de Carlos Ruiz Del Castillo. Granada: Editorial Comares, 2003, p. 326-328.

câmara, relativamente aos seus membros, pelos seus próprios meios e sem apelar ao juiz, que não é competente para decidir sobre questões afetas à sua aplicação. Dos regimentos, nasce a ação disciplinar do corpo constituído sobre os seus membros. Neles, estão contidos as regras e os procedimentos do trabalho parlamentar. São os instrumentos eficazes das reformas que, nesta seara, hão que se realizar. Os regimentos das câmaras são, assim, textos constitucionais da maior importância, ainda que da categoria de *simples prácticas*<sup>82</sup>.

Joseph-Barthélemy e Paul Duez<sup>83</sup> também se alinham ao entendimento de Maurice Hauriou e reafirmam que o regimento é uma regra juridicamente obrigatória, que vincula a câmara enquanto não for alterado, vale somente para o interior do corpo legislativo e não pode ser invocado ante os tribunais.

Segundo Léon Duguit<sup>84</sup>, o regimento é um conjunto de disposições de caráter geral que determinam a ordem e o método dos trabalhos de cada câmara. É, de certa forma, a lei interna de cada câmara. Do fato de o regimento não ser uma lei formal, mas somente uma resolução adotada por uma das câmaras, infere-se que não pode conter disposição alguma que seja contrária à lei constitucional ou à lei ordinária. Para Duguit, o regimento impõe-se não somente aos membros da Câmara considerados individualmente, mas também a toda a Câmara coletivamente considerada. Não pode, logicamente, aplicar-se às pessoas que não integram a câmara, nem aos membros dela quando não atuam como tais. A Câmara pode modificar ou derrogar as disposições de seu regimento, mas, enquanto vigerem, a Câmara não pode praticar qualquer ato contrário a elas, da mesma forma e pela mesma razão jurídica que não pode executar nenhum ato contrário à lei.

---

82 HAURIUO, Maurice. *Principios de derecho público y consittucional*. Trad. de Carlos Ruiz Del Castillo. Granada: Editorial Comares, 2003, p. 536.

83 BARTHÉLEMY, Joseph & DUEZ, Paul. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Librairie Dalloz, 1933, p. 522-523.

84 DUGUIT, León. *Manual de derecho constitucional*. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 373.

R. Carré de Malberg<sup>85</sup> igualmente considera que o regimento das câmaras não tem o alcance de uma lei. Como obra de cada uma das assembleias – que são, como suas donas, as únicas competentes para modificá-los –, os regimentos constituem, para elas, um estatuto interno, que não pode obrigar terceiros, notadamente o Presidente da República – que, antes da promulgação de uma lei, se limita a certificar-se se ela foi discutida e depois aprovada pelas câmaras, aferição que se restringe a aspectos formais e que não abarca escrutínios sobre o caráter dos procedimentos empregados para aprovar a proposição legislativa – e os tribunais – que se adstringem a verificar se houve a promulgação da lei e não a averiguar acerca de sua regularidade interna à luz dos cânones do processo de criação das leis.

Na concepção de Nicolás Pérez Serrano<sup>86</sup>, o regimento somente obriga a câmara que o votou, tendo o caráter de acordo, de resolução, diferentemente da lei, obra de ambos os corpos legislativos, ainda que essa diferença se esfumace em regimes unicamerais. Ainda para o autor, o regimento não dura mais do que uma legislatura, pois a câmara nova não fica obrigada a aceitar o regimento da anterior.

Para Paul Laband<sup>87</sup>, “não se pode (...) fazer um cotejo entre o regimento e um decreto do Imperador ou do Bundesrath: no decreto, há a manifestação de poder do Império, exercício de um direito soberano em virtude da delegação feita a um órgão do Império; no regimento, trata-se somente da organização estatutária dos assuntos interiores desse órgão do Império”.

Julius Hatschek, por seu turno, concebe os regimentos parlamentares como mera *suma de regras convencionais*, regras das quais as câmaras podem desvincular-se a qualquer momento, ou seja, são normas de aplicação fática, que podem manter-se em cem casos e não se aplicar ao seguinte. Nesta acepção, os regimentos são simples compilações de práticas largamente observadas, pelo que o seu valor é inferior ao do costume parla-

85 MALBERG, R. Carré. *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 419-421.

86 SERRANO, Nicolás Pérez. *Tratado de derecho político*. 2. ed. Reimpresión. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 773.

87 LABAND, Paul. *Le droit public de l'Empire Allemand*. Paris: V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, t. 1, 1900, p. 514.

mentar. Fonte doserr Direito Parlamentar não é o regimento, mas, sim, o costume. Neste, funda aquele a sua validade. Só se torna obrigatório o regimento quando transformado em norma consuetudinária.

Segundo José Antonio Maravall<sup>88</sup>, que bem resume a posição teórica de Hatschek, nenhuma lei teria a flexibilidade suficiente para adaptar-se ao desenvolvimento concreto e cambiante das atividades parlamentares. A *viva vox* na deliberação supõe a *viva lex*, no sentido de que esta somente pode corporificar-se no presidente da assembleia legislativa e não em um texto escrito. Por isso, a câmara pode afastar-se do regimento quando entenda oportuno, o que constitui a principal característica das regras convencionais. Dessa concepção de Hatschek, podem ser deduzidos os seguintes postulados: 1) o regimento tem valor jurídico menor do que a prática ou o uso, pois a prática ou o uso pode alterá-lo; 2) o regimento não tem o valor de uma codificação; conseqüentemente, não cabe a interpretação “segundo o espírito do regimento”, como se dá com a interpretação “segundo o espírito da lei”. O regimento é, assim, uma *suma de resoluciones*; 3) o regimento não constitui uma fonte independente do Direito Parlamentar, não pode ser posto ao lado da Constituição, da lei e dos costumes.

A tese de Hatschek tem o mérito de ressaltar a origem de parte substancial do Direito Parlamentar, que é fruto do costume e da prática<sup>89</sup>. Todavia, é de se ter em conta que, inclusive nos países anglo-saxões, que dão o máximo valor ao precedente, os *standing orders* têm uma vocação de permanência que ultrapassa em muito a duração de uma legislatura.

Coro Cillán García de Iturrospe<sup>90</sup> aborda criticamente a formulação teórica do autor alemão sob o ponto de vista dos destinatários dos regimentos: Hatschek afirma que o Parlamento, como autor das disposições contidas no regimento, dispõe de meios suficientes para impor a disciplina parlamentar. É exatamente aqui que a tese do autor alemão

---

88 MARAVALL, José Antonio. *Los reglamentos de las cámaras legislativas y el sistema de comisiones*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1947, p. 39-40.

89 MARCO, Joaquín J. Marco. *El reglamento parlamentario en el sistema español de fuentes de derecho*. Valencia: Corts Valencianes, 2000, p. 88.

90 ITURROSPE, Coro Cillán García de. Teoría general sobre la naturaleza de los reglamentos parlamentarios. *I Jornadas del Derecho Parlamentario*. Madrid: Congreso de los Diputados, v. 1, p. 355-400, 1985, p. 384-385.



revela-se inconsistente, pois as medidas derivadas do poder disciplinar do Parlamento não podem ser entendidas somente como sanções de índole convencional, mas devem ser consideradas como resoluções coercitivas de natureza jurídica, que têm por objeto privar temporalmente o parlamentar do exercício do direito fundado na Constituição.

De outro lado, José Antonio Maravall<sup>91</sup> observa ainda que não é correto afirmar que a câmara é juridicamente livre em relação às suas normas regimentais, como sustenta Hatschek, nem se atém a elas como uma espécie de direito consuetudinário. Se uma prática parlamentar obriga, é porque se presume a vontade da câmara de aceitá-la. No entanto, em qualquer momento, essa mesma vontade pode alterar a própria norma regimental.

Ambas as perspectivas, a que considera os regimentos parlamentares como regras convencionais e a que os vê como normas estatutárias de direito corporativo, predicam-nos como uma questão alheia ao ordenamento jurídico estatal. O próprio Parlamento, como instituição, fica à margem de outras regras que não sejam as especificamente contidas na Constituição, e, ainda neste caso, dentro dos modelos continentais, e como órgão de expressão da soberania nacional, os preceitos constitucionais operam mais sobre as formas de composição e duração das legislaturas do que sobre o funcionamento parlamentar propriamente dito<sup>92</sup>.

O Parlamento, porém, não pode reduzir-se a uma corporação ou a uma agremiação política majoritária. É um dos poderes soberanos da organização política estatal.

Na síntese de Maria João Caramelo Moreira<sup>93</sup>, trata-se de uma concepção menos unitária do sistema constitucional, na medida em que contrapõe o Estado-aparelho ao corpo representativo e acentua, ao máximo, num e noutro, o caráter fechado face ao exterior, impossibilitando a extensão do direito objetivo e da correspondente penetração do con-

---

91 MARAVALL, José Antonio. *Los reglamentos de las cámaras legislativas y el sistema de comisiones*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1947, p. 40-41.

92 TURA, Jordi Solé; PEREZ, Miguel A. Aparicio. *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, p. 83 -84.

93 MOREIRA, Maria João Caramelo. A natureza jurídica do regimento parlamentar. *Estudos de Direito Parlamentar*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 9-62, 1997, p. 27.

trole e da proteção exercida pela jurisdição. Atualmente, no entanto, não há como não se considerar o Parlamento um órgão do Estado e as suas normas integrantes do direito estatal.

Outra parcela da doutrina defende o *caráter híbrido*, a *natureza dúplice* dos regimentos parlamentares. Para essa corrente, os regimentos parlamentares contêm dois tipos de normas, a saber: a) disposições de âmbito externo às câmaras, que Georg Jellinek chama de *externa corporis* e às quais atribui natureza de leis formais; e b) disposições de âmbito interno, *interna corporis*, que, para Jellinek, consistiriam no direito administrativo das assembleias<sup>94</sup>.

Para Marino Bon Valsassina, não há uma natureza comum a todas as normas regimentais, pois cabe distinguir, por um lado, disposições de âmbito externo às câmaras e, por outro, disposições de âmbito interno, cada qual com um fundamento e uma natureza jurídica própria. No primeiro caso, trata-se de normas que incidem sobre a esfera jurídica de terceiros, constituem manifestação imediata de soberania e, assim, são dotadas de juridicidade. As segundas – as disposições de âmbito interno – não pertencem ao ordenamento jurídico do Estado, mas ao ordenamento particular da instituição parlamentar, e não afetam terceiros. Em síntese, Bon Valsassina<sup>95</sup> entrevê dois tipos principais de normas: “o primeiro constitui-se das disposições por meio das quais o colégio se auto-organiza; o segundo, daquelas que, em razão de uma relação de supremacia especial, regulam a conduta dos sujeitos que integram essa organização ou dos que se relacionam particularmente com ela”.

Examinados os fundamentos teóricos da corrente que entende serem os regimentos parlamentares *atos internos* que somente vinculam a respectiva câmara, por constituírem uma suma de suas resoluções ou um complexo de normas estatutárias derivadas de sua autonomia institucional, e da corrente que sustenta a *natureza regimental dúplice*, cabe, agora, conhecer os alicerces fundantes de outras formulações sobre a natureza jurídica dos diplomas regimentais, a que os consideram exte-

94 GIL-DELGADO, José María Gil-Robles y. Los reglamentos de las cámaras. *Las Cortes Generales*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, v. 1, p. 243-282, 1987, p. 252.

95 VALSASSINA, Marino Bon. *Sui regolamenti parlamentari*. Padova: CEDAM, 1955, p. 92.

riorizações do poder normativo que as próprias câmaras titularizam e a que lhes atribuem o caráter ou a força de lei.

Na Espanha – esclarece Fernando Santaolalla Lopez<sup>96</sup> –, tem-se defendido que os regimentos parlamentares são *atos com força de lei*. Partindo de que o caráter jurídico de uma norma não depende necessariamente da possibilidade de seu controle judicial, isto é, que não há uma perfeita ou completa equivalência entre o «jurídico» e o «judicialmente fiscalizável», afirma-se que o conteúdo dos regimentos parlamentares não contém simples normas internas, mas normas de imediato relevo para o Estado, pois a organização e o funcionamento do Parlamento são matérias de vital importância para este. O regimento parlamentar é um ato fonte para o ordenamento, não se diferenciando mais do que pela forma das outras fontes normativas. Por sua vez, a «força de lei» não é mais que um atributo de algumas fontes sobre outras, no sentido de que, incidindo sobre a mesma matéria, as primeiras gozam de superioridade hierárquica sobre as segundas.

Nessa mesma linha, Enrique Guerrero Salom<sup>97</sup> assevera que os regimentos são normas de desenvolvimento direto do próprio texto constitucional e não somente normas internas, pois produzem efeitos externos, alcançando terceiros. Por isso, tanto os regimentos como os atos que os aplicam são judicialmente recorríveis ante o Tribunal Constitucional. Têm nível de lei<sup>98</sup> e seu conteúdo básico refere-se à ordenação da vida interna das câmaras, isto é, às suas regras de organização e funcionamento, ao estatuto de seus membros e aos procedimentos de exercício das competências legislativa, orçamentária e de controle atribuídas pela Constituição.

96 LOPEZ, Fernando Santaolalla. *Derecho parlamentario español*. Madrid: Editora Nacional, 1984, p. 24-25.

97 SALOM, Enrique Guerrero. *El Parlamento: que és, cómo funciona, qué hace*. Madrid: Editorial Síntesis, 2004, p. 104.

98 Antonio Torres del Moral também considera o regimento parlamentar como lei. São suas palavras: “Seria uma lei que seguiu um itinerário especial de iniciativa e aprovação exclusivo da câmara correspondente” (MORAL, Antonio Torres del. *Naturaleza jurídica de los reglamentos parlamentarios*. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, Universidad Complutense*, Facultad de Derecho, nº 10, p. 7-22, 1986, p. 13).

Por sua vez, Fernando Santaolalla Lopez<sup>99</sup> sustenta que, de acordo com a doutrina espanhola, o Parlamento e cada uma de suas câmaras são instituições de estirpe quase soberana, às quais correspondem funções estatais supremas, como ditar leis, aprovar o orçamento e dirigir politicamente o país. Daí a necessidade de assegurar a sua independência frente aos outros poderes estatais. E isto só pode ser obtido reconhecendo-lhes um âmbito próprio de autonormação e autogoverno sobre sua estrutura e funcionamento. O regimento é uma manifestação desta autonomia e tem pleno caráter jurídico. Sobre esse campo, não cabe a iniciativa do Governo ou de outro órgão legislativo nem a sua substituição por leis ou outras normas com força de lei, pois, nesta hipótese, não seriam mais disposições da exclusiva vontade da Casa Legislativa correspondente. Ainda para Santaolalla Lopez<sup>100</sup>, os regimentos não são leis em sentido formal, mas, sim, autênticas normas jurídicas que vinculam todos os sujeitos e órgãos que entram em seu âmbito de aplicação. Como não são leis formais, não têm força geral para obrigar nem vincular os cidadãos nem outros órgãos estatais. Todavia, isso não significa que, para determinados fins, não possam ter uma particular significação no ordenamento geral. Basta pensar que o exercício de funções vitais do Estado depende do disposto nos corpos regimentais.

Na opinião de Tomás Vidal Marín<sup>101</sup>, os diplomas parlamentares constituem normas jurídicas, pertencentes ao ordenamento jurídico geral do Estado; autênticas fontes de Direito objetivo cuja eficácia não se esgota no interior das câmaras, mas, em numerosas ocasiões, transcende-o, adquirindo, portanto, relevância externa. Normas jurídicas *primárias* – tida em conta sua vinculação direta e sua imediata subordinação à Constituição – e de *emanação necessária* – dado que, sem elas, seria muito improvável que o Parlamento conseguisse levar a cabo todas as funções que constitucionalmente tem encomendadas –, os regimentos parlamentares são dotados da força própria de lei em seu âmbito competencial – ao menos em sua vertente passiva, já que em dito âmbito não

99 LOPEZ, Fernando Santaolalla. *Derecho parlamentario Español*. Madrid: Editora Nacional, 1984, p. 24.

100 *Ibidem*, p. 25-26.

101 MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2005, p. 102-109.

poderão ser ab-rogados nem derogados por nenhuma outra norma do ordenamento – e gozam de idêntico nível ao das leis, sujeitos à fiscalização judicial por parte do Tribunal Constitucional.

O entendimento de Vidal Marín acerca da natureza jurídica dos regimentos parlamentares é o que melhor se coaduna com o sistema constitucional brasileiro.

Partindo da concepção de que não há qualquer diferença essencial entre regimento e lei, Ruy Barbosa deixa claro o caráter jurídico do primeiro, ao afirmar que as duas espécies têm em comum “o caráter de império e inviolabilidade a respeito dos entes, individuais ou coletivos, a cujos atos e relações têm por objeto servir de norma”<sup>102</sup>. Somente se distinguem na origem de onde provêm, na forma como se elaboram e na área em que imperam. Há homogeneidade na substância, que toca às duas espécies, do *laço obrigatório*, instituído para aqueles sobre quem se destina a incidir cada uma dessas “enunciações da legalidade”<sup>103</sup>. São suas palavras<sup>104</sup>:

Pouco importa que, no caso dos regimentos parlamentares, ela resulte, para cada uma das Câmaras, da sua própria autoridade. Quando mesmo se tratasse então de um fato meramente voluntário, não seria menos rigorosa a inquebrantabilidade a respeito do vínculo, a que se submete cada uma das câmaras pela adoção do seu regimento; porque, nos atos jurídicos, a obrigação voluntariamente assumida se transforma em lei intransgressível para os que livremente se lhe sujeitaram. Mas, ao organizarem os seus regimentos, as Assembleias Legislativas obedecem a um dever constitucional, inerente à natureza desses corpos deliberantes, em cujo seio releva necessariamente assegurar nos debates e no voto a ordem e a liberdade. Não seria concebível que, residindo nessas entidades coletivas o laboratório das leis nacionais, as deixasse a gestação destas à inconsequência, ao tumulto e à surpresa das correntes arbitrárias da paixão e do interesse, esperando que dessa desordem na origem da legalidade pudesse vir a nascer a harmonia, a sua duração e o seu acerto.

102 BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1933, p. 32.

103 *Ibidem*, p. 33.

104 *Ibidem*.

Por seu turno, Aurelino Leal<sup>105</sup> afirma sinteticamente: “O *poder* de uma Câmara de votar o seu Regimento envolve o seu *dever* de obedecê-lo”.

Segundo o magistério de Pontes de Miranda<sup>106</sup>, os regimentos das Casas Legislativas contêm, em seu âmago, *regras jurídicas*. Ao comentar a Constituição de 1967, sustentava:

Os regimentos internos são indispensáveis aos corpos legislativos.

No sistema jurídico brasileiro, os regimentos internos não são convites, invitações, aos membros do corpo legislativo, para que os respeitem. São resoluções do Poder Legislativo, semelhantes às que ele toma para criar cargos na sua secretaria e fixar ou aumentar vencimentos dos seus funcionários. Não seria possível, no Brasil, pretender-se que o juiz não pode apreciar a elaboração legislativa, quer no que ela se não ateuve ou se ateuve à Constituição de 1967 (...). No sistema jurídico brasileiro, o juiz aprecia as próprias deliberações das assembleias-gerais, dos sindicatos de trabalho e das fundações, atendendo às regras que constem dos estatutos.

O Regimento Interno não é conjunto de recomendações, ou conselhos; é lei, em sentido lato, que há de ser obedecida pelo corpo legislativo, sempre que a regra jurídica, de que se trata, é cogente, ou se tem como observada, se *ius dispositivum*.

José Afonso da Silva<sup>107</sup>, por sua vez, afirma que os regimentos parlamentares integram o ordenamento jurídico, como “normas infraconstitucionais”. São, ao lado das “normas constitucionais sobre o exercício da função de legislar”, “fontes formais do processo legislativo”. Aliás, esclarece: “essa normatividade especial dá origem a um ramo do Direito que é o chamado *Direito Parlamentar*, que tem, no processo legislativo, o seu objeto fundamental”<sup>108</sup>.

---

105 LEAL, Aurelino. *Teoria e prática da Constituição Federal brasileira. Parte primeira. Da organização federal do Poder Legislativo (arts. 1º a 40)*. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia., Editores, 1925, p. 274.

106 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda n. 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, t. 2, 1987, p. 592.

107 SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 343.

108 *Ibidem*, p. 342.

Germana de Oliveira Moraes<sup>109</sup> entende que os regimentos, “integram o ordenamento jurídico brasileiro, como atos normativos no mesmo plano da lei”.

Para Leonardo Augusto de Andrade Barbosa<sup>110</sup>, as normas regimentais, “enquanto regras de direito positivo dotadas de previsão constitucional, são normas cogentes, de observação obrigatória por todos seus destinatários”.

Com razão os autores. Como dito em outro momento<sup>111</sup>, os regimentos das Casas Legislativas concretizam parte da Constituição, estabelecendo regras de observância obrigatória. Se os arts. 51, III e IV, 52, XII e XIII, e 57, § 3º, II, da Constituição de 1988, *impõem* ao legislador que pautar a sua atuação conforme disposições contidas nos regimentos, por ele mesmo autonomamente elaborados, estabelece regramentos específicos para formação e expressão da vontade legislativa, regramentos estes que não devem ser respeitados sob pena de vulneração e desfalhecimento da força normativa constitucional. As Casas Legislativas não têm liberdade para decidir se cumprem ou não os seus regimentos. Não dispõem da faculdade de neles encartar regras ao seu bel-prazer. Não podem vilipendiar a Constituição alegando obediência a dispositivos internos. A atribuição à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal e ao Congresso Nacional da competência de autorregimento não isenta esses órgãos de observarem e cumprirem a Constituição, adstringindo-se a ela, quando demarca o âmbito expressamente reservado à disciplina regimental e quando, implicitamente, mas nos termos e limites que fixa, legitima o exercício do poder normativo interno, autônomo, de complementação das normas constitucionais, sobrelevando aquelas relativas ao processo legislativo e às garantias das minorias parlamentares.

Em suma, os regimentos parlamentares e suas normas possuem *juridicidade*. Seus comandos obrigam. Não são peças alegóricas ou or-

109 MORAES, Germana de Oliveira. *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 32.

110 BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo e democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 174.

111 Derly Barreto e Silva Filho, *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*, p. 77, 78, 127 e 129.

namentais nem aparatos vistosos que têm existência para contentar os olhos, sobretudo por sua formosa e ataviada aparência literária. Os textos regimentais *vinculam* o legislador, que não pode modificá-los – senão pelo processo regimentalmente fixado e pelo quorum constitucional estabelecido – nem afastá-los ou derogá-los em suas manifestações. E, por serem um conjunto de regras permanentes, de vigência indefinida, juntem não apenas o corpo de legisladores que os aprovou, mas também os que se lhe sucedem<sup>112</sup>. Esse predicado é que torna possível infirmar atos parlamentares produzidos *em desacordo* com as normas regimentais.

---

112 Nos séculos XVIII e XIX, recorda León Martínez Elipe (ELIPE, León Martínez. Tipología de los regímenes políticos y del derecho parlamentario. *I Jornadas del Derecho Parlamentario*. Madrid: Congreso de los Diputados, v. 1, p. 317-347, 1985, p. 329-331), época em que os Parlamentos gozavam de uma posição soberana em relação aos demais Poderes do Estado, os revolucionários liberais buscavam assentar, sobre uma sólida base ideológica e, a seu juízo, jurídica, a posição autônoma das assembleias, vitoriosas na luta contra o absolutismo. A autonormatividade parlamentar encontrou o seu fundamento, conforme a teoria de Emmuel Joseph Sieyès, no poder constituinte. Por isso, depois de ter aprovado o seu próprio regimento, na sessão de 29 de julho de 1789, a primeira constituinte achou-se no dever de impor aos seus sucessores certas regras sobre a organização e funcionamento da Câmara, das quais não poderiam afastar-se. Normas regimentais foram encampadas pela própria Constituição de 1791, que deu início à tendência de constitucionalização dos princípios do Direito Parlamentar, razão pela qual a Assembleia Legislativa não teve muito espaço para mover-se. O regimento aprovado em 18 de outubro de 1791 era uma cópia quase literal do da constituinte. A convenção, ainda que mais independente, não dispôs de tempo para aperfeiçoar o esboço de regimento, dadas as especiais circunstâncias internas e exteriores pelas quais atravessava a França. Adotou, em 28 de setembro de 1792, um texto que reproduzia textualmente o de 29 de julho de 1789. Na medida em que o poder constituinte reside nas assembleias como expressão da soberania popular, não podia ser tolerada nenhuma ingerência externa na sua organização e no seu funcionamento. O Parlamento devia, portanto, submeter-se às regras do jogo e aos procedimentos definidos por pacto político dos representantes da soberania nacional. Daí Julius Hatschek, citado por León Martínez Elipe, afirmar que: a) toda assembleia parlamentar que se reúna depois de uma legislatura constituiu-se *ex novo*; b) ao constituir-se, estabelece o seu regimento e elege uma presidência definitiva; e c) todo regimento tem a duração de uma legislatura. Com esses postulados, Hatschek visa a proclamar a absoluta independência de cada câmara, ao não se vincular às resoluções da câmara anterior. Todavia, basear a autonormatividade das câmaras na teoria do poder constituinte conduz, inevitavelmente, à descontinuidade do Direito Parlamentar, o que foi contradito pela própria tradição revolucionária francesa, haja vista que, na realidade, o que ocorre é uma cronológica continuidade das normas parlamentares. Não só na Inglaterra sobrevivem certas *orders*, e não somente por acordo expresso um novo Parlamento aceita a vigência de um regimento anterior, mas também, como registra Nicolás Pérez Serrano (Naturaleza jurídica del reglamento parlamentario, p. 136), difundiu-se a ficção de que as normas anteriores continuavam vigentes em virtude de uma espécie de consentimento tácito, construção que impede que a fundamentação da autonormatividade das câmaras resida na doutrina do poder constituinte.



Os regimentos das Casas Legislativas perfilham esse entendimento: o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, quando prescreve, no art. 109, III, que os projetos de resolução<sup>113</sup> destinam-se a regular, *com eficácia de lei ordinária*, matérias da competência privativa da Câmara dos Deputados, de caráter político, processual, legislativo ou administrativo<sup>114</sup>; e o Regimento Interno do Senado Federal, ao preceituar, no art. 412, IV, a  *nulidade* de qualquer decisão que contrarie norma regimental.

#### 4. Características dos Regimentos parlamentares

Quadra, agora, examinar as características dos regimentos parlamentares.

A primeira a ser abordada é a *primariedade*.

A autonomia do órgão legiferante envolve, para as suas câmaras, o poder de disciplinar a sua organização e o seu funcionamento. Essa prerrogativa, no entanto, não implica, de modo algum, o exercício de competência *acima* ou *ao largo* da Constituição ou *contra* ela. “Os corpos legislativos – leciona Pontes de Miranda<sup>115</sup> – são órgãos do Estado (= das entidades estatais), sujeitos a regras jurídicas de competência e de ordenamento da atividade deliberante. *Por sobre eles* estão as regras jurídicas constitucionais”.

O Poder Legislativo é autônomo, mas não soberano. É um poder *constituído*, e sua autonomia, na precisa síntese de Antonio Torres del Moral<sup>116</sup>, não só tem como limite a Constituição, mas não pode ter ou-

113 O próprio Regimento Interno da Câmara dos Deputados que se encontra em vigor, publicado no Suplemento ao *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, de 22 de setembro de 1989, p. 3 e seguintes, foi editado por meio de *resolução*, a de nº 17, de 21 de setembro de 1989.

114 Além desses assuntos, cabe à Câmara dos Deputados, por meio de resoluções, pronunciar-se em casos concretos como: a) perda de mandato de Deputado; b) criação de Comissão Parlamentar de Inquérito; c) conclusões de Comissão Parlamentar de Inquérito; d) conclusões de Comissão Permanente sobre proposta de fiscalização e controle; e) conclusões sobre as petições, representações ou reclamações da sociedade civil; f) matéria de natureza regimental; g) assuntos de sua economia interna e dos serviços administrativos (art. 109, III, a a g).

115 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, t. 2, 1987, p. 590.

116 MORAL, Antonio Torres del. *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*. 3. ed. Madrid: Universidad Complutense Madrid, 2010, p. 393.

tro fundamento senão a própria Constituição, que não tolera a existência de um poder que lhe seja imune ou superior.

O Congresso Nacional e suas Casas situam-se, então, *sob* a égide das normas constitucionais, devendo-lhes observância, acatamento e cumprimento irrestritos.

A rigor, o estatuto fundamental confere ao Legislativo *competência* para disciplinar a sua vida interna, a sua organização e o seu funcionamento. Competência – é providente rememorar a clássica definição de Ruy Cirne Lima<sup>117</sup> – “se denomina, em direito público, a medida do poder que a ordem jurídica assina a uma pessoa determinada”. Logo, o exercício da competência parlamentar de autorregramento será legítimo se se comportar na moldura desenhada pelo texto constitucional para a atividade legislativa<sup>118</sup>.

Essa relação de adequação indica, portanto, não somente que é defeso ao Parlamento estabelecer regras contrárias aos preceitos constitucionais gerais ou particulares, como também não lhe é possível modificar o que o texto constitucional prevê expressa ou implicitamente a respeito do *conteúdo* dos regimentos parlamentares<sup>119</sup>.

Na medida em que os arts. 27, § 3º, 51, III e IV, 52, XII e XIII, e 57, § 3º, II, 55, § 1º, 58, *caput*, e §§ 2º, I, II, III, IV, V e VI, 3º e 4º, 166, *caput*, §§ 1º, I e II, e 2º, da Constituição da República, prescrevem que compete privativamente às Casas Legislativas elaborar os seus regimentos e estabelecer os seus respectivos âmbitos materiais, infere-se que tais diplomas estão *diretamente* vinculados à própria Constituição. Não há qualquer outro ato normativo que se interponha entre eles e o texto constitucional.

---

117 LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 139.

118 SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 63.

119 Também neste sentido, Rainer Arnold, Consideraciones generales sobre los reglamentos internos del Parlamento en el Derecho alemán. In: FERRERO, Jesús M. Corona et al. (coords). *El reglamento parlamentario: propuestas de reforma*, Santander, Parlamento de Cantabria, p. 37-57, 2000, p. 40.

Daí a evidente *primariedade* dos diplomas regimentais, característica que, aliás, apresenta dupla acepção: uma ativa, correspondente à capacidade de os regimentos inovarem a ordem jurídica, subordinando-se, tão-somente, às normas constitucionais, *e dentro dos limites por elas estabelecidos*; outra passiva, relativa à capacidade de resistir a derrogações ou modificações por parte de fontes outras que não sejam os próprios regimentos ou a Constituição.

Tomás Vidal Marín, em uma das poucas monografias espanholas dedicadas exclusivamente aos regimentos parlamentares, observa que o caráter primário desses atos normativos evidencia um traço diferenciador substancial entre a capacidade autonormativa reconhecida às câmaras legislativas e a capacidade autonormativa atribuída a outros órgãos constitucionais, como os tribunais. É que, nestes casos, os órgãos constitucionais não parlamentares elaboram os seus regimentos *a partir das leis reguladoras próprias*, isto é, com sujeição, por exemplo, no caso dos tribunais brasileiros, às normas de processo e de garantias processuais das partes<sup>120</sup>. Há uma norma legal interposta entre a Constituição e os aludidos regimentos, os quais, em consequência, se situam como normas jurídicas *secundárias*<sup>121</sup>. Relativamente às câmaras legislativas, a capacidade de autorregimento que lhes foi constitucionalmente outorgada não depende de qualquer *interpositio legislatoris* para se aperfeiçoar.

A nota da primariedade conduz, necessariamente, à noção de *reserva de regimento*. Isto porque a Constituição confere um *espaço temático exclusivo de regulação regimental*, ou seja, atribui o tratamento de determinados assuntos diretamente aos regimentos, *com exclusão* de outras espécies normativas, como as leis.

Se assim é, não há que se cogitar de hierarquia entre regimento e lei. Entre essas espécies, há mera distinção em razão de seus diferentes âmbitos<sup>122</sup>.

120 Vide, a respeito, o art. 96, I, *a*, da Constituição da República, que prescreve competir privativamente aos tribunais eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, *com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes*, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

121 MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2005, p. 100-101.

122 Neste sentido, Catalina Escuin Palop, quando afirma que “a lei formal e o regimento

A relação entre lei e regimento parlamentar é, pois, de repartição de competência. Tal como há reserva de lei, a Constituição estabelece reserva de regimento para certas matérias. Logo, na hipótese de conflito – observam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>123</sup> –, a lei deve ceder quando tenha invadido o espaço regimental ou o regimento deve ceder quando tenha extravasado para o campo da lei.

Formalmente, regimento é inconfundível com lei, porque: 1) para a sua aprovação, basta a manifestação de uma única câmara, com exceção do Regimento Comum do Congresso Nacional, que rege a organização e o funcionamento da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, quando reunidos em sessão conjunta<sup>124</sup>; 2) não há necessidade de sanção presidencial<sup>125</sup>; e 3) somente pode regular matérias de natureza constitucional.

Ainda para J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>126</sup>, há certas *normas interpostas*, como os próprios regimentos parlamentares, que são expressa ou implicitamente reclamadas pela Constituição como limite ou pressuposto de validade de certos atos normativos. As normas regimentais, que “regem o *processo de produção de outras normas*” –

---

parlamentar devem manter-se em âmbitos materiais diferenciados e sua possível interferência se resolve mediante um juízo de constitucionalidade, que determinará o respeito à distribuição da competência ou a existência de uma invasão da competência material do regimento” (PALOP, Catalina Escuin. *El Parlamento en el Derecho*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2008, p. 34).

123 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra, Coimbra Editora, v. 2, 2010, p. 383. No mesmo sentido, manifestam-se Jordi Solé Tura e Miguel A. Aparicio Perez, ao afirmarem que, entre lei e regimento, há uma relação negativa de separação competencial, de distribuição material prefixada pela Constituição em virtude da qual nenhum dos dois tipos de normas pode interferir no âmbito normativo do outro (TURA, Jordi Solé; PEREZ, Miguel A. Aparicio. *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1988, p. 90). Por seu turno, Andrea Manzella afirma: nas confrontações com a lei ordinária, o regimento parlamentar não está em posição de hierarquia, mas de separação. Isto significa que certa zona do ordenamento, na qual se desenvolve, em suas diversas formas, o procedimento de decisão parlamentar pode estar regulada por uma lei constitucional ou por normas que o mesmo parlamento haja editado (MANZELLA, Andrea. *El parlamento*. Mexico: Instituto de Investigaciones Legislativas, 1987, p. 225).

124 Cf. art. 57, § 3º, II, da Constituição da República.

125 Cf. art. 48, *caput*, da Constituição da República.

126 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 265.

prosseguem –, constituem “*instrumento de mediação necessário* entre a Constituição e as leis que as devem respeitar, sendo um *limite* ou *presuposto intrínseco* delas”<sup>127</sup>. Todavia, referidos constitucionalistas não veem, na Constituição lusa, qualquer pista para solucionar o problema relativo à validade dos atos que tenham sido praticados em desconformidade com os regimentos<sup>128</sup>.

Ramón Punset<sup>129</sup> concorda com as premissas de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, mas aponta para outra saída. Assevera que os regimentos parlamentares *condicionam* a validade das leis de dois modos: primeiro, na medida em que, em razão da reserva, os diplomas regimentais gozam de força passiva frente às leis, que devem abster-se de regular a matéria parlamentar, sob pena de incorrer em vício competencial; depois, por predeterminarem a forma de produção legislativa, porquanto as disposições constitucionais atinentes ao processo legislativo integram, por excelência, a matéria parlamentar, cujo desenvolvimento está reservado à ordem regimental das câmaras. Consequentemente, as leis produzidas com infração das normas regimentais relativas à sua elaboração – que atuam como parâmetro reflexo de sua constitucionalidade – são inválidas.

Ainda para Punset, a vulneração do regimento somente acarretará a inconstitucionalidade da lei se houver alteração substancial do processo de formação da vontade das câmaras.

Embora não seja o propósito desta investigação enfrentar a questão relativa à validade de atos normativos editados em desconformidade com as normas regimentais, convém esclarecer, brevemente, que ela pode encontrar o seu deslinde a partir da focagem do princípio democrático, que ocupa lugar central no sistema jurídico-político brasileiro e projeta-se pelo resto do ordenamento jurídico<sup>130</sup>.

127 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 265.

128 *Idem*, *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra, Coimbra Editora, v. 2, 2010, p. 383.

129 PUNSET, Ramón. *Estudios parlamentarios*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 121, 122 e 144.

130 Cf. SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 178-180.

Vezió Crisafulli<sup>131</sup> refere-se a essa característica como função construtiva dos princípios, que contêm, em seu seio, outras normas mais particulares e subordinadas, baixadas para regular situações concretas. Tais normas, em suma, desenvolvem e especificam o conteúdo dos princípios.

Projeções da máxima democrática gravada no art. 1º encontram-se no Capítulo I do Título IV da Constituição da República, que trata do Poder Legislativo, e, especificamente, na Seção VIII do referido capítulo, que versa sobre o processo de criação dos atos normativos.

Todas essas normas ganham concreção nos regimentos parlamentares.

Paloma Biglino Campos<sup>132</sup> observa que essa visão de como atua o princípio democrático no ordenamento apresenta dupla utilidade. De um lado, permite reconstruir o conteúdo do referido cânone, partindo-se do estabelecido pelo próprio ordenamento, já que são outras normas dele que o concretizam e lhe dão determinado significado. De outro, torna possível reunir as diversas normas do ordenamento parlamentar, cujo traço comum reside em serem revelações do aludido princípio. Com efeito, *independentemente do nível hierárquico*, tais normas concretizam um preceito constitucional, de modo que a sua violação pode conectar-se à violação da própria Constituição. A verificação da regularidade do comportamento do legislador, portanto, opera-se de forma mais substantiva do que tendo em conta somente o grau da norma infringida.

Na síntese da autora, o elemento a considerar é se o princípio democrático foi vulnerado. Neste caso, ainda que o seu conteúdo específico esteja contido em norma infraconstitucional, a contrariedade a ela importa em alteração de um dos elementos fundamentais do texto constitucional<sup>133</sup>.

---

131 CRISAFULLI, Vezió. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. Padova: CEDAM, v. 2, 1978, p. 38 e 39, apud CAMPOS, Paloma Biglino. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 66.

132 *Ibidem*, p. 67.

133 CAMPOS, Paloma Biglino. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 67.

É o princípio constitucional democrático que assegura o direito de participação das minorias, cuja vontade política, em atenção ao primado do pluralismo político-partidário, deve integrar o ato legislativo. É ele que determina a publicidade dos trabalhos parlamentares, elemento propiciador do pleno conhecimento, por parte dos representados, das matérias objeto das atividades legiferante, controladora e governativa a cargo do Poder Legislativo. É ele que garante que a lei seja resultado da manifestação da vontade da maioria dos parlamentares e não de grupos minoritários.

Toda a linha argumentativa desenvolvida tem, como salienta a constitucionalista espanhola, o condão de superar a problemática em torno das normas processuais legislativas infraconstitucionais, particularmente se as normas regimentais têm natureza interposta ou se integram o parâmetro de verificação de constitucionalidade. São suas palavras: “O fundamental é saber se o seu conteúdo pode reconduzir-se ao princípio democrático, tal e como aparece configurado pela Constituição. Somente quando se dê esta circunstância, sua infração será relevante, já que a vulneração afeta a norma constitucional”<sup>134</sup>.

Desde que atestada a constitucionalidade das normas regimentais cujo descumprimento se denuncia, o comportamento do legislador somente será democrático se se ajustar aos cânones dos próprios regimentos. Não se trata, pura e simplesmente, de reconhecer a inconstitucionalidade a partir da violação de normas regimentais; trata-se de detectar o vício a partir da apreensão do sentido das diversas projeções – que se encontram espalhadas nos dispositivos regimentais – do princípio constitucional democrático.

Outra nota característica dos regimentos parlamentares é a *consensualidade*.

Na perspicaz visão de Diego López Garrido<sup>135</sup>, o Direito Parlamentar é, quiçá, o único ramo do ordenamento jurídico em que se produz uma autêntica democracia direta em sua forma de produção. As câma-

134 CAMPOS, Paloma Biglino. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 67.

135 GARRIDO, Diego López. La producción del derecho parlamentario: una nueva perspectiva sobre su naturaliza. *I Jornadas de Derecho Parlamentario*. Madrid: Congreso de los Diputados, v. 1, p. 175-187, 1985, p. 176- 177.

ras legislativas são, concomitantemente, sujeito e objeto dos regimentos. São elas que criam as normas das quais serão as próprias destinatárias.

Como se vê, não existe a dualidade, tão clara no direito ocidental e no Estado Moderno, entre governante e governado, entre o criador e o destinatário do direito, entre sociedade e Estado. Pelo contrário, no Direito Parlamentar, há uma *identidade* entre sujeito e objeto do direito. Os órgãos reitores das câmaras – os presidentes, as mesas e as lideranças – não ocupam posição hierarquicamente superior à dos demais membros do Parlamento; são, simplesmente, órgãos juridicamente qualificatórios do trâmite, mas nunca órgãos de decisão, órgãos de governo em sentido estrito<sup>136</sup>.

A identidade entre sujeito e objeto do Direito Parlamentar pressupõe, assim, e necessariamente, que as regras que pautam a atuação dos membros das Casas Legislativas sejam forjadas sob o signo do *consenso*.

Somente havendo consenso as Casas Legislativas podem aprovar, modificar ou derrogar os seus regimentos, e nenhum outro órgão pode interferir no exercício dessa competência. As normas regimentais são, pois, de elaboração e revisão da própria Casa a que se refere, e provêm do exercício de sua competência privativa. De acordo com os arts. 27, § 3º, 51, III e IV, 52, XII e XIII, e 57, § 3º, II, da Constituição da República, não cabe iniciativa de regimento a órgão distinto de seu titular, nem tampouco sanção ou promulgação por parte do Chefe do Poder Executivo. Trata-se, vale lembrar, de disciplina radicada no postulado da autonomia institucional do Poder Legislativo, destinado a impedir a participação e a influência de outros órgãos constitucionais no processo de elaboração regimental e a evitar eventual direito de veto por parte deles<sup>137</sup>.

O Direito Parlamentar, explica Jorge Miranda<sup>138</sup>, visa, fundamentalmente, a estabelecer as *regras do jogo político-parlamentar* respeitantes

---

136 GARRIDO, Diego López. La producción del derecho parlamentario: una nueva perspectiva sobre su naturaliza. *I Jornadas de Derecho Parlamentario*. Madrid: Congreso de los Diputados, v. 1, p. 175-187, 1985, p. 176- 177.

137 Neste sentido, na Espanha, MORAL, Antonio Torres del. Naturaleza jurídica de los reglamentos parlamentarios. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, Universidad Complutense*, Facultad de Derecho, nº 10, p. 7-22, 1986, p. 10.

138 MIRANDA, Jorge. *Estudos de Direito Parlamentar*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1997, p. 3.



ao contraditório no âmago do Parlamento. Por conseguinte – diz –, “tem de ser aceite por todos ou quase todos os intervenientes; e aí onde essas regras estão depositadas num regimento – como sucede em Portugal e na generalidade dos países de sistema romano-germânico – este não pode resultar só de um voto de maioria, tem de assentar no consenso mais vasto possível”.

No Brasil, os regimentos parlamentares são aprovados ou reformados separadamente pelas Casas Legislativas a que se referem, à exceção do regimento comum do Congresso Nacional, elaborado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal em reunião conjunta<sup>139</sup>.

Não há subordinação nem dependência entre as Casas Legislativas em que se divide o Congresso Nacional. É por isso que se diz, em tom de aforismo, que cada câmara é dona de seu próprio regimento<sup>140</sup>. Com isso, quer-se expressar o seu poder de disposição sobre esse corpo normativo, que se sujeita exclusivamente às normas constitucionais.

Na Espanha, Catalina Escuin Palop<sup>141</sup> adverte que o procedimento de elaboração dos regimentos parlamentares está condicionado pela obrigação de respeitar o pluralismo político, do qual os órgãos parlamentares são expressão e reflexo. Isto explica a razão pela qual a Cons-

139 Cf. art. 57, § 3º, II, da Constituição da República.

140 Convém advertir, no entanto, que, se cada câmara fosse, realmente, *dona* de seu regimento, estar-se-ia diante de uma via expedita para a reforma constitucional sem necessidade de tocar o texto constitucional; bastaria modificar os regimentos parlamentares, providência que as Casas Legislativas poderiam tomar sem a necessidade de seguir os procedimentos dificultosos previstos no art. 60 da Constituição da República. Antonio Torres del Moral não vê sentido nessa advertência, pois, na sua opinião, hoje, em um Estado Democrático de Direito, não tem sustentação jurídica a tese da reforma constitucional por meio de uma reforma regimental. Todavia – salienta –, seria possível modificar o tom das relações entre os Poderes Legislativo e Executivo por meio, por exemplo, da disciplina regimental das perguntas e interpeleções, desde que, é claro, dentro das margens que permita o texto constitucional. Pode flexibilizar um procedimento, facilitar uma iniciativa, mas não conferir faculdades novas, ampliar ou reduzir as que a Constituição confere, se, com isso, desnatura-se o jogo político, o sistema político constitucionalmente estabelecido (MORAL, Antonio Torres del. *Naturaleza jurídica de los reglamentos parlamentarios*. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, nº 10, p. 7-22, 1986, p. 12).

141 PALOP, Catalina Escuin. *El Parlamento en el Derecho*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2008, p. 33.

tuição espanhola, em seu art. 72.1, exige um *quórum qualificado* para a sua aprovação<sup>142</sup>.

Referido dispositivo constitucional consigna que os regimentos e sua reforma serão submetidos a uma votação final sobre a sua totalidade, que requererá a *maioria absoluta*. Na Itália, da mesma forma, o art. 64 de sua Constituição prescreve que cada câmara deve adotar o seu próprio regimento por *maioria absoluta* de seus membros.

Com essa exigência, explica Fernando Santaolalla Lopez<sup>143</sup>, trata-se de atalhar uma instrumentação partidária e proselitista dos regimentos e, conseqüentemente, da vida intestina das câmaras, circunstância que poderia produzir-se se se aceitasse a regra geral da *maioria simples* para a adoção de acordos, já que, neste caso, os regimentos poderiam corresponder à vontade de *uma só* força política. Com o requisito da maioria absoluta, resume o autor, procura-se proteger as minorias, propiciando que sua vontade seja considerada na hora da aprovação dessas normas<sup>144</sup>.

---

142 Na Espanha, a reforma dos regimentos parlamentares também se sujeita ao quórum de maioria absoluta para a sua aprovação. Todavia, a modificação das normas regimentais não pode afetar o núcleo essencial dos direitos de representação política ou permitir discriminações. Bem explica Catalina Escuin Palop: “Dita modificação [do regimento] é, em princípio, possível, porque uma maioria qualificada da Câmara pode alterar as regras do jogo político, ainda que, com a aplicação do novo regimento, se produza uma alteração na definição dos direitos e deveres dos parlamentares e dos grupos. *O novo regimento só será inconstitucional se negar aos parlamentares e aos grupos o núcleo essencial de seus direitos de representação política ou permitir sua discriminação*. O normal será que a aplicação das disposições novas esteja submetida a um regime transitório, com a finalidade de não alterar o regime de atuação e os direitos dos parlamentares e dos grupos em que se integram” (PALOP, Catalina Escuin. *El Parlamento en el Derecho*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2008, p. 34, com grifo e esclarecimento entre colchetes).

143 LOPEZ, Fernando Santaolalla. *Derecho parlamentario español*. Madrid: Editora Nacional, 1984, p. 21.

144 No mesmo sentido, Tomás Vidal Marín, ao asseverar que a finalidade da exigência de aprovação por uma maioria reforçada consiste em forçar ou conseguir o maior consenso possível entre os membros do Parlamento em torno das regras do jogo parlamentar, cujos destinatários, principalmente, vão ser aqueles. Desta forma, se a lei ordinária, para cuja aprovação só se requer maioria relativa, pudesse regular as matérias reservadas ao regimento parlamentar, tornar-se-ia letra morta a garantia da maioria absoluta requerida pelo art. 72.1 da Constituição espanhola para sua aprovação, isto é, se ditas matérias de organização e funcionamento fossem aprovadas, modificadas ou derrogadas por lei ordinária, ficariam sem garantias procedimentais suficientes os grupos minoritários (MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2005, p. 122-123).

No Brasil, o constituinte de 1987-1988 não teve o mesmo cuidado dos legisladores constituintes espanhol e italiano em relação às minorias parlamentares, na medida em que submeteu os regimentos parlamentares à regra geral do art. 47 da Constituição da República, que dispõe: “Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros”. Ou seja, para a aprovação ou reforma dos regimentos parlamentares brasileiros, basta a vontade da *maioria simples*, que tem o impulso e o poder de decisão nessa matéria. Em assim dispondo, a ordem constitucional brasileira submete as minorias parlamentares à situação de instabilidade, insegurança jurídica e fragilidade democrática, pois as prerrogativas regimentais inerentes ao seu direito de oposição política ficam sob inteiro jugo da vontade e da aprovação da maioria parlamentar<sup>145</sup>.

---

145 É comum, na crônica parlamentar, a veiculação de ameaças de supressão de instrumentos regimentais utilizados pela oposição parlamentar, como a noticiada pela Câmara dos Deputados em 11 de abril de 2008. Confira-se o inteiro teor da notícia:

“Líderes estudam mudança no Regimento Interno da Câmara

Uma abrangente proposta de reforma do Regimento Interno da Câmara está sendo analisada pelas lideranças partidárias e poderá ser formalizada depois que o Congresso concluir a análise das mudanças no trâmite de medidas provisórias. A elaboração do anteprojeto foi sugerida por integrantes da Mesa Diretora. O texto busca, basicamente, agilizar as votações em Plenário com a restrição de instrumentos regimentais que vêm sendo utilizados tanto pela oposição quanto pela base governista para obstruir as votações.

Entre as mudanças propostas, estão a restrição do encaminhamento de votação tanto da proposta principal quanto dos destaques; o fim da votação de proposição por partes e do requerimento de votação nominal; a restrição da quantidade de requerimentos para transferir a discussão e a votação da matéria para outra sessão; a criação de um período fixo, nas sessões ordinárias, para as comunicações de lideranças; e a exigência de maioria absoluta para apresentação de emendas aglutinativas.

A necessidade de mudança no regimento foi levantada em reunião da Mesa pelo 2º vice-presidente da Câmara, deputado Inocêncio Oliveira (PR-PE). Ele foi o relator do atual Regimento Interno, mas se diz “preocupado” com o uso sistemático de alguns instrumentos para obstruir as votações. Depois disso, um grupo de trabalho coordenado pelo secretário-geral da Mesa, Mozart Vianna, elaborou um anteprojeto que foi distribuído pelo presidente Arlindo Chinaglia aos líderes para que eles fizessem sugestões.

O entendimento de alguns integrantes da Mesa é que as obstruções feitas nos últimos tempos têm afetado toda a sessão deliberativa e não apenas a votação específica, que deveria ser o foco dos parlamentares que optam pela prática.

Desgaste

“O atual regimento impede que a Câmara vote, no momento certo, as matérias fundamentais para a vida do País”, acredita Inocêncio. “Um dos maiores desgastes vividos pelo Legislativo é motivado pelo fato de andarmos sempre a reboque da sociedade, e não ao encontro dela.

Acrescente-se, ainda, que, em Portugal, as minorias parlamentares contam com *garantias constitucionais expressas*, como o direito à determinação da ordem do dia de um certo número de reuniões<sup>146</sup>.

A respeito, Ekkehart Stein<sup>147</sup> salienta que o problema constitucional mais importante em relação ao Parlamento consiste exatamente na *proteção das minorias*. Ao contrário do que se costuma supor, o Parlamento não constitui uma unidade sociológica. Geralmente, os direitos

---

Um exemplo disso é o salário mínimo, que só conseguimos aprovar depois de ele já estar vigorando”, acrescentou.

O deputado lembra que, na época da aprovação do regimento, em 21 de setembro de 1989, a representação política na Câmara era menos pulverizada do que agora, que 20 partidos têm representação na Casa. O cenário que serviu como base é ainda anterior, destaca Inocêncio, da época em que só o MDB e a Arena dividiam o cenário partidário: “O regimento foi feito levando em conta apenas os dois partidos, para privilegiar a participação da minoria, pois o então MDB era muito pequeno em relação à Arena.”

Inocêncio acredita que a mudança no regimento é até mais relevante para a agilidade dos trabalhos legislativos do que a alteração nas regras das MPs, tema da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 511/06, do Senado, que está sendo analisada por uma comissão especial na Câmara. Chinaglia, no entanto, considera que a mudança no regimento é um assunto para ser negociado apenas depois da votação da PEC.

#### Levantamento

Levantamento divulgado por Arlindo Chinaglia sobre os trabalhos realizados no ano passado demonstra o impacto dessa ação: mais de 100 sessões deliberativas prejudicadas. Ele destacou quatro situações: 1) as obstruções afetaram 14 sessões entre 21 de novembro e 12 de dezembro, data da votação da CPMF no Senado. Nessa ocasião, a obstrução foi feita pela base governista, para impedir a votação de MPs com prazo de tramitação vencido na Câmara, que trancariam a pauta do Senado; 2) em setembro e outubro, durante a votação da PEC da CPMF na Câmara, em primeiro e segundo turno, a obstrução feita pela oposição prejudicou 13 sessões; 3) a votação da reforma política, entre 13 de junho e 14 de agosto, foi afetada por obstrução em 32 sessões. A criação da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Crise Aérea também prejudicou as deliberações em plenário, com obstrução em 46 sessões. A discussão sobre a criação e instalação da CPI se arrastou entre 27 de fevereiro e 3 de maio.

#### Kit obstrução

Os técnicos da Mesa Diretora costumam chamar de “kit obstrução” a série de alternativas usadas pelos parlamentares interessados em obstruir os trabalhos, pois, de tanto se repetirem, acabam sendo previsíveis. Esse kit, segundo alguns técnicos ouvidos, é formado pelos pedidos de adiamento de discussão por duas e por uma sessão, de discussão da matéria por grupos de artigos, de verificação de quorum, de adiamento de votação por duas e por uma sessão. “Tem deputado que chega para mim e manifesta insatisfação por ter que, todo dia, enfrentar essa paralisia nas sessões”, disse Inocêncio” (fonte: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/120175.html>. Acesso em: 2 de fevereiro de 2017).

146 Cf. art. 176º, n. 3, da Constituição da República Portuguesa.

147 STEIN, Ekkehart. *Derecho político*. Trad. de Fernando Sainz Moreno. Madrid: Aguilar, 1973, p. 53.

parlamentares podem ser exercitados pela maioria contra a vontade da minoria. Mas a maioria está vinculada intimamente ao Governo. Se não se protegesse a minoria, a maioria poderia transformar o Legislativo em uma câmara de ressonância do Executivo. Poderia concordar, sem discutir, com todos os projetos legislativos que o Governo apresentasse, negar a palavra a políticos da oposição, aceitar somente discursos sobre os êxitos governamentais ou proibir a publicidade dos debates que o prejudicassem.

O Direito Constitucional brasileiro, neste ponto, ainda está aquém de uma autêntica democracia parlamentar, porque deposita nos regimentos – e não na Constituição, cujas normas são dotadas de maior estabilidade, porque rígidas – substancial fatia do estatuto das agremiações minoritárias. Aqui, as medidas cautelares contra os abusos da maioria encontram-se, em pequena quantidade, no texto constitucional e, em grande parte, nos regimentos das Casas Legislativas.

Além da primariedade e da consensualidade, os regimentos parlamentares caracterizam-se pela *forma codificada*.

À exceção da Inglaterra, onde a maior parte do Direito Parlamentar é constituída por normas consuetudiárias, pelo direito não escrito (*practice*)<sup>148</sup>, os regimentos de tipo continental (ou francês), como o brasileiro, mais cartesianos e racionalistas, inclinam-se pela normação escrita e sistematizada. O uso ou a prática consuetudinária são reduzidos ao máximo e a atividade de cada câmara é regida por regras escritas,

---

148 O regimento de tipo inglês é formado por um conjunto de práticas seguidas, *costumeiramente*, pelas câmaras ou convencionadas por elas por meio de resoluções. Essas declarações expressas denominam-se *orders*, as quais se classificam em: a) *standing orders*, que consistem em resoluções parciais que, em princípio, obrigam as câmaras enquanto estejam em vigor, ou seja, enquanto não são reformadas ou derogadas expressamente; b) *sessional orders*, as quais conservam sua vigência enquanto dure o período das sessões em que se convençionaram, podendo perdurar se as câmaras declaram sua renovação para o período de sessões subsequente; c) *indeterminate orders*, que consistem em práticas consuetudinárias seguidas pelas câmaras e se mantêm em vigor até uma declaração expressa em sentido contrário (cf. MARAVALL, José Antonio. *Los reglamentos de las cámaras legislativas y el sistema de comisiones*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1947, p. 18-21, e MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2005, p. 41-42). Há, ainda, o regimento de tipo sueco, aquele que se expressa formalmente por meio de uma lei.

reunidas em um texto único, que constitui um código de procedimento parlamentar, incumbido de regular a atividade interna do Parlamento<sup>149</sup>.

No Brasil, os regimentos parlamentares assumem a forma escrita, materializando-se, pois, em verdadeiros códigos jurídicos, em cujo bojo encontram-se centenas de dispositivos.

O Regimento Interno da Câmara dos Deputados tem 282 artigos e é integrado por outras normas, como o Regulamento Interno das Comissões, previsto no art. 15, XI. O Regimento Interno do Senado Federal, mais extenso, é composto por 413 dispositivos e por diversas normas esparsas conexas.

Outra característica dos regimentos parlamentares é a *processualidade*.

O termo *processo*, denotando o complexo, a série ou o encadeamento de atos que se desenvolvem progressivamente com vistas à produção de um determinado ato estatal<sup>150</sup>, não é monopólio da função judicial. Aplica-se a toda e qualquer função estatal<sup>151</sup>, a todos os setores do orde-

---

149 Recorda León Martínez Elipe que os revolucionários franceses foram defensores do direito escrito, como expressão reflexiva da *razão*, frente ao direito consuetudinário, mais irrefletido e irracional. Esse espírito influenciou notoriamente a configuração do Direito Parlamentar. Pretendeu-se compilar os *interna corporis* em um autêntico código sobre organização e funcionamento dos Parlamentos. A identificação do Direito Parlamentar com a regulamentação escrita da atividade interna das assembleias políticas perdurou nos regimes políticos do século XIX e foi uma das causas do pouco valor que se atribuía ao estudo deste ramo jurídico. Olvidou-se que o Direito Parlamentar é algo mais que o conjunto normativo contido no regimento, que se produz uma clara impregnação do político nos esquemas jurídicos, que os usos, práticas, costumes e acordos entre as forças políticas parlamentares são fonte essencialíssima do Direito Parlamentar e que este, por tais razões, é o mais irracional dos ordenamentos, o que impede que possa esgotar-se em estruturas escritas. O tipo latino tem a *vantagem* de oferecer num só corpo sistemático a normativa sobre a organização e o funcionamento das câmaras, mas o *inconveniente* de perder elasticidade e flexibilidade, não permitindo ao Parlamento uma plena e espontânea liberdade de ação, que, definitivamente, acabará impondo-se à rigidez regimental por exigência da própria vida e experiência parlamentar cotidiana (ELIPE, León Martínez. Tipología de los regimenes políticos y del derecho parlamentario. *I Jornadas del Derecho Parlamentario*. Madrid: Congreso de los Diputados, v. 1, p. 317-347, 1985, p. 345-346.).

150 Agustín A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo, Parte General*, p. XVII-1, t. 2.

151 Existe *função*, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 31).

namento jurídico público, de modo que, como afirma Alberto Xavier<sup>152</sup>, “a cada uma das funções do Estado corresponde um tipo de processo através do qual ela se desenvolve”. Daí, segundo Odete Medauar<sup>153</sup>, emergir claramente a ideia de uma processualidade atinente, também, ao Poder Legislativo. No mesmo sentido, Nelson de Souza Sampaio<sup>154</sup>: “Quando se trata de normas que regulam a produção – criação, modificação ou revogação – de normas gerais, temos o *processo legislativo*”, que diz “*quem* participa e *como* deve participar na formação dos *atos legislativos*”.

No bojo dos regimentos, encontram-se, comumente, normas de cunho processual, que estabelecem as *regras do jogo parlamentar*, do devido processo legislativo, e o modo de exercício das várias funções constitucionais a cargo do Poder Legislativo<sup>155</sup>. Versam sobre questões

152 XAVIER, Alberto. *Do Procedimento Administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 26. Neste mesmo sentido, Odete Medauar salienta: “A resistência ao uso do vocábulo “processo” no campo da Administração Pública, explicada pelo receio de confusão com o processo jurisdicional, deixa de ter consistência no momento em que se acolhe a processualidade ampla, isto é a processualidade associada ao exercício de qualquer poder estatal. Em decorrência, há processo jurisdicional, processo legislativo, processo administrativo; ou seja, o processo recebe a adjetivação provinda do poder ou função de que é instrumento. A adjetivação, dessa forma, permite especificar a que âmbito de atividade estatal se refere determinado processo” (MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 41).

153 *Ibidem*, p. 16.

154 SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 28.

155 Francisco Berlín Valenzuela, por exemplo, enumera quatorze funções parlamentares no Estado contemporâneo: função de representação, função de deliberação, função financeira, função legislativa, função controladora, função política, função de inspeção, função judicial, função de indagação, função de comunicação, função de educação, função de orientação política, função eleitoral e função administrativa (VALENZUELA, Francisco Berlín. *Derecho parlamentario*. 1. ed. 1. reimpr. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 129-196). Nicolás Pérez Serrano fala das funções financeira, fiscalizadora, política, administrativa, judicial e de alta representação (SERRANO, Nicolás Pérez. *Tratado de derecho politico*. 2. ed. Reimpresión. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 787-818). Por sua vez, Andrea Manzella menciona a função de direção política, a função legislativa, a função de coordenação, a função de controle e a função de garantia constitucional (MANZELLA, Andrea. *Il parlamento*. Bologna: Il Mulino, 1977, p. 320- 371). Maria Luisa Mazzoni Honorati trata das funções legislativa, cognoscitivo-inspetora e a de direção política (HONORATI, Maria Luisa Mazzoni. *Diritto Parlamentare*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, p. 153-285). Bernard Chantebout refere-se tão só às funções legislativa e controladora (CHANTEBOUT, Bernard. *Droit constitutionnel*. 23. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 512-536). Cristina Queiroz discorre sobre a função de representação, a função legislativa e a função de controle (QUEIROZ, Cristina. *O Parlamento como factor de decisão política*. Coimbra:

como apresentação, recebimento, distribuição, regimes de tramitação, turnos, interstício, destaque, prejudicialidade, discussão (inscrição e uso da palavra, aparte, adiamento, encerramento), votação (modalidades e processos, processamento, encaminhamento e adiamento), redação final das proposições legislativas e assuntos conexos ao tema.

O devido processo legislativo objetiva garantir, pela demarcação e pelo encadeamento precisos de atos e de estágios, a justa concepção das espécies legislativas e dos atos parlamentares atípicos<sup>156</sup>.

O procedimento legislativo ordinário, por exemplo – que comporta maiores oportunidades para o exame, o estudo e a discussão da ideia legislativa –, compõe-se de cinco fases: iniciativa, discussão, votação, sanção (ou rejeição do veto) e promulgação, estágios que devem ser fielmente observados, pois, se o processo legislativo rege-se por regras de atuação certas quanto à sua existência e seguras quanto à sua observância e aplicação, é evidente que não são indiferentes os passos que o legislador dá, os caminhos que trilha e as fórmulas que segue para tomar decisões.

Destarte, é a nota da processualidade que revela o caráter eminentemente instrumental ou adjetivo dos regimentos parlamentares, caráter eminente, mas não exclusivamente instrumental, pois normas de diversa índole fazem parte da compleição regimental.

Assim, referem-se a controle parlamentar, tornando exequível a *função fiscalizadora* a cargo das Casas Legislativas, as normas regimentais que versam, por exemplo, sobre tomada de contas do Presidente da República, comparecimento e convocação de Ministro de Estado, pedido de informação a Ministro de Estado, tomada de depoimento de autoridades públicas, inquirição de testemunhas, audiência de indicia-

---

Coimbra Editora, 2009, p. 37). Por fim, sem pretender esgotar o assunto, cabe mencionar a classificação José Afonso da Silva, que compartimenta as atuais funções parlamentares em cinco grupos: atribuições legislativas, atribuições meramente deliberativas, atribuições de fiscalização e controle, atribuições de julgamento de crimes de responsabilidade e atribuições constituintes (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. edição. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 524-525).

156 SILVA FILHO, Derly Barreto e. Apreciação regimental de veto pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. *Revista de Direito e Política*, v. 18, p. 35-67, janeiro a junho, 2010, p. 46.



dos, requisição de informações e documentos públicos, realização de diligências, perícias, inspeções e auditorias, fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, controle de atos de gestão administrativa do Poder Executivo e dos atos do Presidente e Vice-Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União que importarem crime de responsabilidade, inquérito parlamentar.

Tratam da organização e funcionamento internos e possibilitam o desempenho da *função institucional* do Poder Legislativo as normas regimentais que disciplinam as sessões (duração, finalidade, espécies, conteúdo), os líderes, os blocos parlamentares, os órgãos legislativos (presidência, secretaria), o colégio de líderes, a procuradoria parlamentar, a ouvidoria parlamentar, as comissões (composição, instalação, subcomissões, turmas, matérias e atividades sob sua competência, presidência, impedimentos, ausências, vagas, reuniões, trabalhos), as proposições e sua apreciação.

Disciplinam os direitos, os deveres e as prerrogativas dos parlamentares e dão concretude à *função estatutária* do Poder Legislativo as normas regimentais que se ocupam do exercício do mandato, do uso da palavra, da licença, da vacância, da convocação de suplente, das medidas disciplinares, do decoro parlamentar, da licença para instauração de processo criminal.

Por fim, cuidam da administração parlamentar, viabilizando o desempenho da *função administrativa* do Parlamento as normas regimentais que têm por objeto os serviços administrativos, a administração e a fiscalização contábil, orçamentária, financeira, operacional e patrimonial, a polícia, a consultoria e o assessoramento legislativo.

Os regimentos parlamentares apresentam, ainda, a nota da *generalidade*, na medida em que regem todos os atos das câmaras a que se dirigem.

Em razão desse aspecto, e exceto quando se tratar de normas constitucionais endereçadas ao Poder Legislativo dotadas de elementos suficientes à sua pronta aplicação, pode-se afirmar que, geralmente, não existirá um ato parlamentar sem que haja uma norma regimental que previamente

o autorize ou o habilite. De fato, pois, se os regimentos são normas de emanção necessária, por serem absolutamente imprescindíveis ao exercício das funções que a Constituição da República comete ao Parlamento, é *condictio sine qua non* que as Casas Legislativas previamente elaborem e aprovem os seus respectivos regimentos. Na ausência deles, serviriam para bem pouco, ou quase nada, as incompletas prescrições contidas em diversas disposições constitucionais relativas ao Poder Legislativo.

A competência parlamentar de controle dos atos praticados pelo Poder Executivo é exemplo útil a comprovar a assertiva, pois os regimentos parlamentares têm por incumbência operacionalizá-la, a fim de que as Casas Legislativas possam exercer, autonomamente, eficaz contrapeso aos órgãos que exercem função administrativa típica.

Nessa região competencial, evidencia-se a concisão das respectivas normas constitucionais, de modo que o exercício da função de controle parlamentar deve ser necessariamente regulado por disposições regimentais.

Tão grave essa incumbência se mostra que se pode afirmar que, dependendo da disciplina regimental da matéria, o Parlamento desincumbir-se-á bem ou mal da atividade de controle<sup>157</sup>. Afinal, são os regimentos que efetivamente constituem e aparelham – dotando-os de estrutura, competências, prerrogativas e procedimentos apropriados – órgãos fracionários internos (as comissões parlamentares) a fim de desempenhar a contento a função parlamentar de controle<sup>158</sup>. Sem essa normatividade

---

157 SILVA FILHO, Derly Barreto e. A presidencialização do Poder Legislativo e a parlamentarização do Poder Executivo no Brasil. *Fórum Administrativo*, nº 193, p. 17-43, março de 2017, p. 34-40.

158 Além disso, são os regimentos parlamentares que fixam as *regras processuais* que possibilitam o exercício de competências como a de convocação de Ministro de Estado (art. 50), a de tomada de contas do Presidente da República (art. 51, II), a de aprovação da escolha de autoridades (art. 52, III e IV) e a de suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, X). A respeito, os Regimentos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional têm capítulos e seções específicos dedicados ao tratamento minudente da “tomada de contas do Presidente da República”, da “autorização para instauração de processo criminal contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado”, do “processo nos crimes de responsabilidade do Presidente e do Vice-Presidente da República e de Ministros de Estado”, do “funcionamento como órgão judiciário”, do “comparecimento de Ministro de Estado”, da “suspensão da execução de lei inconstitucional”, do “veto”, da “delegação legislativa”, entre outros assuntos.

regimental, o Poder Legislativo ver-se-ia impossibilitado de levar a efeito o múnus de fiscalização das ações empreendidas pelos órgãos e autoridades do Poder Executivo<sup>159</sup>.

## 5. Conclusão

Do exposto, conclui-se que:

a) O regimento parlamentar é uma norma de emanção necessária, sem a qual nenhuma câmara pode funcionar. Consiste em um pressuposto indispensável ao exercício das funções parlamentares típicas e atípicas e, conseqüentemente, à existência real e efetiva das Casas Legislativas como órgãos representativos do Estado;

b) A finalidade dos regimentos parlamentares não se reduz, apenas, a assegurar a indispensável ordem dos trabalhos desenvolvidos no seio das Casas Legislativas. Na ambiência de um Estado Democrático de Direito, cobra-se, deles, ademais, a proteção das minorias face à maioria parlamentar, a fim de assegurar o caráter representativo e plural da vontade parlamentar, com a consideração e ponderação de ideologias, pontos de vista e interesses políticos, econômicos, sociais e culturais minoritários ontologicamente divergentes;

c) O estabelecimento da natureza jurídica dos regimentos parlamentares reveste-se de considerável importância constitucional, na medida em que mencionados diplomas tratam de assuntos relativos à organização e ao funcionamento de um dos Poderes do Estado. Dependendo da natureza jurídica que se lhes atribua, variam as conseqüências em razão de sua consideração, ou não, como parâmetros de verificação da constitucionalidade formal de leis que, não obstante votadas e aprovadas, não tenham cumprido determinadas disposições regimentais, bem como se possibilita saber até que ponto pode ser con-

---

159 Em audiência pública realizada pela Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, em 19 de setembro de 2007, José Afonso da Silva, indagado pela deputada Ana Perugini, do Partido dos Trabalhadores (agremiação minoritária de oposição ao Governo), acerca da competência do Poder Legislativo para sustar atos do Executivo que exorbitem do poder regulamentar, esclareceu que “essa competência deveria estar disposta no Regimento Interno da Casa e sugeriu à Deputada que apresentasse tal sugestão à Mesa Diretora” (*Diário Oficial, Poder Legislativo*, 10 de novembro de 2007, p. 16).

siderada constitucionalmente válida a supressão ou a limitação, pela maioria, de garantias regimentais do direito de oposição. Provocado pelas minorias parlamentares a se manifestar, o Supremo Tribunal Federal poderá exercer o controle judicial de tais alterações fundado em premissas teóricas mais sólidas. Destarte, o escrutínio relativo à natureza jurídica dos regimentos parlamentares tem repercussão eminentemente prática, e não exclusivamente teórica;

d) considerados os regimentos parlamentares como normas jurídicas que vinculam os legisladores e os obrigam a respeitá-los e cumpri-los, a sua infração pode conduzir à nulificação da correspondente decisão parlamentar, em especial se violada eventual garantia do direito de participação da oposição, de extração regimental;

e) na medida em que os arts. 27, § 3º, 51, III e IV, 52, XII e XIII, e 57, § 3º, II, 55, § 1º, 58, *caput*, e §§ 2º, I, II, III, IV, V e VI, 3º e 4º, 166, *caput*, §§ 1º, I e II, e 2º, da Constituição da República, prescrevem que compete privativamente às Casas Legislativas elaborar os seus regimentos e estabelecer os seus respectivos âmbitos materiais, infere-se que tais diplomas estão diretamente vinculados à própria Constituição, não havendo qualquer outro ato normativo que se interponha entre eles e o texto constitucional, notadamente as leis. Além de serem normas primárias e de emanção necessária, os regimentos parlamentares têm a compleição e a natureza de normas jurídicas pertencentes ao ordenamento jurídico geral do Estado e situam-se no mesmo nível hierárquico das leis, sujeitos à fiscalização judicial por parte do Supremo Tribunal Federal; outrossim, são autênticas fontes de Direito objetivo cuja eficácia não se esgota no interior das câmaras, mas, em numerosas ocasiões, transcende-o, adquirindo, portanto, relevância externa;

f) para a aprovação ou reforma dos regimentos parlamentares brasileiros, basta, de acordo com o art. 47 da Constituição da República, a vontade da maioria simples das Casas Legislativas, que tem o impulso e o poder de decisão nessa matéria. Em assim dispondo, a ordem constitucional brasileira, diversamente das Constituições espanhola e italiana – que condicionam a aprovação e a reforma dos regimentos parlamentares ao quórum de maioria absoluta, que assegura maior consenso possível entre os parlamentares –, submete as minorias à situação de instabilidade, insegurança jurídica e fragilidade democrática, pois as prerrogativas

regimentais inerentes ao seu direito de oposição política ficam sob inteiro jugo da vontade e da aprovação da maioria parlamentar;

g) os regimentos parlamentares regem todos os atos das Casas Legislativas a que se dirigem. Em razão desse aspecto, e exceto quando se tratar de normas constitucionais endereçadas ao Poder Legislativo dotadas de elementos suficientes à sua pronta aplicação, pode-se afirmar que, geralmente, não existirá um ato parlamentar sem que haja uma norma regimental que previamente o autorize ou o habilite. As normas regimentais tratam, pois, de reger todas as diversas funções parlamentares constitucionalmente previstas, nas seguintes áreas: 1) processo legislativo (função legislativa); 2) controle parlamentar (função controladora); 3) organização e funcionamento internos (função institucional); 4) direitos, deveres e prerrogativas dos parlamentares (função estatutária); e 5) administração parlamentar (função administrativa).

## Bibliografia

ÁLVAREZ, Elviro Aranda. *Los actos parlamentarios no normativos y su control jurisdiccional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

ANTONIO, José Antonio Alonso de; ANTONIO, Ángel Luis Alonso de. *Derecho parlamentario*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2000.

ARNOLD, Rainer. Consideraciones generales sobre los reglamentos internos del Parlamento en el Derecho alemán. In: FERRERO, Jesús M. Corona *et al.* (coords). *El reglamento parlamentario: propuestas de reforma*, Santander, Parlamento de Cantabria, p. 37-57, 2000.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo e democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, v. 2 e 4, 1933.

BARTHÉLEMY, Joseph; DUEZ, Paul. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Librairie Dalloz, 1933.

BENTHAM, Jeremy. *Tácticas parlamentarias*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1991.

BONNARD, Roger. *Les règlements des assemblées législatives de la France depuis 1789 (notices historiques et textes)*. Paris: Recueil Sirey, 1926.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978.

BUESO, Juan Cano. El principio de autonormatividad de las cámaras y la naturaleza jurídica del reglamento parlamentario. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)*, nº 40, p. 85-99, julio-agosto, 1984.

CAMPOS, Paloma Biglino. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*, 4. ed. Coimbra, Coimbra Editora, v. 2, 2010.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CHANTEBOUT, Bernard. *Droit constitutionnel*. 23. ed. Paris: Dalloz, 2006.

CIOLO, Vittorio di. *Le fonti del diritto parlamentare*. Milano: Giuffrè Editore, 1973.

CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. Padova: CEDAM, v. 2, 1978.

CUSHING, Luther Stearns. *Ley parlamentaria americana: elementos de la ley y práctica de las Asambleas Legislativas en los Estados Unidos de América*. Buenos Aires: Imprenta y Librería de Mayo, v. 1, 1886.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *La autonomía administrativa de las cámaras parlamentarias*. Zaragoza: Cuadernos de los Studia Albornotiana, 1985.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1998.

DUGUIT, León. *Manual de derecho constitucional*. Granada: Editorial Comares, 2005.

ELIPE, León Martínez. Fuentes del derecho y del ordenamiento jurídico parlamentario. *I Jornadas de Derecho Parlamentario*. Madrid: Congreso de los Diputados, p. 431-503, 1985.

\_\_\_\_\_. Significación del derecho parlamentario. *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, nº 8, p. 189-226, 1986.

\_\_\_\_\_. Tipología de los regímenes políticos y del derecho parlamentario. *I Jornadas del Derecho Parlamentario*. Madrid: Congreso de los Diputados, v. 1, p. 317-347, 1985.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1989.

GALIANO, Antonio Alcalá. *Lecciones de derecho político constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

GARRIDO, Diego López. La producción del derecho parlamentario: una nueva perspectiva sobre su naturaliza. *I Jornadas de Derecho Parlamentario*. Madrid: Congreso de los Diputados, v. 1, p. 175-187, 1985.

GIL-DELGADO, José María Gil-Robles y. Los reglamentos de las cámaras. *Las Cortes Generales*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, vol. I, p. 243-282, 1987.

GONZÁLEZ, Manuel Gonzalo; MORAL, Antonio Torres del. El Parlamento: El Reglamento de las Cámaras. Organización interna. In: MORAL, A. Torres del. *Introducción al derecho político*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, p. 357-370, 1997.

HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y consittucional*. Trad. de Carlos Ruiz Del Castillo. Granada: Editorial Comares, 2003.

HONORATI, Maria Luisa Mazzoni. *Diritto Parlamentare*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.

HOUSE OF COMMONS. *The Standing Orders of the House of Commons*. Disponível em: <[https://www.publications.parliament.uk/pa/cm201718/cmstords/0004/so\\_hc0004\\_170420.pdf](https://www.publications.parliament.uk/pa/cm201718/cmstords/0004/so_hc0004_170420.pdf)>. Acesso em 17 de junho de 2017.

HOUSE OF LORDS. *The Standing Orders of the House of Lords*. Disponível em:

<<https://www.parliament.uk/documents/publications-records/House-of-Lords-Publications/Rules-guides-for-business/Standing-order-public-business/Standing-Orders-Public.pdf>>. Acesso em 17 de junho de 2017.

ITURROSPE, Coro Cillán García de. Teoria general sobre la naturaleza de los reglamentos parlamentarios. *I Jornadas del Derecho Parlamentario*. Madrid: Congreso de los Diputados, v. 1, p. 355-400, 1985.

JEFFERSON, Thomas. *Um manual de práticas parlamentares: para uso do Senado dos Estados Unidos*. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2006.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. dos originais em alemão: Vera Barkow; dos originais em inglês: Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla; dos originais em italiano: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LABAND, Paul. *Le droit public de l'Empire Allemand*. Paris: V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, t. 1, 1900.

LEAL, Aurelino. *Teoria e prática da Constituição Federal brasileira. Parte primeira. Da organização federal do Poder Legislativo (arts. 1º a 40)*. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia., Editores, 1925.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LOPEZ, Fernando Santaolalla. *Derecho parlamentario español*. Madrid: Editora Nacional, 1984.

MAJONE, Giandomenico. *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

MALBERG, R. Carré. *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

MANZELLA, Andrea. Diritto parlamentare e regolamenti delle camere nel quadro costituzionale. *I Jornadas de Derecho Parlamentario*. Madrid: Congreso de los Diputados, v. 1, p. 21-34, 1985.

\_\_\_\_\_. *El parlamento*. Mexico: Instituto de Investigaciones Legislativas, 1987.

\_\_\_\_\_. *Il parlamento*. Bologna: Il Mulino, 1977.



MARAVALL, José Antonio. *Los reglamentos de las cámaras legislativas y el sistema de comisiones*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1947.

MARCO, Joaquín J. Marco. *El reglamento parlamentario en el sistema español de fuentes de derecho*. Valencia: Corts Valencianes, 2000.

MARÍN, Tomás Vidal. *Los reglamentos de las Asambleas Legislativas*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2005.

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MICELI, Vincenzo. *Principii di diritto parlamentare*. Milano: Società Editrice Libreria, 1910.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda n. 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, t. 2, 1987.

MIRANDA, Jorge. *Estudos de Direito Parlamentar*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1997.

MOHRHOFF, Federico. *Principii costituzionali e procedurali del Regolamento del Senato*. Roma: Dott. Giovanni Bardi Editore, 1949.

MORAES, Germana de Oliveira. *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998.

MORAL, Antonio Torres del. *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*. 3. ed. Madrid: Universidad Complutense Madrid, 2010.

\_\_\_\_\_. *Naturaleza jurídica de los reglamentos parlamentarios*. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, n. 10, p. 7-22, 1986.

MOREIRA, Maria João Caramelo. *A natureza jurídica do regimento parlamentar*. *Estudos de Direito Parlamentar*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 9-62, 1997.

OTERO, Paulo. *Direito constitucional português*. Coimbra: Almedina, v. 2, 2010.

PALOP, Catalina Escuin. *El Parlamento en el Derecho*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2008.

PIERRE, Eugène. *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*. Paris: Librairies-Imprimeries Réunies, 1893.

PRÉLOT, Marcel. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. 5. ed. Paris: Dalloz, 1972.

PUNSET, Ramón. *Estudios parlamentarios*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

QUEIROZ, Cristina. *O Parlamento como factor de decisão política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009

RAMOS, João. *A iniciativa legislativa parlamentar: a decisão de legislar*. Coimbra: Almedina, 2005.

ROYO, Javier Perez. *Curso de Derecho Constitucional*. 12. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

SALOM, Enrique Guerrero. *El Parlamento: que és, cómo funciona, qué hace*. Madrid: Editorial Síntesis, 2004.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SERRANO, Nicolás Pérez. *Tratado de derecho político*. 2. ed. Reimpresión. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Apreciação regimental de veto pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo*. *Revista de Direito e Política*, v. 18, p. 35-67, janeiro a junho, 2010.

\_\_\_\_\_. *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. Inconstitucionalidade de lei por violação do devido processo legislativo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 59/60, p. 87-106, jan./dez. 2004.

\_\_\_\_\_. Jurisdição de controle do processo de emenda constitucional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 55/56, p. 199-237, jan./dez. 2001.

\_\_\_\_\_. A presidencialização do Poder Legislativo e a parlamentarização do Poder Executivo no Brasil. *Fórum Administrativo*, nº 193, p. 17-43, mar., 2017.

\_\_\_\_\_. O Supremo Tribunal Federal e a tutela das minorias parlamentares nos 20 anos da Constituição Federal. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 67/68, p. 187-240, jan./dez. 2008.

SOSPEDRA, Manuel Martínez. *Las instituciones del gobierno constitucional: sistemas de gobierno y órganos*. 2. ed. Valencia: Fundación Universitaria San Pablo C.E.U., 1994.

STEIN, Ekkehart. *Derecho político*. Trad. de Fernando Sainz Moreno. Madrid: Aguilar, 1973.

TURA, Jordi Solé; PEREZ, Miguel A. Aparicio. *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1988.

VALENZUELA, Francisco Berlín. *Derecho parlamentario*. 1. ed. 1. reimpr. México: Fundo de Cultura Económica, 1994.

VALSASSINA, Marino Bon. *Sui regolamenti parlamentari*. Padova: CEDAM, 1955.

WILSON, Woodrow. *El gobierno congresional: régimen político de los Estados Unidos*. Madrid: La España Moderna, s/d.

XAVIER, Alberto. *Do Procedimento Administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

# A TEORIA DOS PRECEDENTES E A TÉCNICA DA DISTINÇÃO (*DISTINGUISHING*)

Guilherme Malaguti Spina<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 – Introdução. 2 – Considerações iniciais. 2.1 – Precedente, decisão judicial, jurisprudência e súmula. 2.2 – Principais argumentos para a observância aos precedentes obrigatórios. 3 – Principais conceitos da teoria dos precedentes. 3.1 – *Stare decisis*. 3.2 – *Ratio decidendi* ou *holding*. 3.3 – *Obiter dictum*. 4 – A técnica da distinção ou *distinguishing*. 4.1 – Conceito. 4.2 – *Ratio decidendi*, *distinguishing* e o papel desta na teoria dos precedentes. 4.3 – A utilização da técnica da distinção e seus limites. 4.4 – Distinções ampliativas e restritivas. 4.5 – A distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). 4.6 – O artigo 489, § 1º, incisos V e VI, do CPC/15. 4.6.1 – O papel da fundamentação no sistema de precedentes. 4.6.2 – O papel da fundamentação na técnica da distinção. 5 – Conclusão. Bibliografia.

---

## 1. Introdução

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a técnica da distinção ou *distinguishing* no contexto da chamada “teoria dos precedentes”, cujo estudo vem ganhando corpo no direito processual civil nos últimos anos. Nota-se, especialmente após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que, dentre outros aspectos,

---

1 Procurador do Estado de São Paulo. Graduado pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera Uniderp e em Direito Processual Civil pela Damásio Educacional.

instituiu a súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, a edição de diversas obras tratando do tema dos precedentes, que trazem à nossa realidade conceitos do direito anglo-saxão.

Não foi com a edição do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) que foram introduzidos os precedentes obrigatórios no direito pátrio. Além da já citada súmula vinculante, podemos lembrar, apenas para ilustrar o raciocínio, o efeito vinculante nas ações destinadas ao controle concentrado de constitucionalidade, a repercussão geral no recurso extraordinário, os recursos especiais repetitivos e a possibilidade relator julgar o recurso monocraticamente. E muitos outros exemplos poderiam ser citados.

Portanto, não é estranho ao direito brasileiro a obrigatoriedade de juízes se verem na obrigação de seguir decisões proferidas por outros juízes em outros processos. O artigo 927 do Novo Código de Processo Civil apenas é mais uma etapa – e, de uma certa forma, uma espécie de consolidação – no caminho que o direito processual civil brasileiro vem trilhando quanto ao tema dos precedentes obrigatórios.

O desafio que se põe hoje aos processualistas brasileiros não é mais saber se é possível a existência de precedentes obrigatórios em nosso ordenamento jurídico. A questão posta neste momento é como estudar criticamente os precedentes obrigatórios, possibilitando a sua aplicação de forma democrática e isonômica aos jurisdicionados e à sociedade em geral.

A chamada teoria dos precedentes consiste justamente no estudo sistematizado dos precedentes obrigatórios, tendo como pano de fundo a Constituição Federal, em especial os direitos e garantias fundamentais. Tal estudo deve ter por objeto os conceitos fundamentais importados do direito anglo-saxão vis-à-vis a legislação pátria, o que permite uma correta aplicação dos precedentes segundo as nossas peculiaridades.

Thomas da Rosa Bustamante fala na necessidade de se estabelecer uma “cultura argumentativa do precedente judicial”, sem a qual poderíamos cair num cenário de mera reprodução de decisões dos tribunais superiores, decisões estas descontextualizadas dos fatos que ensejaram a sua prolação, impossibilitando qualquer confronto ana-

lítico ou hermenêutico entre os precedentes e o caso que se está a decidir<sup>2</sup>.

Percebe-se, assim, o papel fundamental de uma teoria dos precedentes obrigatórios no direito processual civil brasileiro. Essa teoria é que permitirá uma adequada aplicação dos precedentes vinculantes enumerados no artigo 927 do Novo Código de Processo Civil.

Como nos ensinam Lenio Streck e Georges Abboud, no *common law* as decisões não nascem precedentes, mas são alçadas a esta condição a partir da sua aceitação enquanto tal pelas decisões posteriores, quando as aplicam para os casos similares. No direito brasileiro, pelo contrário, determinadas decisões são consideradas precedentes por força de lei – o artigo 927 do NCPC – e devem ser observadas pelo próprio órgão que a emanou e pelos demais juízes e tribunais inferiores. No entanto, não é esta circunstância peculiar que fará com que os precedentes vinculantes brasileiros não devam ser objeto de interpretação por parte dos demais juízes e tribunais<sup>3</sup>.

É considerando este contexto que se pode vislumbrar o papel fundamental da técnica da distinção ou *distinguishing*. Justamente pelo fato de inexistir aplicação mecânica dos precedentes é que a distinção – que, ao contrário da superação ou *overruling*, pode ser feita por qualquer magistrado – permitirá uma correta compreensão dos limites da *ratio decidendi*, viabilizando o seu aprimoramento, a partir da apreciação dos novos casos *prima facie* enquadráveis no precedente. Este, portanto, é constantemente posto à prova ante os novos casos e a distinção poderá alargar ou restringir o seu âmbito e incidência ou até, no limite, preparar o caminho para a sua revogação.

---

2 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *A Dificuldade de se Criar uma Cultura Argumentativa do Precedente Judicial e o Desafio do Novo CPC*. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). *Precedentes. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, v. 2, 2015, p. 295-296.

3 STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. *O NCPC e os Precedentes – Afinal, do que estamos falando?* In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). *Precedentes. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, v. 2, 2015, p. 176-177.

## 2. Considerações iniciais

### 2.1 Precedente, decisão judicial, jurisprudência e súmula

Antes de tudo, para a adequada compreensão do *distinguishing* faz-se necessário saber o que é um precedente. Todavia, para que cheguemos a uma noção concreta de precedente, também se mostra prudente distingui-lo de alguns outros conceitos que, de uma forma ou de outra, lhe podem ser relacionados, mas que, sem sombra de dúvida, permanecem inconfundíveis.

De uma maneira geral, pode-se conceituar o precedente como uma decisão judicial apta a servir de paradigma para outras decisões judiciais. Esta decisão-modelo, denominada precedente, tem aptidão para solucionar as situações postas em casos futuros, dada a similitude fática entre os casos, bem como identidade da questão jurídica a ser solucionada. Assim, do precedente surge uma norma jurídica, que é justamente a regra adotada para a solução da questão jurídica posta no caso precedente (a sua *ratio decidendi*). *Grosso modo*, é essa regra que será aplicada nos casos futuros e permanecerá em vigor até que seja superada.

Neste ponto do raciocínio já é possível distinguir os conceitos de decisão judicial e precedente. Todo precedente é uma decisão judicial, mas nem toda decisão judicial é um precedente. A decisão judicial, para ser considerada um precedente, precisa possuir determinadas características, que lhe dotarão da capacidade de servir como parâmetro a outras decisões judiciais<sup>4</sup>.

Dessa forma, o precedente deverá necessariamente ser uma decisão judicial que julgue (aprecie, valore) uma questão de direito. Decisões judiciais que apenas apliquem a lei, que se restrinjam a julgar matéria fática ou que apliquem entendimento já consolidado em outro precedente, não julgam questão de direito e, portanto, não são consideradas precedentes. Em outros termos, a matéria decidida em processos destes tipos

---

4 MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 90.

não serão reproduzíveis a casos análogos, o que as torna imprestáveis para serem consideradas decisões paradigma.

Por outro lado, em razão da necessidade de servir como parâmetro e ser aplicável a pessoas que não foram parte no processo, a decisão precedente deverá abordar de maneira exauriente a questão jurídica a ser solucionada. Apenas com amplo debate dos argumentos que envolvem o caso-paradigma é que esta decisão terá legitimidade de criar uma norma jurídica a ser aplicada a diversas situações fáticas semelhantes.

Por fim, a decisão da Corte deve contar com a maioria dos julgadores com relação à questão jurídica posta, mas o fundamento da decisão deve ser compartilhado pelos juízes. Assim, decisão judicial unânime ou por maioria, mas cujo fundamento de cada juiz é diverso e não constitui ele mesmo uma maioria, não pode ser considerado um precedente<sup>5</sup>.

Feita esta primeira distinção, convém agora diferenciar precedente de jurisprudência. Para os nossos propósitos, em linhas gerais, a jurisprudência pode ser vista como um conjunto de decisões judiciais em determinado sentido sobre determinada matéria. Esta característica da repetição dá um sentido de unidade a este conjunto de julgados, podendo-se então falar em “jurisprudência dominante” e o seu contrário “jurisprudência minoritária”.

Já o precedente é caracterizado por ser produto de uma única decisão judicial, porém, dotada das características acima expostas. Pode-se afirmar, por assim dizer, que a jurisprudência é constituída por um conjunto de decisões judiciais, sendo uma ou algumas delas precedentes.

Note-se que o conceito de jurisprudência não cairá em desuso com a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios. Isso porque o precedente, como adiante se verá, não existe sozinho, apesar da grande importância da decisão paradigma. Os casos futuros, que aplicam ou deixam de aplicar o precedente, tem um papel importantíssimo para a definição dos contornos do precedente, a saber, sua abrangência e complexidade.

---

<sup>5</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2016, p. 156-157.



Portanto, pode-se falar perfeitamente em aplicação continuada do precedente pela jurisprudência, ou seja, pelos novos julgados. Ou mesmo, por exemplo, em erosão do precedente em razão da jurisprudência, que o distingue de forma demasiada, abrindo espaço para a sua revogação. O conceito de jurisprudência não deixa de existir, mas com certeza sofrerá influência do *stare decisis*: um único julgado poderá superar toda a jurisprudência consolidada pelos tribunais, o que seria extremamente difícil se não houvesse adoção de um sistema de precedentes obrigatórios<sup>6</sup>.

Além da distinção com a jurisprudência, é importante diferenciar os precedentes das súmulas, vinculantes ou não. As súmulas são enunciados emitidos pelos tribunais que espelham o seu posicionamento jurisprudencial acerca de determinada matéria. Na forma prevista no regimento interno de cada tribunal, as súmulas são editadas ante a existência de diversas decisões judiciais que versam sobre a mesma questão jurídica. Assim, “o que particulariza as súmulas é a circunstância de serem enunciados do tribunal acerca das suas decisões, e não uma decisão que se qualifica como precedente”<sup>7</sup>. Em suma, as súmulas nunca deixam de ser um elemento externo às decisões judiciais.

A principal diferença entre as súmulas e os precedentes é a relação que tem com os fatos do caso. As súmulas, por serem enunciados simples editados a partir de decisões judiciais, desligam-se dos fatos dos casos que lhe deram origem e o seu conteúdo passa a ser tido como geral e abstrato. Nesse sentido, as súmulas são aplicadas de maneira semelhante às normas jurídicas em geral (Macêdo, 2015, p. 114). Essa eliminação da faticidade é o aspecto central da diferenciação entre as súmulas e os precedentes.

O precedente tem relação direta com os fatos substanciais do caso que lhe deu origem. É impossível dissociar o precedente dos fatos do caso e essa relação é sempre reafirmada nos casos em que se almeja aplicar o precedente: sempre haverá discussão se os fatos do caso presente são similares o suficiente com os do caso precedente. Já a relação das

---

6 MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 109.

7 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2016, p. 158.

súmulas com os fatos é sempre problemática: como são enunciados que sintetizam decisões, a distância dos fatos é bem maior do que aquela travada com o precedente. E quando se deseja aplicar súmula ao caso concreto, raramente é feita a comparação com os fatos dos casos que deram origem ao verbete<sup>8</sup>.

Frise-se que a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios fatalmente irá ensejar a perda da importância das súmulas no direito pátrio. O sistema de precedentes mostra-se muito mais eficaz no sentido de uniformizar o tratamento igualitário perante o ordenamento jurídico se comparado a um sistema que adota apenas súmulas para esta finalidade. Aliás, a necessidade de edição de súmulas está ligada à inexistência de precedentes obrigatórios: como não se atribui valor às decisões isoladamente, então deve-se editar súmulas que condensam diversos julgados sobre determinado tema.

Porém, com a adoção dos precedentes obrigatórios, apenas um julgado, respeitado determinados requisitos, tem o condão de firmar o entendimento sobre a matéria. Não se faz necessário que inúmeros julgados sejam proferidos para que, a partir de então, seja editada súmula que resumirá todo este caldo jurisprudencial<sup>9</sup>.

Portanto, se aplicado corretamente, um sistema de precedentes obrigatórios tem melhor aptidão para atribuir unidade à interpretação das normas jurídicas pelo Poder Judiciário, propiciando aos demais juízes e aos particulares se orientarem com mais certeza acerca do posicionamento das Cortes Superiores.

## **2.2 Principais argumentos para a observância aos precedentes obrigatórios**

A doutrina costuma apontar diversos argumentos para justificar a adoção, no direito processual civil brasileiro, de regras que obriguem os juízes a respeitar os precedentes. Dentre os diversos argumentos favoráveis ao chamado dever de respeito aos precedentes, destacam-se dois,

---

8 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2016, p. 158-159.

9 MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 113.

que serão extremamente úteis à compreensão da técnica da distinção ou *distinguishing*.

O primeiro é o argumento sobre a igualdade. Baseia-se no aforismo “tratar igualmente os casos iguais” (*treat like cases alike*), cujo significado pode ser explicitado da seguinte maneira: deve-se tratar de maneira igual os casos iguais do presente, ou seja, que surjam simultaneamente; mas, da mesma forma, os casos do presente devem ser tratados da mesma forma que os casos iguais do passado<sup>10</sup>.

Dessa forma, o direito processual acrescentou à concepção tradicional de igualdade como respeito ao contraditório e acesso à justiça, a noção de igualdade diante das decisões judiciais. Se num primeiro momento era suficiente dizer que o tratamento paritário no processo garantia a igualdade – o chamado contraditório como bilateralidade de audiência –, num segundo momento pleiteou-se a igualdade no acesso à justiça, consistente na existência de instrumentos necessários para que todos pudessem ter os seus direitos assegurados judicialmente.

Agora, vivencia-se um terceiro momento. Partindo-se do pressuposto de que há, sempre, uma pluralidade possível de interpretações da lei e da Constituição pelos juízes, mesmo em casos tidos como semelhantes, depara-se com a necessidade de estabelecer parâmetros para, num certo sentido, balizar eventuais voluntarismos dos magistrados. O respeito aos precedentes entram aqui como forma de organizar o emaranhado de decisões díspares que dão tratamento diferenciado a casos similares.

Este aspecto é o que Luiz Guilherme Marinoni denomina como igualdade perante as decisões judiciais ou igualdade perante a interpretação judicial da lei. Vale dizer, “a racionalidade da decisão está ancorada no sistema e não apenas no discurso do juiz”<sup>11</sup>. A legitimidade das decisões judiciais deve ser derivada, além do respeito às garantias processuais, à sua conformação aos precedentes obrigatórios.

Com isso, enfrenta-se o grave problema da disparidade de interpretações a casos semelhantes, o que é agravado pela necessidade dos juízes

---

10 SCHAUER, Frederick. *Precedente*, In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coords.). *Precedentes. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, v. 2, 2015, p.

11 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2016, p. 112.

em aplicar as chamadas cláusulas abertas previstas na legislação e pela obrigatoriedade de conformação das leis à Constituição Federal, situações estas que alargam sobremaneira as possibilidades de soluções aos casos concretos e abrem espaço para a criatividade judicial.

O segundo argumento é o da segurança jurídica ou previsibilidade. Consiste na capacidade que é dada ao cidadão de conhecer as regras que regulam sua vida e quais serão as consequências jurídicas atribuídas às suas ações. A questão que se coloca entre a segurança jurídica e os precedentes obrigatórios novamente esbarra na pluralidade de decisões possíveis ante a divergência interpretativa dos magistrados frente a casos semelhantes. Não há segurança jurídica ou previsibilidade onde situações similares, embora regradas pela mesma legislação, sejam submetidas a interpretações judiciais díspares, gerando decisões incompatíveis entre si.

Nesse sentido, a observância dos precedentes pode contribuir para minimizar tais incertezas, na medida em que as decisões dos casos futuros necessariamente terão que ser baseadas nas decisões do passado. Com isso, garante-se a continuidade no regramento uniforme das situações, o que viabiliza aos particulares programarem suas condutas e terem a expectativa de que os demais cidadãos e a sociedade em geral irão agir em conformidade com os parâmetros predefinidos no precedente.

Questão que se coloca frente à segurança jurídica e a previsibilidade, é a qualidade das decisões que são tomadas com base no precedente. É possível indagar que tais decisões não tenham um grau de qualidade caso a situação pudesse ser decidida sem a observância do precedente. O argumento é válido, posto que o valor trazido pela segurança jurídica e pelo *stare decisis* é meramente formal e não garante, *ipso facto*, que as decisões sejam tomadas da maneira mais justa possível. Em outros termos, o *stare decisis* propicia a coerência ao sistema na forma de uma série coesa de decisões, mas isso não quer dizer que estas mesmas decisões sejam as melhores<sup>12</sup>.

Portanto, não se deve ignorar esta possível perda de qualidade na justiça das decisões com a introdução do *stare decisis*. No entanto, não

---

12 MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 146-147.

é este fator, pura e simplesmente, que fará com que se abandone a adoção da obrigatoriedade dos precedentes. Se a questão nunca vai deixar de existir, deve-se tentar, de alguma forma, conciliar este aspecto com as vantagens da uniformidade das decisões. Ou seja, pode ser mais proveitoso o ganho de decisões concatenadas e proferidas na linha dos precedentes do que o ganho de decisões extremamente detalhadas, porém díspares entre si<sup>13</sup>.

De fato, não há resposta única e que possa ser dada *a priori* para a questão. Pode-se, inclusive, argumentar que, a depender da matéria tratada, deve-se dar maior liberdade aos juízes e que o precedente deva simplesmente dar diretrizes gerais a serem seguidas nos casos posteriores. Em outras situações, o precedente pode ser mais detalhista, já que as consequências negativas da tomada de decisões em série não serão suficientemente graves ao ponto de poderem ser consideradas catastróficas.

Os dois argumentos tem relação direta com a técnica da distinção. Como adiante se verá, a possibilidade de realização do *distinguishing* está atrelada à consideração das particularidades do caso concreto, que não pode ser enquadrado no precedente. Porém, ao realizar a distinção, ao mesmo tempo que se garante uma solução específica para o caso presente, deixa-se de aplicar o caso paradigma. Esta “quebra” deve ser muito bem justificada e o limite de sua utilização encontra-se justamente na segurança jurídica e na igualdade: é desigual e imprevisível atribuir-se solução diversa a caso que não contenha particularidades que embasem a distinção. Ou seja, só é possível a adoção de solução diversa mediante justificativa plausível, sob pena de violação do dever de observância dos precedentes.

Muitos outros argumentos são apontados pela doutrina para a adoção dos precedentes obrigatórios, tais como, coerência das decisões judiciais, garantia da imparcialidade do juiz, racionalidade da atividade jurisdicional, contribuição à duração razoável do processo, diminuição da litigiosidade, etc. Mas, dados os limites do presente trabalho, a análise dos argumentos da igualdade e segurança jurídica parece atender,

13 SCHAUER, Frederick. *Precedente*. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coords.). *Precedentes. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, v. 2, 2015, p. 179.

ainda que minimamente, a necessidade de embasamento principiológico para a adequada compreensão do *distinguishing*.

### 3. Principais conceitos da teoria dos precedentes

#### 3.1 *Stare decisis*

O *stare decisis* (ou *stare decisis et non quieta movere*) pode ser definido, de uma maneira simples, como o dever de respeito aos precedentes. É possível apontar duas facetas do *stare decisis*: a primeira é a vinculação aos próprios precedentes (vinculação horizontal), que significa que a Corte responsável pelo precedente deve levá-lo em conta nos casos futuros semelhantes, ainda que alterada a composição de juízes; a segunda se trata da vinculação dos juízes e Cortes inferiores respeitarem os precedentes da Corte superior<sup>14</sup>.

Tal dever não se confunde com obediência cega, irrestrita. Ou seja, não é possível que, por força princípio do *stare decisis*, uma vez invocado determinado precedente, este deva, automaticamente e sem qualquer reflexão, ser aplicado ao caso presente. A teoria dos precedentes não pretende congelar a interpretação e aplicação do Direito pelo Poder Judiciário.

Pelo contrário: invocado o precedente, deve o magistrado, tendo em vista os fatos relevantes da causa presente, bem como pelo quanto decidido no precedente, verificar se é o caso de aplicação ou não, circunstância esta que deverá ser demonstrada na fundamentação da sua decisão. E esta demonstração é requisito obrigatório da fundamentação, conforme preceitua o artigo 489, § 1º, V e VI, do Código de Processo Civil.

Portanto, o magistrado deverá analisar se os precedentes invocados pelas partes são pertinentes ao caso concreto e, ainda que a resposta seja positiva, se está diante de situação que mereça distinção ou superação. Há, ainda, a possibilidade de o precedente invocado já ter sido superado, o que o torna imprestável para regular a situação posta. E para que pos-

---

14 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2016, p. 25-26.

sa realizar tal tarefa, o juiz tem que interpretar o precedente invocado, a fim de verificar o correto enquadramento no caso presente.

Nota-se, portanto, que a atividade do magistrado num sistema jurídico que abraça a teoria dos precedentes nada tem de mero reprodutor de decisões das Cortes superiores: a dinâmica dos precedentes é algo que torna vivo o sistema, poroso a novas interpretações e críticas. O papel ativo dos magistrados deve, sempre, ser enfatizado, sob pena de descrédito da força vinculante dos precedentes.

É importante salientar que o magistrado reforça a vinculação aos precedentes sempre que o analisa frente ao caso presente, aplicando-o ou não. O fato de se ter circunstância que mereça distinção ou superação não desmerece o precedente. Este permanecerá íntegro, ainda que para regular situações distintas daquelas tratadas no caso novo, ou como norma que permaneceu válida no passado e regulou os casos que lhe eram enquadráveis.

Nesse contexto, convém salientar a principal característica do *stare decisis* apontada pela doutrina: a *autorreferência*. Trata-se do dever de levar em conta os precedentes pertinentes ao caso. No entanto, ao contrário do que pode parecer numa primeira análise, a autorreferência não significa que o juiz deva aplicar necessariamente o precedente, mas que deve fazer referência a ele na fundamentação da sua decisão, acolhendo-o ou não<sup>15</sup>.

Os artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil positivam o *stare decisis* no direito brasileiro, na medida em que determinam o dever de referência aos precedentes, tanto pelas Cortes que os produziram quanto pelos juízes a esta vinculados.

O primeiro dispositivo estabelece os deveres dos Tribunais de “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Trata-se, aqui, *grosso modo*, do *stare decisis* horizontal, consistente em deveres das Cortes brasileiras no trato com os seus próprios precedentes, tendo em vista os reflexos destes nos demais órgãos do Poder Judiciário e na sociedade em geral.

---

15 MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 268.

Assim, os Tribunais devem resolver suas divergências internas, tornando único seu posicionamento com relação a determinado tema. Também devem manter este posicionamento estável – o que não significa imutável – na medida em que a distinção ou superação dos precedentes deve ser precedida de forte carga argumentativa, face às alterações sociais, econômicas, culturais ou políticas. Por seu turno, os deveres de coerência e integridade relacionam-se com a autorreferência e o necessário diálogo com os demais precedentes, bem como com a própria ideia de unidade do Direito<sup>16</sup>.

Dado que o precedente é um tipo de decisão judicial que tem a capacidade de reger casos futuros, e que muito do que é debatido nesta decisão não diz respeito com o seu núcleo essencial, a teoria dos precedentes procura extrair do precedente a “parte” que é dotada de força obrigatória. Trata-se da distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, essencial para o correto funcionamento do *stare decisis*.

### **3.2. Ratio decidendi ou holding**

A *ratio decidendi* ou *holding* é a parcela obrigatória do precedente judicial, aquela que vincula os demais julgadores. Diante de todos os argumentos postos no julgamento do caso precedente, deve-se extrair o que lhe é essencial, o que pode ser considerado o seu núcleo.

De início já convém ressaltar que a *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação do julgado. Ela é uma proposição extraída da fundamentação, mas não somente desta, pois, muitas vezes, é necessária a análise do relatório e do dispositivo para se chegar ao seu conteúdo.

Convém desde já salientar que a identificação dos fatos a partir dos quais se chegou ao precedente é de extrema relevância para se saber a *ratio decidendi* de um caso. Assim, assume importância, ao lado da fundamentação, o relatório, que é o elemento da decisão judicial onde são narrados os fatos da causa, permitindo-se a sua correta delimitação e o campo de incidência do precedente no confronto com os casos futuros<sup>17</sup>.

---

16 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, v. 2, 2016, p. 487-500.

17 *Ibidem*, p. 320.



De uma maneira geral, apontam-se dois parâmetros para se buscar a *ratio decidendi* de determinado precedente, a fim de se verificar o seu conteúdo obrigatório. O primeiro é a delimitação dos fatos essenciais do precedente, aqueles que são relevantes para a solução do caso. O segundo são os fundamentos utilizados pelo julgador para se chegar à solução da questão posta em julgamento<sup>18</sup>. Com isso os casos iguais podem ser tratados da mesma forma (*treat like cases alike*).

Vale a pena destacar que a identidade dos fatos do caso precedente e do caso presente não necessita ser completa. Aliás, tal identidade absoluta é impossível, pois todas as situações postas em juízo possuem suas peculiaridades. O que importa é extrair dos fatos aqueles que são *essenciais* para a formação do precedente, buscando-se a partir destes a identidade com o caso sob julgamento<sup>19</sup>.

É necessário destacar este aspecto em razão do fato do Novo Código de Processo Civil Brasileiro ter dado amplo destaque aos chamados “julgamentos de casos repetitivos”, em que não há praticamente distinção de fatos. A teoria dos precedentes não é concebida tão somente para gerir tais situações, mas também para casos que não tem tamanha similitude fática e que podem ter a mesma solução porque são enquadráveis na *ratio decidendi* do precedente.

Ligado ao problema do método, outra questão de relevo é saber quem define a *ratio decidendi* do precedente: o próprio órgão judiciário responsável pelo precedente ou aquele outro que está a verificar se o seu caso é enquadrável no precedente.

A partir do momento em que o precedente é editado, por mais que o julgador tenha explicitado as razões pelas quais tomou a decisão, tomando todas as precauções para que seus argumentos sejam postos da maneira mais clara possível, ainda assim este julgado será interpretado pelos demais juízes que estejam com casos sob julgamento potencialmente enquadráveis no precedente. E isso se dá pelo fato de

---

18 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2016, p. 164.

19 CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A Jurisprudência Uniforme e os Precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 2015, p. 46.

que estes juízes precisam saber se aplicarão ou não o precedente no caso presente.

Assim, pode-se dizer que a *ratio decidendi* será extraída tanto dos argumentos trazidos pelo órgão judiciário prolator do precedente quanto dos demais órgãos que com ele terão que se deparar para a solução de seus casos, fazendo as necessárias distinções. É por isso que se diz que a norma do precedente é “construída a partir da fundamentação, mas que com ela não se confunde”<sup>20</sup>.

É nesse sentido que se pode falar numa interpretação da *ratio decidendi* pelos órgãos judiciários subsequentes, que tem a necessidade de esclarecer o seu conteúdo para saber em que situações devem aplicar o precedente. Ou mesmo numa “formação paulatina da *ratio*”, em que a corte do caso presente vai além da interpretação e incrementa novos significados ao precedente<sup>21</sup>.

Para arrematar este breve apanhado acerca da *ratio decidendi*, convém mencionar a possibilidade de existência de precedentes com várias *ratios* e de precedentes sem qualquer *ratio*. Nesse sentido pode-se dizer que a pluralidade de *ratios* possibilita a regulação de mais de uma situação tipo a partir de um único precedente e a ausência de *ratio* equivale à anomia da matéria tratada no precedente.

A pluralidade de *ratios* é defendida pela doutrina pátria sem grandes contestações<sup>22</sup>, tendo como premissa o fato de que as Cortes Supremas poderem criar precedentes a partir da solução das diversas questões que lhes são submetidas ao longo do julgamento do caso e não simplesmente do julgamento final deste, o seu resultado.

Dessa maneira, em havendo necessidade de solução de questões preliminares à análise do mérito do processo, é perfeitamente possível que estas sejam postas sob análise da Corte e proporcionem uma *ratio*

---

20 MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 310/311. Vide também CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A Jurisprudência Uniforme e os Precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 2015, p. 47.

21 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2016, p. 179.

22 *Ibidem*, p. 186.

*decidendi* com capacidade de regular casos futuros. Da mesma forma, quando houver cumulação de ações, em que os dois ou mais pedidos estejam sob análise da Corte: todos podem ensejar a criação de uma *ratio decidendi*, ainda que o caso como um todo não seja decidido integralmente a favor de uma das partes.

Já as decisões sem *ratio decidendi* podem ocorrer em duas situações: fundamentação deficiente e inexistência de fundamento vencedor<sup>23</sup>. No primeiro caso, tem-se problema técnico na decisão, que não abre ensejo para que se possa extrair uma *ratio* dos seus termos; a decisão, portanto, é inapta a regular casos futuros, seja porque não delimitou os fatos essenciais do caso, seja porque não expôs corretamente as razões para se chegar à conclusão. E esta decisão é falha de tal forma que não permite que os julgadores dos casos futuros possam extrair uma *ratio* a partir da sua interpretação.

A situação da inexistência de fundamento vencedor se dá nas decisões colegiadas em que os diversos juízes não concordam com um fundamento vencedor capaz de sustentar a conclusão do julgado. Ou seja, embora tenha havido maioria suficiente para se dar ganho de causa a uma das partes, os fundamentos utilizados pelos julgadores diferem entre si e não chegam a fazer eles – os fundamentos – uma maioria. Daí que não é possível extrair uma *ratio decidendi* do Tribunal, mas apenas de cada um ou de grupos minoritários dos juízes que o compõe. É o que se denomina na doutrina processual de “decisões plurais”.

Uma decisão plural também não é apta a reger casos futuros porque não consolida a posição da Corte acerca da questão. A fragmentação dos motivos dados por cada um ou por grupos de julgadores impede que se saiba a opinião do Tribunal sobre a matéria, inviabilizando qualquer tentativa de se extrair uma *ratio decidendi* da decisão.

### 3.3 *Obiter dictum*

O exato oposto da *ratio decidendi* é o *obiter dictum*. Vale dizer, enquanto a *ratio* consiste na parcela que tem o condão de vincular os

23 MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 334.

demais julgadores, o *obiter dictum* é justamente a parcela não vinculante do precedente<sup>24</sup>.

A grande utilidade em se separar os dois conceitos é destacar do julgado aquilo que dá significado à decisão daquilo que não lhe diz respeito ou não lhe é essencial<sup>25</sup>. Assim, consegue-se estabelecer uma espécie de filtro a partir do qual os demais órgãos judiciais e os jurisdicionados – destinatários finais da vinculação do precedente – podem orientar-se em suas ações, seja como intérpretes do precedente e incumbidos de aplicá-lo ou não aos casos futuros, seja como particulares que devem calcular suas condutas de vida frente à regulação posta pelo precedente.

Caso não existisse tal diferenciação, não haveria qualquer segurança jurídica por quem deve seguir o precedente. Não se saberia o quê do precedente deve ser considerado vinculante, obrigatório, tornando inviável na prática a aplicação de qualquer aspecto da teoria dos precedentes. Por exemplo, seria muito difícil o juiz, frente a um caso potencialmente enquadrável num precedente, fazer a distinção ou aplicá-lo.

A noção de *obiter dictum* foi construída tendo em vista o fato de que, normalmente, em um julgamento, os juízes envolvidos costumam tecer argumentos de diversos matizes que não tem relação direta com o ponto central em discussão, muitas vezes sendo um mero argumento de reforço à tese principal da fundamentação. É por isso que o *obiter dictum* está relacionado com as passagens “que não são necessárias ao resultado, as que não são conectadas com os fatos do caso ou as que são dirigidas a um ponto que nenhuma das partes buscou arguir”<sup>26</sup>.

Note-se que o *dictum*, embora não dotado de força vinculante, pode ser considerado uma sinalização do Tribunal para a futura revogação ou distinção do precedente<sup>27</sup>. Dessa forma, os Tribunais e juízes inferiores conseguem, de alguma maneira, prever o comportamento do Tribunal Superior, podendo prevenir os jurisdicionados da mudança de orienta-

24 MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 337-338.

25 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2016, p. 167.

26 *Ibidem*, p. 168.

27 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, v. 2, 2016, p. 459.

ção jurisprudencial e antecipando um futuro *overruling* ou um *distinguishing*. É nesse sentido que se diz que o *dictum*, embora destituído de obrigatoriedade, possui força persuasiva e não é desprezível, já que pode tornar-se, no futuro, *ratio decidendi*.

Convém ressaltar também a relação existente entre o *obiter dictum* e o contraditório. Por se constituir em argumentos de passagem, os *dictum* não são objeto de debate entre as partes e entre os julgadores, o que os torna imprestáveis para serem considerados partes vinculantes do precedente<sup>28</sup>.

## 4. A técnica da distinção ou *distinguishing*

### 4.1 Conceito

Pode-se conceituar a técnica da distinção ou *distinguishing* como o método pelo qual é feita a análise de uma decisão precedente com o objetivo de verificar a sua aplicação ou não a um caso concreto. Trata-se de um método de confrontação, que pressupõe a existência de duas decisões – a decisão paradigma e a decisão atual – e cujo resultado pode ser positivo ou negativo, a depender da avaliação do juiz desta última<sup>29</sup>.

É pelo estudo da distinção que se evidencia a afirmação doutrinária de que a teoria dos precedentes exige constantemente um raciocínio por analogia. Isso porque a construção do direito num sistema de *stare decisis* é feito a partir da análise de casos concretos, bem como do confronto entre as soluções anteriores diante das novas situações. Esse constante retorno ao precedente implica numa atividade circular, em que o novo é permanentemente comparado ao velho, atividade pela qual são buscadas semelhanças e diferenças, sempre com o intuito de se chegar à melhor solução para o caso apresentado<sup>30</sup>.

28 MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 28.

29 PEIXOTO, Ravi. *A Técnica da Distinção (Distinguishing) e o CPC/2015*, In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim *et al.* (coords.). *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 645.

30 MACÊDO, Lucas Buriel de. *op. cit.*, p. 352.

Embora numa primeira análise a distinção pareça um procedimento simples, quando se está diante de casos concretos, vê-se quanto é necessário um estudo aprofundado de como a técnica pode e deve ser utilizada. É muito importante saber os limites da utilização da distinção e em que termos seu uso é lícito no sistema processual civil brasileiro.

Todavia, a análise destas possibilidades pressupõe o conhecimento do liame entre a técnica da distinção e a *ratio decidendi*, o que também está relacionado à função que aquela possui no contexto da teoria dos precedentes.

#### **4.2 *Ratio decidendi*, *distinguishing* e o papel deste na teoria dos precedentes**

É estreita a relação entre *ratio decidendi* e o *distinguishing*. E esta íntima ligação é uma via de mão dupla: parte-se do conceito de *ratio* para que a distinção seja possível, assim como ao se realizar distinção contribui-se para o aprimoramento da *ratio*. Os conceitos são interdependentes.

Conforme dito acima, para além de todas as polêmicas, a doutrina costuma identificar a *ratio decidendi* a partir de duas noções básicas: os fatos essenciais a partir dos quais a decisão do precedente é tomada, bem como as razões expostas para a adoção da regra que dá solução ao caso<sup>31</sup>.

É a partir da fixação da *ratio decidendi*, enquanto parcela obrigatória do precedente, que os demais juízes poderão orientar-se e aplicar ou afastar a aplicação do precedente aos casos futuros. É um truísmo dizer que é impossível a realização da distinção sem a existência de um precedente com uma *ratio decidendi* previamente definida, ainda que de maneira não totalmente completa.

Porém, não é menos verdade que a *ratio decidendi* não é formada apenas a partir das razões expostas no caso que deu origem ao precedente. Os demais julgadores, quando se deparam com casos em que há potencial aplicação do precedente, fazem sua própria leitura do quanto foi decidido e interpretam-no, atribuindo-lhe uma determinada carga de sentido. Aliás, é justamente por isso que se diz que a *ratio deciden-*

---

31 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2016, p. 164.

*di* é formada de maneira paulatina, a partir das interpretações dadas pelos juízes dos casos futuros, que ajudam no seu aprimoramento e reconstrução.

Ou seja, o conceito de *ratio decidendi* vai muito além dos elementos colhidos no precedente (fatos substanciais e razões expostas para solução do caso) e deve ser extraído do conjunto de decisões judiciais que o levam em consideração para a solução dos casos futuros. Em outros termos, a *ratio* é construída a partir do caldo jurisprudencial que analisou o precedente, aplicando-o ou não às novas situações.

Tendo clara esta noção, vislumbra-se com mais nitidez esta íntima relação entre o *distinguishing* e a *ratio*. Talvez o principal instrumento que juízes e partes possuam para a interpretação e aplicação dos precedentes – e o seu conseqüente aprimoramento – seja a técnica da distinção. É por meio da distinção que será possível a lapidação do precedente.

Muitas vezes, os fatos considerados como premissas para a adoção da decisão precedente são demasiado abrangentes ou deveras estreitos. É exatamente pelo *distinguishing* que será possível analisar, frente a novas situações fáticas trazidas pelos casos futuros, se a regra adotada no precedente merece ser aplicada a uma variedade maior ou menor de situações. Isso equivale dizer que o precedente, por meio da técnica da distinção, será a todo momento posto à prova, daí porque faz todo o sentido falar em aprimoramento do precedente, no seu aperfeiçoamento<sup>32</sup>.

Assim, como é impossível prever todas as situações de fato a serem regradas quando da edição das leis, o que torna necessário a sua interpretação face às novas situações da vida, também não se mostra plausível considerar o precedente como algo estático. A distinção possui justamente a função de dinamizar a regra do precedente, atualizando-a frente às situações não previstas ou imaginadas inicialmente.

Um grande fator a contribuir para o relevante papel do *distinguishing* na teoria dos precedentes e no direito jurisprudencial é a circunstância de poder ser realizado por qualquer magistrado. Não há vedação à sua

---

32 MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 350.

utilização em razão da competência, ao contrário do que acontece com a superação dos precedentes (*overruling*). Com isso, seu uso passa a ser mais disseminado pelo Poder Judiciário, tornando-o o instrumento por excelência para se evitar a petrificação das decisões precedente.

Por óbvio que as possibilidades de utilização da distinção não são ilimitadas. Saber até que ponto é possível se valer do *distinguishing* é tarefa que será abordada a seguir.

### 4.3 A utilização da técnica da distinção e seus limites

O primeiro aspecto a considerar quando se fala em utilização técnica da distinção é a caracterização dos fatos essenciais tanto do caso precedente quanto do caso presente. E mais: há que se considerar como estes fatos são apresentados, qual a sua narrativa, na medida em que a argumentação no momento da utilização do *distinguishing* será essencial para se chegar à conclusão pela aplicação ou afastamento do precedente.

O conjunto de fatos tratado em determinado processo sempre é único. Não existem dois casos iguais. Todavia, não obstante todas as peculiaridades, o papel das partes e dos juízes será o de extrair do conjunto de fatos aqueles que devem ser considerados como essenciais para que o caso tenha determinada solução. Sem este recorte não haveria nenhuma possibilidade de utilização da distinção, quiçá qualquer possibilidade de construção de uma teoria dos precedentes<sup>33</sup>.

Note-se que o trabalho de recorte dos fatos substanciais também faz parte da construção da *ratio decidendi*, cujo instrumento por excelência é o *distinguishing*. Ou seja, é também do confronto com outros casos que o precedente será moldado também com relação ao espectro fático de sua aplicação e não somente com relação à regra que dá solução ao caso. Portanto, a classificação dos fatos em relevantes e irrelevantes também não é algo dado quando da prolação da decisão que deu origem ao precedente.

Posta esta observação, o confronto deve ser feito entre os fatos substanciais do precedente e os fatos substanciais do caso em análise.

---

33 PEIXOTO, Ravi. *A Técnica da Distinção (Distinguishing) e o CPC/2015*. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim *et al.* (coords.). *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 645/646.



Inexistindo diferenças entre ambos, o que equivale a dizer que as particularidades são irrelevantes e não interferem na solução a ser dada ao caso presente, o precedente deve ser aplicado.

O caso presente deverá ser regrado pelo precedente porque, a despeito de suas particularidades, pode ser considerado similar a este, o que o torna sujeito à *ratio decidendi* outrora fixada. Posta a decisão pelo Tribunal competente, não faz sentido aplicar regra diversa a situação que não contém diferenças substanciais que justifiquem outro posicionamento do Poder Judiciário. Apenas diferentes fatos justificam diferentes decisões. A isso se chama igualdade perante a interpretação da lei<sup>34</sup>.

Por outro lado, havendo fatos substanciais peculiares no caso presente em comparação com o precedente não será possível a reprodução da mesma solução jurídica. Estes fatos substanciais deverão ser devidamente ressaltados pelo magistrado do caso sob análise na fundamentação de sua decisão, com o fito de justificar o regramento específico. E essa justificação deve demonstrar que o fato peculiar é suficiente para gerar uma solução diferente e específica ao caso presente.

Assim, há uma espécie de ônus argumentativo forte no sentido de se afastar a aplicação da regra do precedente ao caso concreto. Deve-se demonstrar que a solução fixada, se adotada, seria injusta e contrária ao ordenamento jurídico. Daí já se vê que a distinção tem seus limites e não pode ser feita sem quaisquer critérios<sup>35</sup>.

O primeiro critério para a correta utilização da distinção é inexistência de similitude fática entre os casos. Esta similitude pode ser evidente – situação em que não haverá dúvidas acerca da impossibilidade de aplicação da regra do precedente – ou duvidosa. Nesta hipótese, a argumentação das partes e do magistrado justificadora da distinção deve ser mais robusta, uma vez que obrigatoriamente será exposta a substancialidade dos elementos do caso em análise.

---

34 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2016, p. 114.

35 MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 358.

Além disso, a *ratio decidendi* do precedente deverá ser revisitada, a fim de serem verificadas as razões pelas quais o precedente foi editado. Com isso se estará olhando para as normas e princípios que justificaram o posicionamento adotado, bem como sua colocação no contexto normativo e jurisprudencial. Ressalte-se que um precedente não é uma ilha: sua existência tem por base os princípios e regras do direito positivo e os demais precedentes. Dessa forma, o magistrado deve sempre levar em consideração estes fatores para que sua distinção não destoe de todo este arcabouço normativo-jurisprudencial<sup>36</sup>.

É importante salientar que a realização de distinções não infirma a autoridade do precedente e quando utilizada adequada e consistentemente não altera a *ratio decidendi* do precedente. A atividade do *distinguishing* é recorrente em sistemas jurídicos que adotam a obrigatoriedade dos precedentes e contribui com a sua dinâmica e evolução. Na realidade, quando se faz a distinção e afasta-se a aplicação da *ratio decidendi* cria-se um novo precedente, aplicável a esta nova situação. No dizer de Ravi Peixoto, “quando há utilização adequada da técnica da distinção, não ocorre uma modificação da *ratio decidendi* originária, mas, sim, a criação de uma nova, aplicável a uma situação diferente”<sup>37</sup>.

Frise-se que o novo precedente pode ser mais específico ou mais genérico se comparado com o anterior. O exemplo clássico é o precedente com a aplicação em situações onde estão presentes as circunstâncias fáticas substanciais A, B e C. Diante de um caso em que estão presentes as circunstâncias A, B, C e D, novo precedente, com incidência mais restrita, deverá ser editado. Por outro lado, se apenas as circunstâncias A e B forem encontradas, terá lugar um precedente mais amplo. Por óbvio que as peculiaridades no contexto fático deverão ser objeto de fundamentação, em que se deverão ser expostas as razões pelas quais as novas situações merecem ser tratadas de maneira diferente<sup>38</sup>.

36 MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 360.

37 PEIXOTO, Ravi. *A Técnica da Distinção (Distinguishing) e o CPC/2015*, In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al. (coords.). *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 646.

38 *Ibidem*, p. 647.

Convém também salientar que os limites para a realização das distinções também têm íntima relação com os principais argumentos que sustentam a existência da regra de observância obrigatória dos precedentes: a igualdade e a segurança jurídica. Distinções sem critérios e desarrazoadas podem gerar insegurança aos jurisdicionados, que deixam de saber se suas condutas serão futuramente regradas pelo precedente, e desigualdade, na medida em que não haverá tratamento isonômico ante duas interpretações judiciais diferentes para situações similares.

#### 4.4 Distinções ampliativas e distinções restritivas

A classificação das distinções em ampliativas e restritivas pressupõe a noção de que a atividade dos julgados posteriores, que contribuem progressivamente para a construção da *ratio decidendi*, é inerente a um sistema que adota o respeito ao *stare decisis*.

Quando se fala nestas categorias, não se está tratando propriamente da atividade de não aplicação do precedente em razão de particularidades do caso concreto, o que consistiria um típico *distinguishing*, com a elaboração de uma nova *ratio decidendi*. Aqui o precedente é efetivamente aplicado, porém, é ajustado no tocante aos fatos essenciais em relação aos quais foi inicialmente concebido. É esse ajuste que contribui para a evolução da *ratio decidendi* diante das novas situações apresentadas ao Poder Judiciário.

A distinção ampliativa, portanto, ocorre quando o julgado posterior alarga o espectro de abrangência do precedente, com a finalidade de abarcar fatos não cogitados na sua concepção original. Ganha-se em capacidade de regular situações, numa verdadeira expansão silenciosa do precedente originário<sup>39</sup>, cuja potencialidade é aumentada.

Na mesma linha de raciocínio é o conceito de distinção restritiva. Neste caso, o julgado posterior retira fatos outrora incluídos no precedente originário e torna sua incidência menos larga. O precedente não é

---

39 PEIXOTO, Ravi. *A Técnica da Distinção (Distinguishing) e o CPC/2015*. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al. (coords.). *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 647.

revogado: apenas uma parcela de situações que seriam por este reguladas não mais o serão<sup>40</sup>.

É claro que ao se falar em ampliação ou restrição do alcance do precedente também se está raciocinando por comparação, pois “o alcance do precedente apenas pode ser visto como limitado ou amplo quando confrontado com novos casos”<sup>41</sup>. Assim, será sempre diante de novos casos que o precedente originário poderá ser considerado como demasiadamente extenso ou limitado, merecendo os ajustes diante da variedade das situações conflitivas.

Todavia, qualquer restrição ou ampliação na aplicação do precedente deve guardar concordância com a finalidade para a qual o foi instituído. A atividade de extensão ou limitação tem, também, o seu alcance, pois com ela não se poderá desvirtuar o sentido do precedente, o que poderia implicar, na prática, a sua revogação<sup>42</sup>.

A questão do desvirtuamento do precedente pela sua extensão ou limitação também deve ser pensada pelo viés da competência do órgão judicial. Na medida em que esta distorção chegará ao ponto de revogar tacitamente o precedente, deve-se lembrar que o *ouerruling*, ao contrário da distinção, é atividade que deve ser feita pelo mesmo órgão judicial autor do precedente. Assim, a distinção feita fora dos limites da finalidade da *ratio decidendi* pode gerar, também, um vício de incompetência do órgão judicial que assim proceder.

#### **4.5 A distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*)**

De uma maneira geral, mas não sem alguma polêmica, a doutrina pátria reprova o uso da chamada distinção inconsistente no sistema de precedentes. Normalmente, o conceito é colocado em contraposição à distinção propriamente dita (ou distinção consistente), técnica esta que faz parte da teoria dos precedentes e cuja utilização deve ser estimulada.

40 MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 362.

41 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2016, p. 233.

42 *Ibidem*, p. 234.

Dentro desta perspectiva, a distinção inconsistente é delineada pura e simplesmente como um desvirtuamento da distinção, uma prática utilizada pelos órgãos judiciais para escapar da aplicação do precedente a um determinado caso em que isso não se mostra possível. Faz-se a distinção numa situação que é enquadrável na *ratio decidendi* do precedente<sup>43</sup>.

Assim, os fatos substanciais do precedente e do caso são idênticos e não há razão plausível para a realização de distinção. Também as razões da construção do precedente apresentam-se de maneira idêntica ao caso presente. E, apesar disso, faz-se a distinção, dita inconsistente<sup>44</sup>.

Esta forma de escapar do precedente é apontada como uma saída usada – ainda que de maneira reprovável – por juízes que são postos diante de situações em que seria de rigor a aplicação de precedentes ruins ou que não estão mais em conformidade ao direito. O magistrado, ao fundamentar sua decisão, força uma distinção onde ela não caberia, a fim de não gerar uma situação injusta no caso sob sua análise, já que não lhe é dado revogar o precedente em razão de não ser o órgão judicial competente para tanto<sup>45</sup>.

Não obstante possa haver louváveis objetivos com a prática do *inconsistent distinguishing* – vale dizer, a não aplicação de precedente ruim ou em desconformidade com o direito – na realidade se produz confusão e insegurança no sistema de precedentes, o que, em última análise, representa violação ao *stare decisis*.

Frise-se que o sistema de precedentes deve ser coerente e íntegro. Esta é a regra imposta pelo *caput* do artigo 926 do Código de Processo Civil, decorrente do *stare decisis*. Quando é feita a distinção inconsistente, com base em razões ou fatos tidos como substancias que não se sustentam,

43 PEIXOTO, Ravi. *A Técnica da Distinção (Distinguishing) e o CPC/2015*, In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al. (coords.). *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 652.

44 MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 366.

45 NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *Aplicação de Precedentes e Distinguishing no CPC/2015*. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). *Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, v. 2, 2015, p. 313.

cria-se um clima de confusão entre os órgãos do Poder Judiciário, os quais não mais têm a segurança a respeito da força obrigatória do precedente face às situações semelhantes que venham novamente a ser apresentadas. Trata-se de um verdadeiro embaralhamento do sistema de precedentes<sup>46</sup>.

Por outro lado, a utilização da distinção inconsistente pode propiciar arbitrariedades e favorecimentos. Pois, se o sistema de precedentes visa a dar a mesma solução para casos semelhantes, ao se atribuir legalidade a distinções sem fundamento – ainda que, em princípio, tal como dito acima, possam existir situações em que os objetivos perseguidos não sejam escusos – pode-se abrir espaço para práticas deletérias sob a pátina de técnica acolhida pela dogmática jurídica. Ou seja, atribuir legalidade à não aplicação do precedente, além de gerar confusão sistêmica, pode dar azo a decisões mais injustas do que a aplicação de precedente ruim<sup>47</sup>.

Dessa forma, ao negar a utilização do *inconsistent distinguishing*, não se pode deixar de apontar um caminho menos deletério ao sistema para o magistrado seguir quando se deparar com situação enquadrável em precedente ruim ou que não mais atenda às situações concretas. Tal solução deve ser apontada, até mesmo porque, diga-se de passagem, não é incomum que existam precedentes que não mais estão aptos a solucionar as novas situações, mas que ainda estão vigentes porque não cumpriram o ritual para a sua superação.

O caminho mais óbvio e que é apontado pela doutrina é aplicação do precedente e o registro da posição do magistrado no sentido da inadequação da *ratio decidendi* para regular adequadamente a situação. Com isso, abre-se a via recursal para a parte que se sentir prejudicada pleitear o *overruling* na instância competente, não sendo produzidos traumas sem lastro no sistema e preservando a autoridade do precedente, cuja revogação poderá ser realizada na instância adequada<sup>48</sup>.

---

46 PEIXOTO, Ravi. *A Técnica da Distinção (Distinguishing) e o CPC/2015*. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al. (coords.). *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 653/654.

47 MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 368.

48 NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *Aplicação de Precedentes e Distinguishing no CPC/2015*. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). *Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, v. 2, 2015, p. 313/314.

A solução aproxima-se bastante da técnica da sinalização (*technique of signaling*), que será abordada à frente com mais vagar. A sinalização situa-se entre o *distinguishing* e o *overruling* e pode ser utilizada quando “o tribunal não ignora que o conteúdo do precedente está equivocado ou não mais deve subsistir, mas em virtude da segurança jurídica, deixa de revogá-lo, preferindo apontar para a sua perda de consistência e sinalizar para a sua futura revogação”<sup>49</sup>.

Note-se que, ao fazer a sinalização, aponta-se para um futuro *overruling*, que não é possível de ser realizado no momento em razão da segurança jurídica. Mas também não é possível fazer o *distinguishing*, pois a diferenciação realizada seria incompatível com a manutenção do precedente.

Convém salientar que há quem entenda que a distinção inconsistente não é uma prática necessariamente ruim para o sistema de precedentes e defenda a sua utilidade em determinadas situações. Nessa linha de raciocínio, Luiz Guilherme Marinoni a caracteriza como um passo provisório para a revogação do precedente<sup>50</sup>. De acordo com este raciocínio, preserva-se o precedente em homenagem aos valores da estabilidade, mas consigna-se a sua inadequação para a situação e adota-se solução diversa, ainda que de maneira artificial. Nesse ponto, há também aproximação com o instituto da sinalização, na medida em que em ambos os casos se reconhece explicitamente que o precedente não está mais apto a regular as novas situações e merece uma futura revogação.

A polêmica da possibilidade de utilização da distinção inconsistente no direito brasileiro só será resolvida a partir da prática judiciária. Com a constatação pelos órgãos judiciários de que determinados precedentes não mais oferecem soluções adequadas aos novos casos é que se verá se será necessário fazer distinções inconsistentes, malgrado certa confusão na jurisprudência, ou se o registro da inadequação e posterior *overruling* serão suficientes para tanto.

Para arrematar a análise da distinção inconsistente é bom diferenciá-la dos chamados *casos muito distinguidos*. Nestas situações, as diversas distinções são realizadas natural e paulatinamente, mas sempre

49 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2016, p. 237.

50 *Ibidem*, p. 235.

de maneira consistente. O que ocorre é uma erosão do precedente em razão das muitas distinções restritivas, chegando a se falar em revogação tácita e progressiva do precedente em razão do seu desuso. Dessa forma, o excesso de distinções prepara a superação do precedente<sup>51</sup>.

Tanto os casos excessivamente distinguidos quanto das distinções inconsistentes têm como consequência inarredável a erosão da obrigatoriedade do precedente. Pode-se dizer que são duas exceções ao argumento de que o *distinguishing* não infirma a autoridade do precedente e que trabalham no limite dos dois argumentos para a adoção de um sistema de precedentes: a igualdade e a segurança jurídica.

#### **4.6 O artigo 489, § 1º, incisos V e VI, do CPC/15**

##### **4.6.1 O papel da fundamentação no sistema de precedentes**

A esta altura convém analisar de que maneira deve ser feita a fundamentação dos casos submetidos à análise do Poder Judiciário onde são invocados precedentes, seja para a sua aplicação, seja para a sua não aplicação.

A fundamentação é um dos três elementos da sentença, conforme preconiza o artigo 489 do Código de Processo Civil. É nela que o magistrado analisa as questões de fato e de direito do processo, a fim de chegar à solução da causa.

Por força do artigo 93, IX, da Constituição Federal, bem como pela própria noção de Estado Democrático de Direito, a fundamentação é hoje reconhecida como um direito fundamental. É por ela que as partes tomam conhecimento das razões pelas quais o magistrado inclinou-se para acolher ou rejeitar os pedidos formulados na petição inicial. Ao proferir a sentença, o juiz exerce a função jurisdicional, parcela de poder ao qual as partes devem se submeter. Essa submissão, no Estado Democrático de Direito, não é ilimitada e está submetida a regras. Estas apenas inexistem nos Estados autoritários, em que o poder estatal pode ser exercido sem qualquer limitação.

---

51 MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 365.



Dentre as regras que impõe limitações ao exercício do poder jurisdicional destaca-se o dever de motivação das decisões judiciais. Assim, num primeiro aspecto, a fundamentação tem a função de levar ao conhecimento das partes as razões que levaram o magistrado à tomada de decisão no processo. As partes, portanto, podem controlar o exercício deste poder por meio dos recursos, com vistas a corrigir a decisão que, na sua visão, estaria em desconformidade com o direito. Trata-se do que Didier, Braga e Oliveira chamam de função *endoprocessual* da motivação<sup>52</sup>.

Por outro lado, há uma segunda função da motivação das decisões judiciais. Trata-se, segundo estes mesmos autores, da função *exoprocessual* ou *extraprocessual* da fundamentação, que não é restrita às partes do processo, mas à sociedade em geral. Dentro desta perspectiva, a motivação propicia à jurisdição se legitimar como exercício de parcela de poder estatal, demonstrando que a decisão não foi arbitrária e está em conformidade com o direito<sup>53</sup>.

É justamente por isso que se diz que a fundamentação da decisão judicial tem como atributos a racionalidade e a controlabilidade. Pela primeira entende-se que a decisão deve se basear em argumentos racionais e não pode derivar do mero subjetivismo do magistrado. E é dessa racionalidade que se pode extrair o controle da decisão judicial: porque exposta em argumentos racionais é que se pode avaliar a sua correção, seja pelas próprias partes e pelos juízes de hierarquia superior, seja pela sociedade em geral<sup>54</sup>.

Dessa forma, não há como não considerar que todos são, em última análise, destinatários da decisão judicial. Este aspecto é de suma importância para a teoria dos precedentes e a técnica da distinção.

Quando uma decisão judicial se torna um precedente, não apenas as partes do caso paradigma sofrem os efeitos do julgado. Todos os casos futuros enquadráveis no precedente podem ser resolvidos a partir da *ratio decidendi* deste, para cuja formação não contribuíram.

---

52 DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2, Juspodivm: Salvador, 2016, p. 322.

53 *Ibidem*, p. 322-323.

54 *Ibidem*, p. 323-326.

A aplicação da *ratio decidendi*, formada à revelia das partes dos casos futuros, só se mostra possível por força da fundamentação racional realizada no precedente. É esta exposição dos argumentos, de maneira racional, que garante a legitimidade do precedente e sua aplicação nos casos futuros.

Há que se dizer, também, que às partes dos casos futuros é facultado o controle dos limites de aplicação do precedente, na medida em que podem argumentar pelo não enquadramento em seus processos. Este controle permanente é o que permite que não existam decisões de carimbo por mera aplicação do precedente e que este sempre possa ser revisitado pelos juízes dos novos casos, que poderão fazer as necessárias distinções e, no limite, a sua superação.

Em outros termos, a fundamentação racional da decisão que gerou o precedente permite o controle por parte dos juízes dos casos futuros, controle este que também é feito pela fundamentação racional de suas decisões, ocasião em que dirão se o precedente é aplicável ou não. Logo, sem a correta motivação das decisões judiciais não seria possível a construção de um sistema de precedentes.

#### **4.6.2 O papel da fundamentação na técnica da distinção**

O artigo 489, §1º, do Novo Código de Processo Civil traz, em seus seis incisos, algumas hipóteses de decisões consideradas não fundamentadas e, portanto, nulas. A doutrina entende que o rol é meramente exemplificativo, sendo, portanto, possível existir situações em que a decisão esteja defasada no seu dever de prestação jurisdicional, ainda que não prevista expressamente na legislação<sup>55</sup>.

Assim, a legislação hoje estabelece alguns parâmetros balizadores do subjetivismo do magistrado no momento da fundamentação, de modo a permitir o controle exercido pelas partes, pelos tribunais de hierarquia superior e pela sociedade em geral. Tem-se, dessa forma, uma nitidez maior para se saber quando uma decisão é ou não fundamentada, o que propicia, sem sombra de dúvida, um ganho qualitativo na atividade jurisdicional.

---

55 CUNHA, Leonardo Carneiro da. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coords.). *Breves Comentários do Novo Código de Processo Civil – artigos 489 a 496*. São Paulo: RT, p. 1227-1263, 2015, p. 1232.

No que toca à técnica da distinção, interessa estudar com mais profundidade os incisos V e VI do dispositivo legal<sup>56</sup>. Neles há expressa referência ao *distinguishing* e ao *overruling* e ao modo como os juízes devem tratar a aplicação ou não dos precedentes potencialmente enquadráveis nos casos que lhes são submetidos.

Por sua vez, o artigo 927, após elencar os casos de decisões de observância obrigatória, diz em seu §1º que “os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”.

O que a legislação processual civil brasileira impõe aos magistrados é um dever analítico de fundamentação quando houver precedente judicial potencialmente aplicável ao caso em julgamento. Há expressa vedação à mera referência ao precedente, seja para aplicá-lo, seja para rejeitá-lo.

Portanto, quando se deparem com situação em que houve invocação de precedente por uma das partes, devem os magistrados analisar os fatos da causa e confrontá-los com a *ratio decidendi* do precedente. E essa confrontação não deve ficar implícita no processo, pelo contrário, deve ser nítida e detalhadamente exposta na fundamentação da decisão, sob pena de nulidade<sup>57</sup>.

Logo, a correta justificação da aplicação ou não do precedente ao caso em julgamento deve levar em conta necessariamente os fundamentos determinantes do precedente. Estes, como visto, são a parte dita essencial da fundamentação, que determina o resultado do julgamento, a saber, a sua *ratio decidendi*. Note-se que o inciso V do §1º do artigo 489 expressamente alude a “fundamentos determinantes”, o que torna mais evidente a impossibilidade de referências genéricas aos precedentes: sem

56 “§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

57 DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. *Curso de Direito Processual Civil*. Juspodivm: Salvador, V. 2, 2016, p. 346.

que haja cotejo analítico entre o precedente invocado e sua *ratio decidendi* com o caso em julgamento não estará atendido o dever de fundamentação imposto pelo dispositivo legal<sup>58</sup>.

Ademais, frise-se que há necessidade de confronto entre os fatos substanciais do caso em julgamento com relação aos fatos substanciais do caso precedente. Os fatos substanciais do precedente fazem parte da sua *ratio decidendi* e são aqueles levados em conta para se chegar à solução jurídica. Pela mesma razão, o correto enquadramento fático não deve levar em conta os fatos não essenciais do precedente, uma vez que são irrelevantes para a construção da resolução do caso em julgamento. Desse modo, os casos em cotejo não precisam ser absolutamente iguais.

Note-se que o conceito de *distinguishing* implica duas condutas do magistrado, que tem certa relação com as noções de distinção restritiva e distinção ampliativa acima estudadas. A primeira, mais evidente, é aquela em que se diferencia o caso em julgamento do precedente em razão circunstâncias fáticas distintas ou que a solução do caso não está resolvida pelo precedente. Dentro deste contexto, se o espectro de abrangência da *ratio decidendi* for restringido por força do *distinguishing*, estar-se-á diante de uma distinção restritiva. Pode-se dizer que esta hipótese é regulada pelo inciso VI do §1º do artigo 489.

Porém, há também a hipótese em que se deseja aplicar um precedente a uma situação que não estava, de início, inserida no grupo de casos considerados quando da formação da *ratio decidendi*. Mesmo assim, vislumbra-se que esta solução é adequada para a resolução do caso em julgamento. O *distinguishing* aqui se dá de forma a abarcar a nova situação fática ao campo de abrangência do precedente, de modo a ampliá-lo. É a chamada distinção ampliativa. Esta situação, por sua vez, é tratada no inciso V do §1º do artigo 489<sup>59</sup>.

Ressalte-se, por fim, que em ambas as hipóteses – aplicação ou rejeição do precedente ao caso sob julgamento – a decisão deverá ser analiticamente fundamentada, sob pena de nulidade. Aliás, este cotejo analítico deve-se ao fato de a *ratio decidendi* do precedente possuir a ca-

58 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2016, p. 338.

59 *Ibidem*, p. 340.

racterística de norma jurídica, na medida em que espelha a interpretação autorizada do direito pelos tribunais<sup>60</sup>.

## 5. Conclusão

Ao final do presente trabalho pretendeu-se dar uma visão suficientemente abrangente da técnica distinção ou *distinguishing* e o seu papel na teoria dos precedentes.

A técnica da distinção talvez seja aquela parte da teoria dos precedentes em que mais se pode comprovar que a observância dos precedentes não implica a existência de decisões mecânicas por parte dos juízes. Estes devem, necessariamente, realizar o eterno retorno à *ratio decidendi* do precedente e confrontá-la ao caso sob julgamento, com vistas a verificar a possibilidade de sua aplicação. Ao contrário do que pode sugerir uma visão superficial, a existência de precedentes obrigatórios não é incompatível com o dinamismo da interpretação judicial.

Assim, não é incorreto dizer que o precedente deva ser visto como algo inacabado, receptivo a novas interpretações. A *ratio decidendi* é o produto das diversas visões que serão atribuídas a ela. Está longe de poder ser considerada como algo estático, imutável, a partir do momento em que o caso precedente é julgado. Este, pelo contrário, é apenas o ponto de partida para a realização das distinções que, necessariamente, terão de ser feitas face às novas situações fáticas não previstas no momento do julgamento do precedente.

Mas, além desta possibilidade, a distinção tem seu limite na segurança jurídica. Se ao mesmo tempo são possíveis interpretações e a distinções face às peculiaridades dos novos casos, por outro lado, não se pode deixar de lado que a observância aos precedentes deve gerar previsibilidade à sociedade, que tem o direito de conhecer as consequências jurídicas decorrentes das suas condutas. O excesso de distinções, sem que haja justificativa plausível para tanto, pode inviabilizar a necessária estabilidade que os particulares buscam para calcular os efeitos das suas ações.

---

60 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2016, p. 340.

Portanto, não é simples a tarefa do Poder Judiciário em corretamente aplicar o *distinguishing*: não há como negar que as peculiaridades dos novos casos mereçam uma solução diferente, mas também não há como desprezar que distinções sem motivação racional prejudicam o próprio sistema de precedentes. O desafio é enorme e não comporta soluções *a priori* e abstratas, razão pela qual devem ser objeto de análise caso a caso, sob o olhar crítico da doutrina.

O papel da doutrina torna-se, assim, extremamente relevante. É ela quem deve fornecer todos os instrumentos teóricos aos juízes e advogados para que estes possam corretamente utilizar a técnica da distinção. Sem uma base sólida, torna-se impossível a construção de uma teoria de precedentes, o que compromete qualquer possibilidade de existência do *stare decisis*. O presente trabalho procurou, de alguma forma, contribuir nesta imensa tarefa.

## Bibliografia

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *A Dificuldade de se Criar uma Cultura Argumentativa do Precedente Judicial e o Desafio do Novo CPC, in Precedentes. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Coordenadores DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de, MACÊDO, Lucas Buril de, Salvador: Juspodivm, 2015.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A Jurisprudência Uniforme e os Precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coords.). *Breves Comentários do Novo Código de Processo Civil – artigos 489 a 496*. São Paulo: RT, p. 1227-1263, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, v. 2, 2016.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, v. 3, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol. 2, São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2016.

\_\_\_\_\_. *Julgamento nas Cortes Supremas – Precedente e Decisão do Recurso diante do Novo CPC*. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. *A Ética dos Precedentes – Justificativa do Novo CPC*. São Paulo: RT, 2016.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – Da Persuasão à Vinculação*. São Paulo: RT, 2016.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *Aplicação de Precedentes e Distinguishing no CPC/2015*. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). *Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015.

PEIXOTO, Ravi. *A Técnica da Distinção (Distinguishing) e o CPC/2015*. In: WAMBIER Tereza Arruda Alvim et al. (coords.). *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SCHAUER, Frederick. *Precedente*. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). *Precedentes. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, v. 2, 2015.

STRECK, Lenio, ABOUD, Georges. *O NCPC e os Precedentes – Afinal, do que Estamos Falando?* In: *Precedentes. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. DIDIER JR., Fredie (coord.). CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.), ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de (coord.), MACÊDO, Lucas Buril de (coord.), Salvador: Juspodivm, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coords.). *Breves Comentários do Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. Juspodivm: Salvador, 2016.

# DA COMPATIBILIDADE DAS REGRAS ULTRAINDIVIDUAIS DE DIREITO AUTORAL COM OS DIREITOS HUMANOS

Vitor Tilieri<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 – Introdução. 2 – Da descrição do problema: do direito autoral *ultraindividual*. 2.1 – Do prazo de proteção e da função social da propriedade. 2.2 – Da obra derivada e da liberdade em geral. 3 – Do tratamento constitucional à colisão de direitos humanos. 4 – Da solução do problema proposto. 5 – Conclusão. Bibliografia.

---

## 1. Introdução

Segundo Norberto Bobbio<sup>2</sup>, a revolução francesa teve fundamental importância no desenvolvimento da humanidade, vez que foi gestada nesse período a concepção individualista de sociedade, na qual o Poder Político deriva dos cidadãos, os quais nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Não obstante a importância desse momento histórico, a Revolução Francesa foi duramente criticada por Karl Marx, o qual acusou os direitos gerados nesse período de servirem unicamente aos interesses dos burgueses<sup>3</sup>, excluindo as classes mais humildes da proteção constitucional.

---

1 Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Administrativo pela FADISP e em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP). Graduado em Direito pela Universidade Mackenzie.

2 BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. p. 79-97.

3 *Ibidem*, p. 92.



Em razão da pressão social dos trabalhadores e demais classes excluídas, criou-se um novo modelo de constitucionalismo, onde o Estado passa a atuar mais ativamente na seara econômica e social. Surgem as políticas públicas de prestação de materiais para as camadas mais pobres da sociedade e a propriedade passa a ser restrita pela sua função social<sup>4</sup>.

No entanto, o surgimento do constitucionalismo social não representou uma negação dos elementos positivos do liberalismo, mas, sim, um mandamento de conciliação desses direitos com o ideal de justiça social e bem-estar coletivo.

Essa tensão entre direitos individuais e justiça social ainda se vê presente nos dias atuais em diversas situações, mas uma delas é bastante interessante e objeto de estudo no presente artigo: trata-se da questão do regramento ultraindividualista dos direitos autorais.

Sobre o assunto, necessário destacar que a legislação de direito autoral é ordinariamente criticada pelos autores civilistas que estudam o tema. Eis alguns exemplos:

*“Esses interesses [públicos] impõem uma modelagem do instituto [direito autoral] que foi se perdendo na voracidade da sociedade de consumo. Temos denunciado a transformação do saber em mercadoria. Isso fez perder o equilíbrio necessário na conciliação dos interesses em presença.(...)”*

*Permitimo-nos supor que mesmo em aspectos como o uso privado há uma demasiada timidez nas propostas de reforma, considerando que a situação legislativa atual não satisfaz o interesse público.<sup>5</sup>”*

*“Apesar do objetivo do direito autoral – estímulo à criação – ser tão enfaticamente propalado (conforme visto acima), o certo é que na contemporaneidade, há razões de sobra para duvidarmos que esse ramo do direito esteja, de fato, cumprindo o seu desiderato.<sup>6</sup>”*

4 SARMENTO, Daniel; SOUZA, Claudio Pereira de Neto. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 82-83.

5 ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito do Autor e Direitos Fundamentais*. Coord. Manoel J. Pereira dos Santos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50-51.

6 PEREIRA, Márcio. *Direito do autor ou do empresário?*. Campinas: Servanda, 2013, p. 98.

*“Direitos autorais hoje, diferentemente do que ocorria há vinte anos, estão se prestando a verdadeiras intervenções danosas no campo do conhecimento e da cultura, quando não, a terreno fértil para o cometimento de abusos.*

*Nada mais desairoso às origens dos direitos autorais, porque estão sendo, pouco a pouco, apagadas de seu DNA as razões de seu próprio existir: a promoção do conhecimento e das artes em geral, com a proteção à integridade da obra e à participação econômica do autor em qualquer forma de comunicação da obra ao público.”<sup>7</sup>*

A própria Subcomissão de Promoção e Proteção de Direitos Humanos da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas aprovou uma resolução em que reconhece a inadequação do tratado internacional de direito autoral (TRIPS) perante os demais direitos humanos<sup>8</sup>:

*“[...] a implementação do TRIPS não reflete adequadamente a natureza fundamental e a indivisibilidade de todos os direitos humanos, o que incluiu o direito de qualquer pessoa de obter benefícios do progresso científico e suas aplicações, o direito à saúde, o direito à comida e o direito de determinação pessoal. Aparentemente, existem conflitos entre, de um lado, o regime de direitos de propriedade intelectual instituído pelo TRIPS e, de outro lado, as leis internacionais de direitos humanos.”*

Em virtude do reconhecimento dessa tensão entre direitos humanos de um lado e propriedade intelectual, surge a necessidade de conciliar os direitos de propriedade intelectual com outros direitos humanos.

Nesse ponto, necessário destacar que nenhum direito é absoluto e até mesmo os direitos fundamentais possuem limites. De fato, tornou-se pacífico em quase todos os Tribunais de Direitos Humanos que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitação por outros direitos fundamentais ou outros valores constitucionais<sup>9</sup>. Tal possibilidade de li-

7 ABRÃO, Eliane Y. *Direitos do autor e direitos conexos*. 2. ed. São Paulo: Migalhas, 2014, p. 610.

8 CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito do Autor*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 121.

9 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 274.

mitação é prevista expressamente no art. 18.3 da Convenção de Direitos Civis e Políticos de 1966.

Ademais, especialmente em relação aos direitos de propriedade há previsão expressa nos ordenamentos constitucionais em geral da sua submissão à função social da propriedade. É pacífico na doutrina que o direito autoral está limitado pela função social da propriedade<sup>10</sup>.

Assim sendo, existe um problema específico que merece análise: como conciliar uma legislação nacional e internacional ultraindividualista de direito autoral com outros direitos humanos.

O presente artigo se destina ao estudo e potencial solução do problema exposto. Para tanto, estudar-se-á os institutos de direito autoral mais criticados pela doutrina civilista e, após, comparar-se-á tais institutos ao quanto determinado por outros direitos humanos.

## **2. Da descrição do problema: do direito autoral ultraindividual**

Seria injusto atacar toda a legislação de direito autoral como antissocial, haja vista que somente parte do regulamentação de direito autoral tem merecido confrontação pela doutrina<sup>11</sup>.

No entanto, alguns dos dispositivos advindos dessa regulamentação têm aptidão especial para demonstrar a existência de um caráter excessivamente individualista do direito autoral moderno.

Não se pretende esgotar todas as possibilidades de crítica, mas, sim, demonstrar um ponto: excesso de proteção ao direito autoral para fins individualistas em confronto com outros direitos humanos.

Nesse sentido, passa-se a destacar, a título ilustrativo, dois pontos de gritante conflito entre direitos do autor e outros direitos humanos: a questão do prazo de proteção e a submissão da liberdade artística derivada ao exclusivo arbítrio do autor.

---

10 ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Propriedade Intelectual – Direito Autoral*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 35.

11 PEREIRA, Márcio. *Direito do autor ou do empresário?*. Campinas: Servanda, 2013, p. 55.

Tais questões são escolhidas diante da especial tensão existente entre direito autoral e outros direitos fundamentais, bem como por serem temas levantados com frequência pela doutrina civilista especializada.

## 2.1 Do prazo de proteção e da função social da propriedade

O direito autoral confere aos seus titulares, entre outros direitos, o direito patrimonial ao monopólio de uso público e exploração comercial de uma obra<sup>12</sup>. Tal proteção não é perpétua como ocorre com o direito de propriedade, mas ocorre por um prazo determinado para o fim de incentivar os autores à produção de bens culturais.

Nossa Constituição determina expressamente que a proteção do direito autoral é temporária no art. 5, inciso XXVIII: “Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros *pelo tempo que a lei fixar*”.

Existe assim, obrigatoriamente, uma temporariedade dos direitos do autor: primeiro, o autor é recompensado com uso exclusivo de sua obra pelo tempo que a lei fixar e, depois, a obra cai em domínio público. A tendência natural dos direitos de utilização exclusiva é cair em domínio público.

A questão do prazo de proteção do direito autoral é representativa do embate entre público (função social) e privado (estímulo ao autor) porque trata do caso específico em que deve existir um equilíbrio entre interesses do criador e do público.

Esse específico conflito entre acesso à cultura e direitos do autor está presente na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, a qual dispõe em seu art. 27:

*“1.Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam.*

*2.Todos têm direito à protecção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria.”*

---

12 ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Intelectual Exclusivo e Liberdade*. Seminário Novos rumos do Direito Constitucional na União e no Brasil. Recife: TFR 5ª Região, 12 de junho de 2001. Disponível em: <<http://www.oa.pt/upl/%7B10ca2eef-a374-4211-8b85-3541b0658872%7D.pdf>>. Acesso em: 06/05/2015.

Nota-se claramente que as normas de direitos humanos internacionais exigem a existência de um equilíbrio entre público e privado no que se refere a Direitos do Autor e Acesso à Cultura. Tal conflito se repete internamente na Constituição Federal brasileira entre o art. 5, XXVII, e art. 215.

Pois bem. Em relação ao atual regramento legislativo do prazo de proteção do direito autoral, há severas dúvidas quanto à observância de um equilíbrio entre interesses públicos e privados.

A Convenção Universal de Berna (CUB) regula atualmente o prazo geral de proteção do direito autoral: seu prazo mínimo de duração, na forma do art. 7, é de *50 (cinquenta) anos depois da morte do criador*.

A legislação ordinária brasileira aumentou esse prazo geral de proteção para *70 (setenta) anos após a morte do autor*. Este prazo é considerado extremamente exagerado pela doutrina<sup>13</sup> e parece demonstrar certa aversão da lei pelo domínio público.

A extensão do atual prazo de proteção é surpreendente, pois, caso consideremos que um autor viva pelo menos 40 anos depois da publicação de sua obra, o prazo será: *cinco vezes e meia maior* do que o prazo da patente na modalidade invenção, *sete vezes maior* do que o prazo da usucapião extraordinária, *onze vezes maior* do que o prazo geral de prescrição do Código Civil e *trinta e sete vezes maior* do que o prazo da responsabilidade civil.

Essa realidade de proteção exagerada fez nascer um imenso atrito<sup>14</sup> entre público e indústria cultural, o que deu origem a diversos movimentos sociais contra o direito autoral, vez que um prazo tão extenso não serve de estímulo à produção e à difusão de obras intelectuais.

Ocorre que a maioria das obras culturais possui vida comercial extremamente curta. Nos Estados Unidos, a maioria dos livros deixa de ser publicada no primeiro ano de seu lançamento e um filme é con-

---

13 PEREIRA, Márcio. *Direito do autor ou do empresário?*. Campinas: Servanda, 2013, p.99-116.

14 ABRÃO, Eliane Y. *Direitos do autor e direitos conexos*. 2. ed. São Paulo: Migalhas, 2014, p.72.

siderado um sucesso de bilheteria imediatamente após a sua divulgação inicial e, caso não atinja essa bilheteria rapidamente, é retirado rapidamente de cartaz<sup>15</sup>.

Além disso, apenas uma pequena porcentagem dos trabalhos publicados possui qualquer interesse econômico após um longo período de tempo: em 1997, um trabalho do Congresso Norte-Americano avaliou que apenas 18% das obras publicadas entre 1923 e 1942 ainda recebiam algum valor a título de royalties. Esse número ainda tende a cair nos anos seguintes à pesquisa<sup>16</sup>.

O verdadeiro prejuízo ao acesso à cultura e à informação não se dá em relação às obras famosas, mas, sim, em relação a essas obras desconhecidas que não despertam o interesse dos grandes conglomerados e permanecem inacessíveis ao grande público.

Alguns economistas sugerem que o prazo ideal para a proteção do direito autoral é de 25 anos *da publicação*. Seus argumentos são os seguintes: (1) os custos de ligar o autor à obra aumentam com a passagem do tempo; (2) os custos das transações podem ser proibitivos para obras derivadas, caso seja necessário colher a autorização do autor original; e (3) o surgimento de novos mercados – muitos anos depois da criação de uma obra – é uma realidade aleatória de impossível conhecimento para o autor, logo não é estímulo para este<sup>17</sup>.

Ao analisar esse específico tema, necessário destacar<sup>18</sup> que 17 (dezesete) economistas, cinco deles ganhadores de prêmios nobéis, destacaram que esse prazo de 70 anos após a morte não cria qualquer estímulo para os criadores, de modo que extensão de prazo estaria desvinculada da promoção do interesse público.

---

15 PEREIRA, Márcio. *Direito do autor ou do empresário?*. Campinas: Servanda, 2013, p.103

16 *Ibidem*, p.104.

17 LANDES, Willian M.; POSNER, Richard A. *The economic structure of intellectual property law*. Cambridge Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2003. Disponível em: [https://www.amherst.edu/system/files/media/1592/Landes\\_Posner.pdf](https://www.amherst.edu/system/files/media/1592/Landes_Posner.pdf). Acesso em: 21/06/2015. p. 212-213.

18 SOUZA, Carlos Affonso Pereira de Souza. *O domínio público e a função social do direito autoral*. Rio de Janeiro: Liinc em Revista, p. 664-680, 2011. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/liinc/index.php/liinc/article/view/428/311>>. Acesso em: 01/05/2015.

Nota-se a existência de claros indícios de que o prazo geral de proteção do direito autoral não está vinculado à função social da propriedade.

## 2.2 Da obra derivada e da liberdade em geral

Os direitos do autor são direitos de exclusividade ou de monopólio, haja vista que garantem ao titular o direito à exploração econômica de uma obra sem concorrência de outros agentes econômicos.

A exclusividade é característica essencial dos direitos autorais patrimoniais, a qual se traduz na necessidade de obter prévia autorização do criador da obra para utilizá-la publicamente<sup>19</sup>.

Essa necessidade de autorização é amplíssima e abrange praticamente qualquer uso público que se queira fazer da obra protegida, salvo algumas raras exceções trazidas em legislação.

Destaca-se, para os fins do presente, a necessidade de prévia autorização do autor para a criação de obras derivadas. Trata-se da disposição trazida no art. 12 da Convenção Universal de Berna e art. 29, III, da Lei nº 9.610/98, pelos quais resta condicionada à prévia autorização do autor qualquer transformação de obra previamente existente.

Eis os termos do citado Tratado Internacional:

*“Os autores de obras literárias ou artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar as adaptações, arranjos e outras transformações das mesmas obras.”*

Tal autorização configura-se em condição legal puramente potestativa para a criação de obras derivadas, ou seja, a expressão de pensamento de um segundo autor fica condicionada ao livre e puro arbítrio do primeiro autor.

Obras derivadas consistem na criação de uma obra nova com uso de elementos retirados de uma obra anterior, desde que essa obra possua também um elemento criativo. Trata-se de uma nova manifestação do pensamento artístico.

---

<sup>19</sup> ABRÃO, Eliane Y. *Direitos do autor e direitos conexos*. 2. ed. São Paulo: Migalhas, 2014, p.610.

A prática de criação de obras derivadas deixou exemplos espantosos na história: Virgílio elaborou a Eneida a partir da Odisseia de Homero; Camões baseia-se em ambos nos Lusíadas. Mas hoje, ambos teriam que pagar para o fazer, o que os criadores atuais, na sua maioria, não estariam em condições de suportar. Repare-se que ultrapassa a mera citação, que é livre<sup>20</sup>.

Nota-se que o atual regramento cria claras colisões entre direitos humanos, as quais ocorrem principalmente em relação ao direito ao acesso à cultura e à liberdade de expressão.

Certamente, é de causar estranheza que o direito de alguém manifestar um pensamento artístico, mesmo que seja uma obra derivada, seja condicionado ao puro arbítrio de outrem. Afinal, o direito à manifestação do pensamento é uma liberdade pública.

Nesse ponto, necessário destacar que não existe obra inteiramente original, mas toda obra é de certa forma uma obra derivada. Isso ocorre porque todo autor se serve de todas as obras do domínio cultural vigente para a criação de sua obra.

Todo criador intelectual age “refazendo tudo”, como escreveu Gilberto Gil, em 1975, em sua obra literomusical *Refazenda*. Toda criação é, de certo modo, uma derivação, uma recriação. É como diz o brocardo popular: “Quem conta um conto, acrescenta um ponto<sup>21</sup>”.

A única diferença entre uma obra derivada e uma obra original é a identificação expressa, em parte da obra, de elementos contidos na obra anterior. Algumas obras derivadas podem ainda reproduzir ou plagiar parte da obra original.

Necessário destacar que a obra derivada perde sua identidade caso separada da obra principal, já que ela depende das expectativas ou concepções que os usuários possuem acerca da obra original.

---

20 ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito do Autor e Direitos Fundamentais*. Coord. Manoel J. Pereira dos Santos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

21 MORAES, Rodrigo. *O autor existe e não morreu! Cultura Digital e a equivocada “coletivização da autoria”*. In: SILVA, Rubens Ribeiro Gonçalves da. (coord.) *Direito autoral, propriedade intelectual e plágio*. Salvador: Editora da Universidade Federal da Bahia, 2014. p. 41.



Um exemplo claro é o livro “As Brumas de Avalon”, de Marion Zimmer Bradley, o qual busca recontar o famoso conto de cavalaria do Rei Artur sobre a perspectiva das personagens femininas. Evidentemente, a existência do livro seria prejudicada caso se exigisse que a autora excluísse da obra toda e qualquer menção ao conto de cavalaria, pois o livro depende das concepções que os leitores possuem daquela obra.

Sobre esse ponto, importante questionar se a obra derivada teria valor inferior à obra original, sob o argumento de que o autor derivado estaria se valendo “do prestígio da obra anterior” para se promover.

Primeiro, salutar ressaltar que não existe um valor inferior de uma produção cultural pelo simples fato de ser uma obra derivada, já que tanto a obra original quanto a derivada são dotadas de originalidade e ambas são produzidas inspirando-se no contexto histórico-cultural posto, conforme retroexposto.

Esse argumento da publicidade aplica-se tão somente às obras derivadas de obras famosas, mas é salutar destacar que esse efeito não é automático, pois nem toda obra derivada de uma obra famosa é também famosa.

Por exemplo, a canção francesa *Comme d’habitude*, de Claude François e Jacques Revaux, teve mais de 2.000 (duas mil) adaptações<sup>22</sup>, inclusive a célebre *My Way*, interpretada por Frank Sinatra, mas nem todas são tão conhecidas quanto essas versões.

Alguns sites dedicados à criação de *fanfiction*<sup>23</sup> constataram a existência de mais de 600.000 obras de Harry Potter e 200.000 obras da série Twilight<sup>24</sup>. A maioria não alcançou nenhuma celebridade.

Além disso, a criação do *fanfiction* tornou-se a porta de entrada no mercado para diversos escritores famosos, tais como E. L. James (*50 tons de cinza*) e Meg Cabot (*O diário da princesa*)<sup>25</sup>.

22 DELAVAUULT, Olivier. *Dictionnaire des chansons de Claude François*, Durante Editeur, 2003.

23 Fanfiction é um termo em inglês que se refere às obras derivadas de obras famosas escritas por seus fãs.

24 ALTER, Alexandra. *The weird world of fanfiction*. Disponível em: <<http://www.wsj.com/articles/SB10001424052702303734204577464411825970488>>. Acesso em: 14/11/2016.

25 *Ibidem*, 2012.

No entanto, pela aplicação atual da lei, o *fanfiction* é uma prática legal, a qual pode ser livremente proibida pelos detentores dos direitos autorais sem qualquer justificativa plausível.

Aplica-se o direito autoral para limitar a publicação e distribuição de obras, o que consiste em aparente aberração, já que o direito autoral foi criado justamente para incentivar a criação cultural e o acesso ao conhecimento<sup>26</sup>.

Outro fato importante no tocante às obras derivadas é a constatação de que as pessoas têm a tendência natural a gostar mais de coisas familiares em relação àquelas estranhas<sup>27</sup>. Por este motivo, uma obra derivada de uma obra célebre tem mais chances de ser vista e apreciada.

Nesse sentido, as obras derivadas são populares por motivos destacados da qualidade da obra original: não se trata necessariamente de mérito do autor original ou do derivado, mas, sim, de um efeito que ocorre no cérebro humano.

Claro que não se pretende negar qualidade às obras célebres, mas, sim, destacar que eventual maior visibilidade da obra derivada pode não decorrer da qualidade da obra original, mas, sim, de mera psicologia do cérebro humano.

Tal efeito foi, inclusive, observado especificamente em relação às obras musicais<sup>28</sup>, o que explica por que as obras derivadas são tão populares atualmente e por que a indústria cultural possui tanto interesse em manter o monopólio legal.

---

26 ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Propriedade Intelectual – Direito Autoral*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.49-53

27 ZAJONC R.B. Mere Exposure: A Gateway to the Subliminal. *Current Directions, in: Psychological Science*, v. 10, n. 6, december 2001, p. 224-228. Disponível em: <[http://www.ideal.forestry.ubc.ca/frst524/mere\\_exposure\\_gate\\_way\\_to\\_the\\_subliminal.pdf](http://www.ideal.forestry.ubc.ca/frst524/mere_exposure_gate_way_to_the_subliminal.pdf)>. Acesso em: 14/11/2016, p. 224-228.

28 PEREIRA, Silva Carlos *et al.* *Music and Emotions in the Brain: Familiarity Matters*. United States of America: Jay Pillai, John Hopkins School of Medicine, v. 6, 16 november, 2011. Disponível em: <<http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0027241>> Acesso em: 14/11/2016.

Cria-se, assim, um monopólio legal sobre a criação de obras derivadas. No entanto, os principais valores da ordem econômica na Constituição Federal são justamente a livre iniciativa e a livre concorrência (art. 1, IV e art. 170).

Além disso, note-se que existiria maior diversidade cultural no mundo com a flexibilização da proibição da obra derivada: coexistiriam filmes indianos dançantes de *Star Wars* com peças teatrais brasileiras escrachadas de super-heróis de quadrinhos.

Nesse sentido, novamente nota-se um dispositivo de caráter ultra-individualista nas regras de direito autoral sem uma razão aparente de interesse público que o justifique.

A solução adequada para esse tipo de problema deverá passar pela devida ponderação, sopesamento e consideração de todas as previsões constitucionais e supraconstitucionais citadas em conjunto.

### **3. Do tratamento constitucional à colisão de direitos humanos**

Se há um conflito aparente entre os direitos fundamentais, a liberdade de expressão, acesso à cultura e função social da propriedade, então é interessante analisar a forma pela qual o direito constitucional resolve esses conflitos.

Veja-se que, na descrição do problema exposto, levantou-se uma série de questões econômicas, sociais e culturais em relação a algumas disposições de direito autoral. Inicialmente, tais questões estariam situadas fora do âmbito do jurista: na esfera dos fatos e não do Direito.

Isso porque, em conformidade com o que defende o positivismo jurídico clássico, o jurista se coloca diante do direito de um ponto de vista exclusivamente normativo: no plano do dever ser<sup>29</sup>.

Nesse sentido, para um positivista, os fatos sociais que acompanham a aplicação da norma são indiferentes para a validade e interpretação da norma. Não importa se a lei atinge seus fins, se é celebrada

---

29 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 143.

pelos diversos setores sociais ou mesmo se é justa. Basta que nasça do poder soberano do Estado.

Tal pensamento jurídico não é mais admitido modernamente, já que mesmo os atuais juristas positivistas não aceitam mais uma aplicação meramente mecânica do direito<sup>30</sup>.

Em verdade, há muito vem parte da dogmática apontando para inevitabilidade da apreciação de dados de realidade no processo de interpretação e de aplicação da lei como elemento trivial a própria metodologia jurídica<sup>31</sup>.

Por outro lado, a apreciação dos fatos legislados pelo aplicador não pode ser absolutamente livre, sob pena de conferir ao Direito caráter vago, indeterminado e potencialmente arbitrário.

Com o objetivo de dar maior racionalidade às discussões constitucionais, bem como para justificar as conclusões tomadas no âmbito de discussão da proteção dos direitos fundamentais, foram desenvolvidas diversas técnicas de interpretação, aplicação e delimitação dos direitos fundamentais.

Primeiro, importante destacar que os direitos fundamentais, independentemente de sua formalização mais ou menos precisa, tem a natureza de *princípio* e são mandamentos de otimização<sup>32</sup>.

A colisão de princípios não se resolve com a invalidade de um dos princípios, nem do estabelecimento de uma cláusula de exceção, mas, sim, da fixação de relações condicionais de precedência entre os princípios<sup>33</sup>.

---

30 abud CRUZ, Alvaro Ricarddo de e Outro. *Além do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 123.

31 MENDES, Gilmar. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 3, p. 1-24, jun 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_3/Revista-dialogo-juridico-03-2001-gilmar-mendes.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_3/Revista-dialogo-juridico-03-2001-gilmar-mendes.pdf)>. Acesso em: 22/10/2009.

32 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 5. Ed. Frankfurt am Main: Suhkamp Verlag, 2006 *apud* VIDAL, Andréa Barroso Silva Fragoso. *A Norma da Proporcionalidade: Algumas Controvérsias Doutrinárias*. In: DUARTE, David (org.); BRANDÃO, Paulo de Tarso; SARLET, Ingo Wolfgang. *Ponderação e Proporcionalidade no Estado Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 261.

33 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

Um ponto importante que se deve destacar é que a colisão de princípios não ocorre em abstrato como o conflito de regras, mas tão somente em vista a um caso concreto específico, ou seja, somente à vista das particularidades de um caso concreto será possível a discussão da colisão entre princípios.

Como os princípios são mandamentos de otimização, os quais impõem que algo seja realizado na máxima extensão possível, a solução da colisão importará em tentativa de conciliação entre os princípios com aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo sua relevância no caso concreto<sup>34</sup>.

Uma forma de resolver conflitos entre princípios é a técnica da ponderação, a qual busca promover, na medida do possível, uma realização otimizada dos bens jurídicos em confronto<sup>35</sup>. Uma das principais técnicas utilizadas no contexto da ponderação é aplicação do princípio ou regra da proporcionalidade.

A proporcionalidade é um instrumento jurídico concebido tradicionalmente para controle de excessos pelo poder estatal e consubstancia-se em técnica lógica formal para o sopesamento racional de diferentes princípios em conflito num determinado caso concreto.

A proporcionalidade divide-se em três elementos ou subprincípios: (a) adequação; (b) necessidade; e (c) proporcionalidade em sentido estrito. O exame da proporcionalidade deve observar essa ordem necessariamente e a violação de qualquer dos elementos leva à invalidade do ato examinado<sup>36</sup>.

O subprincípio da adequação exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos<sup>37</sup>. Duas exigências são feitas por este subprincípio: (a) os fins perseguidos pelo Estado devem ser legítimos e (b) os meios adotados devem ser aptos para, pelo menos, contribuir para o atingimento dos fins<sup>38</sup>.

---

34 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.318.

35 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 215.

36 SARMENTO, Daniel; SOUZA, Claudio Pereira de Neto. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 471.

37 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 366.

38 SARMENTO e SOUZA C., *op. cit.*, 2014, p. 472.

Note-se que não se exige que a medida analisada concretize imediatamente o fim pretendido, haja vista que basta que a medida fomente a realização do fim para que seja considerada adequada.

O subprincípio da necessidade impõe um teste comparativo: uma medida somente é necessária caso a realização do objeto perseguido não possa ser promovido, com a mesma intensidade, por outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido<sup>39</sup>.

A análise desse subprincípio desdobra-se em duas etapas: primeiro examina-se se as eventuais medidas alternativas ao objeto analisado possuem idoneidade no mínimo equivalente e, segundo, verifica-se se as medidas são menos gravosas do que a examinada.

A medida pode ser analisada sob várias medidas<sup>40</sup>: quantitativa (a medida alternativa promove o objetivo tanto quanto a questionada), qualitativa (ela o promove tão bem quanto a questionada), probabilística (sua chance de êxito é igual ou superior) e temporal (a medida promove o bem na mesma velocidade).

Uma medida somente poderá ser considerada de equivalente idoneidade à estatal se obtiver a mesma qualidade da medida estatal em todos os quesitos. Tal comparação aplica-se igualmente à análise da onerosidade da medida equivalente.

Finalmente, existe a proporcionalidade em sentido estrito, a qual exige que a restrição imposta ao direito ou bem jurídico estatal seja compensada pela promoção do interesse contraposto<sup>41</sup>.

Existem diversas fases para análise deste subprincípio: primeiro procede-se à análise do peso abstrato dos bens jurídicos colidentes. Não se trata de estabelecer hierarquia entre os valores constitucionais, mas, sim, reconhecer que certos valores possuem uma tendência de prevalência à primeira vista<sup>42</sup>.

---

39 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Editora Malheiros, p.170.

40 SARMENTO, Daniel; SOUZA, Claudio Pereira de Neto. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 477.

41 *Ibidem*, p. 478.

42 *Ibidem*, p. 479.

Trata-se, por exemplo, o direito à vida enquanto existência, o qual tem uma preferência em abstrato, haja vista que esse direito é pressuposto para o exercício dos demais direitos.

Além do peso abstrato, resta necessário analisar o peso concreto dos interesses em disputa, no que diz respeito à intensidade com que os bens são afetados concretamente pela medida questionada<sup>43</sup>.

Necessário destacar que, em relação aos três subprincípios citados, deve-se respeitar a decisão estatal formalmente expedida pelo poderes constituídos democraticamente<sup>44</sup>. Isso porque não cabe ao Judiciário substituir livremente a ponderação realizada pelo legislador ou governante, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes e ao princípio democrático.

Assim sendo, a ação estatal deverá se mostrar claramente inadequada, desnecessária ou desproporcional, caso contrário deverá ser mantida em respeito às decisões políticas tomadas pelos governantes.

Além disso, importante ressaltar que o exame da proporcionalidade exige uma análise empírica<sup>45</sup> dos meios ou fins, ou seja, exige um conhecimento da realidade dos fatos e não do direito abstratamente considerado, motivo pelo qual normalmente envolvem conhecimentos técnicos<sup>46</sup> que nem sempre são acessíveis aos juristas.

#### 4. Da solução do problema proposto

Se as premissas elencadas anteriormente no presente estudo forem consideradas verdadeiras, ficará evidente um sério problema na forma em que é regrado o Direito Autoral modernamente.

Primeiro, analisar-se-á a aplicação do princípio da proporcionalidade junto dos fatos sociais destacados quanto ao já descrito problema do *prazo de proteção do direito autoral*.

---

43 SARMENTO, Daniel; SOUZA, Claudio Pereira de Neto. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 479.

44 *Ibidem*, p. 480.

45 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 208.

46 SARMENTO e SOUZA C., *op. cit.*, 2014, p. 472.

No item anterior, destacaram-se os seguintes problemas sociais quanto ao prazo de proteção:

- vida comercial das obras culturais é extremamente curta;
- para os economistas, a exclusividade de proteção autoral serve de incentivo para a criação de obras culturais por apenas 25 anos;
- a esmagadora maioria das obras culturais sai de circulação em poucos anos e fica inacessível ao público.

A lei garante a proteção ao direito de exploração econômica exclusiva do direito do autor por 70 anos após a sua morte, mas tal prazo mostra-se inútil para a promoção da ciência e das artes úteis.

Nesse sentido, esse dispositivo da legislação de direito autoral não vence o exame da proporcionalidade em seu subprincípio adequação, vez que não há nenhum fomento da produção cultural e artística depois de passados 25 (vinte e cinco) anos da publicação de uma obra.

Assim, outros valores constitucionais como a livre iniciativa, a liberdade de expressão artística e o acesso à cultura estariam sendo violados sem qualquer motivo jurídico.

Nossa constituição elenca como fundamento da República o valor social do trabalho, conforme disposto no art. 1º, IV. Assim, o trabalho somente deve ser remunerado enquanto gera um benefício social para a sociedade: não é justo ou constitucional que alguém lucre perpetuamente por um trabalho que não cria mais qualquer benefício social.

Quando a Constituição Federal determina que a proteção do direito autoral deve ser temporalmente limitada (art. 5º, XXIX), tal limitação deve ser interpretada em conformidade com a realidade social existente em sociedade.

O processo de interpretação da Constituição Federal somente se inicia com a atribuição de significados aos enunciados linguísticos do texto constitucional, pois a interpretação também demanda a busca de elementos de concretização *relacionados com o problema concreto*.



A interpretação da norma exige dois processos parciais: análise dos elementos linguísticos do enunciado e análise dos elementos empíricos<sup>47</sup>. O estabelecimento de limites ao tempo de exploração de uma determinada obra está ligado à necessidade de promover o progresso das ciências e das artes úteis. Não basta simplesmente que os limites não sejam eternos.

Aliás, é absurdo pensar que o estabelecimento de um limite não eterno como um milhão de anos não infringiria a norma, já que pretende-se com o estabelecimento de limite justamente garantir que a população tenha acesso ao domínio público após um prazo razoável de remuneração.

A Constituição, principalmente a brasileira, pretende valorizar socialmente o trabalho do autor, já que isso configura um fundamento da república brasileira<sup>48</sup>, o que somente é possível com o estabelecimento de um tempo limitado de exploração exclusiva da obra.

Por este motivo, o limite temporal deve estimular a produção dos autores para a promoção das ciências e das artes (função social da propriedade) e não simplesmente trazer uma limitação qualquer no tempo.

*Em relação à proibição de obras derivadas*, conforme anteriormente descrito, também há aparente colisão entre direitos fundamentais: o direito de propriedade intelectual contra os direitos de expressão artística e de liberdade econômica.

Anteriormente, foram destacados os seguintes fatos sociais sobre o assunto:

- as obras derivadas são formas importantes de criação artística;
- a liberdade de criação de obras derivadas é um incentivo importante para novos artistas;
- toda obra cultural é alguma forma derivada de outra, sendo que a única diferença da obra derivada é a identificação da obra principal;
- a liberdade de criação de obras derivadas fomenta a diversidade e o escambo cultural.

47 TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Brasileiro Concretizado*. São Paulo: Método, 2008, p. 27-33.

48 Art. 1º, IV, da Constituição Federal.

O exame da proporcionalidade aqui é um pouco mais complexo, já que há dúvida se o monopólio legal sobre a criação de obras derivadas fomenta de qualquer forma a produção cultural.

Parece que a produção ou não de obras derivadas é um fato totalmente aleatório para o autor de impossível previsão, ou seja, quando um autor busca a notoriedade ele pensa nos lucros normais da sua atividade: a venda dos livros, a realização de apresentações públicas, entre outras.

Infelizmente, não foram encontrados pesquisas científicas que provem ou não que o domínio sobre as obras derivadas influenciam de qualquer modo a produção cultural. Aparentemente um potencial maior de lucros vence os exames dos postulados da adequação e necessidade.

Em relação à proporcionalidade em sentido estrito, as evidências apontam que há um sacrifício substancial do interesse público em face de um ganho marginal do autor.

Primeiro, é importante destacar que a proibição prévia à manifestação do pensamento artístico (obras derivadas) configura-se aparente censura de ideias, o que juridicamente possui efeitos sensíveis em vista do que dispõe nossa Constituição Federal.

A censura de ideias é especialmente odiosa para o constituinte brasileiro, pois tanto o artigo 5º, inciso IX, quanto o artigo 220 vedam a prática de censura expressamente.

Para afastar a alegação de censura, em geral, utiliza-se o seguinte argumento para justificar que o direito autoral e a liberdade de expressão são compatíveis: a proteção do direito autoral recai sobre a *forma de expressão* e não sobre seu *conteúdo*, logo o autor da obra derivada não fica limitado pela obra do autor original.

Trata-se de adoção da teoria do suporte fático restrito, pois não se admite a colisão de direitos fundamentais. Para a teoria, não cabe o exame da proporcionalidade e razoabilidade dos direitos em aparente confronto, mas seria cabível simplesmente uma exclusão prévia de direitos da proteção constitucional<sup>49</sup>. Ou seja, existe uma não garantia em relação a certas situações fáticas previamente estabelecidas pelo intérprete.

---

49 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 81.

O entendimento de que restrições à *forma da manifestação do pensamento* podem ser livremente estabelecidas pelo legislador ordinário deriva do pensamento de John Rawls, vez que para ele a liberdade de expressão protege tão somente o conteúdo da manifestação, enquanto a forma somente é protegida em caso de exagero na restrição<sup>50</sup>.

Dessa forma, para Rawls, admite-se restrições quanto ao tempo, ao local ou aos meios usados na liberdade de expressão, ou seja, não é possível a proibição do discurso racista (conteúdo da liberdade de expressão), mas é possível a proibição da circulação de notícias por meio de “*outdoors*” publicitários (forma da liberdade de expressão).

Duas colocações são exigidas sobre a conclusão de Rawls aplicada ao problema da proibição da publicação das obras derivadas pelo autor original:

A *primeira* colocação sobre a aplicação da teoria de Rawls é de que a restrição discutida afeta diretamente o conteúdo de outros direitos fundamentais além da liberdade de expressão, tais como o direito ao acesso à informação, à cultura e à livre concorrência. Em relação a esses direitos, a restrição atinge diretamente o conteúdo e não a forma.

A *segunda* colocação é de que a proibição da forma de uma expressão pode ter efeitos nefastos sobre o conteúdo da liberdade de expressão. Um exemplo digno de nota é o julgamento da ADI nº 1.969 pelo Supremo Tribunal Federal<sup>51</sup>, em que uma lei federal proibia manifestações públicas com carros de som na praça dos três poderes e localidades próximas.

A lei não atacava o conteúdo da liberdade de expressão, pois tudo podia ser dito, desde que não se utilizasse aparelhos sonoros na praça dos três poderes, contudo, o prejuízo à liberdade de expressão é claro: pode-se

50 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 90.

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1969 – DF. Requerentes: Partido dos Trabalhadores, Confederação Nacional dos Trabalhadores. Central Única dos Trabalhadores, Requerido: Governador do Distrito Federal. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 28/06/2007. Publicado no DJe de 31/08/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Brasília: LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 63-88. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI.SCLA.+E+1969.NUME.+E+20070628.JULG.&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22/06/2015

dizer o que for, desde que se use uma forma que não será ouvida pelos governantes. A corte constitucional corretamente julgou inconstitucional a lei.

No tocante ao presente caso concreto, a restrição à forma de expressão pelo direito autoral traz prejuízos reais e significativos à liberdade de expressão, já que a criação das obras derivadas fica impedida.

Nesse caso, o conteúdo da liberdade de expressão torna-se restringido por uma limitação que atinge aparentemente apenas a forma de expressão. Isso ocorre porque o uso de uma ideia pode ser substancialmente prejudicada pela sua ruptura da obra que a inspirou.

Isso ocorre porque é muito difícil alterar a forma de uma mensagem sem alterar substancialmente uma obra: pense-se em transformar uma anedota em uma dissertação ou uma prosa em poesia sem criar uma obra totalmente diferente.

Além disso, a reprodução de uma ideia em uma forma diferente da origem pode trazer prejuízo para a própria mensagem, já que não é possível reproduzir uma ideia complexa sem colocar um pouco de si na mensagem.

É altamente questionável se um autor pode ser coagido a remover elementos importados dos outros em prejuízo à visão de sua obra, haja vista que um dos direitos morais do autor é justamente o direito de se opor a quaisquer modificações na sua obra<sup>52</sup>.

Ademais, na colisão entre liberdade de expressão e o direito autoral, o ônus argumentativo é da defesa do direito autoral, pois a liberdade de expressão é considerada direito essencial ao Estado de Direito, cuja manutenção é fundamental para o correto funcionamento das instituições<sup>53</sup>.

O próprio Rawls afirma a preponderância da liberdade de expressão, de modo que seriam exigidos argumentos especiais para o afastamento dessa liberdade<sup>54</sup>.

---

52 Art. 6 bis, item 1, da Convenção Universal de Berna, internalizado no Brasil por meio do Decreto n. 75.699/75.

53 ADI 4815/DF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>>. Acesso em: 27/06/2015.

54 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Editora Malheiros, p. 90

Observe-se que a colisão de direitos não se encerra na liberdade de expressão, vez que o direito autoral é um direito exclusivo que também afasta a livre concorrência, haja vista que impede que terceiros explorem economicamente uma obra em concorrência com o titular do direito.

Veja-se que, quando se confere o direito à criação de obras derivadas a um único agente econômico, é criada uma exceção à regra da livre concorrência.

Nesse sentido, uma aplicação dessarrazoada do direito autoral viola também a livre iniciativa, vez que o direito de explorar economicamente as obras derivadas sob o regime constitucional da livre iniciativa traria ao mercado maior benefício em produtividade e eficiência.

Somente se justifica a criação de um monopólio legal sobre certos bens e serviços caso existentes razões de interesse público que o justifiquem, entretanto, a realidade social parece demonstrar que esse não é o caso.

Novamente nota-se um dispositivo de caráter ultraindividualista nas regras de direito autoral, sem uma razão aparente de interesse público que o justifique.

## **5. Conclusão**

No decorrer do presente trabalho, analisou-se alguns dispositivos de Direito Autoral e notou-se dois problemas principais: 1) normas que agridem direitos sociais; e 2) dificuldade em identificar qual interesse jurídico é amparado pela norma.

Nesse momento, é importante ressaltar que a pesquisa aqui realizada acerca dos efeitos sociais das normas de direito autoral não esgotou o assunto, pois é muito complexa a realidade estudada e é muito difícil para um pesquisador singular exaurir a matéria.

Por este motivo, é interessante que outros pesquisadores, de diferentes áreas de estudo, continuem a estudar a matéria, já que de um melhor conhecimento da realidade decorrem efeitos jurídicos importantes que podem eliminar inconstitucionalidades no nosso sistema.

Por outro lado, dos estudos analisados, já se pode traçar conclusões interessantes sobre a constitucionalidade de certos aspectos do regramento do direito autoral nacional e internacional.

A marca expressa da arbitrariedade é uma norma sem finalidade social ou a norma que nada defende: não estimula a criação intelectual, nem a diversidade e a expressão do pensamento, não premia o artista pelo seu trabalho ou estimula o mercado sob a livre iniciativa.

O pesquisador que encontra normas desse tipo dentro de um sistema normativo deve estudá-las com cautela e muito ceticismo. No caso concreto descrito, ele deve perguntar-se o motivo da existência de normas sem motivo de interesse público aparente: estariam elas protegendo interesses escusos?

Fato social recorrentemente estudado é como os países mascaram o protecionismo econômico de suas indústrias por meio de normas que supostamente defendem interesses legítimos.

Sobre o assunto, a pesquisadora Tatiana Lacerda Prazeres assim se manifesta<sup>55</sup>:

“Por meio do argumento de defesa de interesses inegavelmente legítimos, exigências técnicas podem esconder medidas tendentes a afastar a concorrência internacional e a assegurar mercado à indústria doméstica, fazendo frustrar assim os objetivos de acordos de liberalização celebrados. Membros da OMC, conscientes da possibilidade de limitarem o comércio internacional e protegerem economias locais sob a alegação de objetivos nobres, tendem a manipular suas pretensões de modo a torná-las viáveis por meio da dissimulação.”.

Em relação ao direito autoral, as normas estudadas são impostas por meio de tratados internacionais, em que o texto foi elaborado por países exportadores de bens culturais cujas indústrias culturais locais lucram muito com a limitação máxima do mercado.

Nesse sentido, países importadores de bens culturais devem analisar os temas propostos com muita cautela, pois podem ser levados a proteger normas de direito internacional que tem por objeto interesses escusos: o protecionismo da indústria cultural exterior.

---

55 PRAZERES, Tatiana Lacerda. Comércio Internacional e Protecionismo. São Paulo: Editora Aduaneiras, 2003, p. 17-18.

Assim sendo, o pesquisador não deve ter timidez perante normas de direito autoral que não atendem à função social da propriedade, tais normas devem ser imediatamente extirpadas do sistema com fundamento no pensamento constitucional vigente.

Baseados nos fatos descritos no presente estudo sobre os efeitos das normas relativas à extensão do prazo autoral e à impossibilidade da criação de obras derivadas é possível afirmar que tais normas devem ser excluídas do ordenamento jurídico imediatamente.

A doutrina civilista comete o equívoco de imaginar que as normas flagrantemente antissociais de direito autoral necessitam de reforma legislativa para serem eliminadas do sistema, mas constitucionalmente não existe essa necessidade.

O legislador nacional não possui a liberdade de criar normas em descompasso com os direitos fundamentais, em especial a função social da propriedade. Igualmente, o legislador internacional não possui a liberdade de criar tratados contrários aos direitos humanos.

Assim sendo, constatada a incompatibilidade das normas ultraindividuais de direito autoral com a Constituição Federal ou com os tratados internacionais de direitos humanos, tais normas devem ser imediatamente excluídas do ordenamento jurídico.

## Bibliografia

ABRÃO, Eliane Y. *Direitos do autor e direitos conexos*. 2. ed. São Paulo: Migalhas, 2014.

ALTER, Alexandra. *The weird world of fanfiction*. Disponível em: <<http://www.wsj.com/articles/SB10001424052702303734204577464411825970488>>. Acesso em: 14/11/2016.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito do Autor e Direitos Fundamentais*. Coord. Manoel J. Pereira dos Santos. São Paulo: Saraiva, 2011.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Intelectual Exclusivo e Liberdade*. Seminário Novos rumos do Direito Constitucional na União e no Brasil. Recife: TFR 5ª Região, 12 de junho de 2001. Disponível em: <<http://>

[www.oa.pt/upl/%7B10ca2eef-a374-4211-8b85-3541b0658872%7D.pdf](http://www.oa.pt/upl/%7B10ca2eef-a374-4211-8b85-3541b0658872%7D.pdf)>. Acesso em: 06/05/2015.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Propriedade Intelectual – Direito Autoral*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de Carlos Nelson Coutinho.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito do Autor*. Curitiba: Juruá, 2008.

CRUZ, Alvaro Ricarddo de e Outro. *Além do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

DELAVALT, Olivier. *Dictionnaire des chansons de Claude François*, Durante Editeur, 2003.

LANDES, Willian M.; POSNER, Richard A. *The economic structure of intellectual property law*. Cambridge Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2003. Disponível em: [https://www.amherst.edu/system/files/media/1592/Landes\\_Posner.pdf](https://www.amherst.edu/system/files/media/1592/Landes_Posner.pdf). Acesso em: 21/06/2015.

MENDES, Gilmar. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 3, p. 1-24, jun 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_3/Revista-dialogo-juridico-03-2001-gilmar-mendes.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_3/Revista-dialogo-juridico-03-2001-gilmar-mendes.pdf)>. Acesso em: 22 out 2009.

MORAES, Rodrigo. *O autor existe e não morreu! Cultura Digital e a equivocada “coletivização da autoria”*. Direito autoral, propriedade intelectual e plágio. Salvador: Editora da Universidade Federal da Bahia, 2014.

PEREIRA, Manoel J. dos Santos. Estudos de Direito Autoral. *Estudos de Direito Autoral. A revisão da Lei de Direitos Autorais*. Disponível



em: <[https://www.amherst.edu/system/files/media/1592/Landes\\_Posner.pdf](https://www.amherst.edu/system/files/media/1592/Landes_Posner.pdf)>. Acesso em: 21/06/2015.

PEREIRA, Manoel J. dos Santos. Estudos de Direito Autoral. *Estudos de Direito Autoral. A revisão da Lei de Direitos Autorais*. Florianópolis: Fundação Boitex, 2010. Disponível em: <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/livro\\_mw\\_estudodireitoautor.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/livro_mw_estudodireitoautor.pdf)>. Acesso em: 21/06/2015.

PEREIRA, Márcio. *Direito do autor ou do empresário?*. Campinas, Servanda, 2013.

PEREIRA, Silva Carlos *et al.* *Music and Emotions in the Brain: Familiarity Matters*. United States of America: Jay Pillai, John Hopkins School of Medicine, v. 6, 16 november, 2011. Disponível em: <<http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0027241>> Acesso em: 14/11/2016.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. Comércio Internacional e Protecionismo. São Paulo: Editora Aduaneiras, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. 12. ed. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel e SOUZA, Claudio Pereira de Neto. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de Souza. *O domínio público e a função social do direito autoral*. Rio de Janeiro: Liinc em Revista, p. 664-680, 2011. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/liinc/index.php/liinc/article/view/428/311>>. Acesso em: 01/05/2015.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Brasileiro Concretizado*. São Paulo: Método, 2008.

VIDAL, Andréa Barroso Silva Fragoso. *A Norma da Proporcionalidade: Algumas Controvérsias Doutrinárias*. Organizado por David Duarte e outros em *Ponderação e Proporcionalidade no Estado Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ZAJONC R.B. Mere Exposure: A Gateway to the Subliminal. *Current Directions, in: Psychological Science*, v. 10, n. 6, december 2001, p. 224-228. Disponível em: <[http://www.ideal.forestry.ubc.ca/frst524/mere\\_exposure\\_gate\\_way\\_to\\_the\\_subliminal.pdf](http://www.ideal.forestry.ubc.ca/frst524/mere_exposure_gate_way_to_the_subliminal.pdf)>. Acesso em: 14/11/2016, p. 224-228.

# NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO TRAZIDO PELO ARTIGO 1.228, §§ 4º E 5º DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Cicero Dantas Bisneto<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 – Introdução. 2 – Teoria da posse trabalho. 3 – Teoria do usucapião coletivo. 4 – Teoria da desapropriação. 4.1 – Desapropriação judicial. 4.2 – Desapropriação indireta. 4.3 – Desapropriação especial. 5 – Teoria da alienação judicial. 6 – Teoria da exceção substancial. 7 – Conclusão. Bibliografia

---

## 1. Introdução

O estudo da natureza jurídica é fase obrigatória e imprescindível na análise de um instituto. O direito, na acepção de disciplina autônoma e sistemática, depende, para fins de organização do pensamento, da estruturação de classificações. Desse modo, o conhecimento pode tornar-se produtivo e eficiente, servindo aos seus desideratos por meio da promoção dos meios adequados à sua concretização.<sup>2</sup>

Cada bloco de situações do fenômeno jurídico, semelhantes em sua estrutura, recebe uma denominação correlata, rotulando-se, destarte, a sua natureza jurídica. Esta, mero enunciado linguístico, pode guardar

---

1 Juiz de Direito do Estado da Bahia. Ex-Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Graduado pela Universidade Federal da Bahia - UFBA.

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 344.

uma noção complexa de intrincados elementos agregados configuradores do instituto.<sup>3</sup>

A natureza das figuras jurídicas pode ser fixada pelo direito positivo de forma prévia e antecipada, tratando a legislação de agrupá-las ou estabelecendo critérios para a sua organização. Ocorre que, em diversas oportunidades, a lei não reúne em um mesmo bloco certas realidades, restando ao estudioso o trabalho de realizar essa aglutinação. Deve, para tanto, tomar como referência dados do direito positivado, classificando institutos que apresentem caracteres e traços em comum.<sup>4</sup>

Não se deve esquecer, contudo, que a tarefa organizacional constitui processo convencional, havendo liberdade para que sejam aglutinados blocos de situações, sem que tal ato resulte, necessariamente, em um conceito errôneo.<sup>5</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello, de forma concisa e elucidativa, tece considerações acerca desse fenômeno:

Se a lei não demarca previamente o plexo de normas assim isoladas debaixo de um termo unitário, os doutrinadores o fazem; mas é evidente que, em tal caso, ao seccionarem, dentro da totalidade das situações normatizadas pelo direito positivo, por um dado conjunto, procedem segundo critérios próprios, por isso mesmo variáveis de autor para autor. Quer-se dizer: as combinações que podem adotar nesta operação de associar efeitos de direito são muito variadas, resultando daí diferentes noções [...] Sem embargo, os dissídios doutrinários ocorrentes travar-se-ão dentro de uma área limitada porque há alguns pontos de referência que circunscrevem de algum modo o campo aonde vão se ferir as controvérsias.<sup>6</sup>

O que deve prevalecer, pois, é a busca sedenta pelo conceito mais útil, mostrando-se inteiramente vã a procura pelo conceito tido como

---

3 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 344

4 *Ibidem*, p. 344-345

5 *Ibidem*, p. 347-348

6 *Ibidem*, p. 346.

verdadeiro. Qualquer formulação conceitual, pois, deve-se pautar por um critério de funcionalidade.

A tentativa de se alcançar um conceito universalmente aceito é notada sobretudo entre os juristas, correspondendo ao que se denominou de teoria essencialista. Desse modo, a linguagem humana seria capaz de designar com exatidão a realidade, alcançando a essência, o substrato dos fenômenos. De acordo com esse pensamento, apenas uma definição deveria cravar determinada situação.

Tércio Ferraz Sampaio, discorrendo sobre a linguagem no âmbito jurídico, explana as razões da busca por uma compreensão universal:

Os juristas sempre cuidam de compreender o direito como um fenômeno universal. Nesse sentido, são inúmeras as definições que postulam esse alcance. Não é o caso de reproduzir-se numa série, certamente inacabada, os textos que ensaiam esse objetivo. Não só juristas, mas também filósofos e cientistas sociais mostram preocupações semelhantes. Há algo de humano, mas sobretudo de cultural nessa busca. A possibilidade de se fornecer a essência do fenômeno confere segurança ao estudo e à ação. Uma complexidade não reduzida a aspectos uniformes e nucleares gera angústia, parece subtrair-nos o domínio sobre o objeto. Quem não sabe por onde começar sente-se impotente e, ou não começa, ou começa sem convicção.<sup>7</sup>

O presente trabalho, portanto, não tem a ilusória pretensão de encerrar os debates ou trazer à baila um enquadramento que se considere universalmente aceito, mas tem por escopo buscar a maior efetividade ao novo instituto positivado nos parágrafos 4º e 5º do Novo Código Civil. Dessarte, o parâmetro utilizado aqui será o da máxima eficácia social atribuída à novel figura jurídica.

Impende-se registrar que pululam, no meio acadêmico, diversas teorias explicativas da natureza jurídica da nova forma de aquisição da propriedade. Os autores se digladiam na busca do melhor conceito, não havendo consenso em nenhum dos aspectos relacionados a essa nova

---

7 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 34.

figura. A polêmica e a incerteza constituem a tônica da análise dos parágrafos alhures referidos.

Passemos a analisar, então, as correntes mais defendidas pela doutrina nacional.

## 2. Teoria da posse trabalho

Duas teorias marcaram, definitivamente, o estudo sobre a posse, tendo grande repercussão na edição dos códigos modernos. Savigny e Ihering, analisando meticulosamente os escritos romanos, chegaram a conclusões diversas em relação ao fenômeno possessório. Faz-se imperioso o relato, ainda que em apertada síntese, vez que escapa ao objeto em estudo, das duas correntes propostas.

Savigny, contando com apenas 24 anos de idade, estabeleceu suas premissas no Tratado da Posse, datado de 1803. Seu pensamento repercutiu em todo o mundo, sentindo-se a sua forte influência mesmo nos dias hodiernos, quando já consagrada a doutrina oposta. Para o autor a posse seria constituída por dois elementos essenciais: o *corpus* e o *animus*.<sup>8</sup>

O primeiro, fator de ordem material, traduzia-se no poder físico sobre a coisa, pressupondo a apreensão. Necessária, portanto, a relação exterior entre a pessoa e a *res*. Este elemento apartado, contudo, mostrava-se insuficiente para a configuração da posse. O *corpus* sem o *animus* ensejaria mera detenção, fenômeno esse denominado de *naturalis possessio*, incapaz de produzir efeitos jurídicos. O elemento anímico, então, consistiria na vontade de ter a coisa como sua, desprezando qualquer poder jurídico de terceiros. Agrupados os dois fatores, estaria-se diante da chamada posse civil.<sup>9</sup>

A doutrina subjetiva defendida por Savigny foi cedendo espaço, paulatinamente, à teoria objetiva esposada por Von Ihering. O mesmo utilizou o critério da utilização econômica da coisa para conceituar a posse como exteriorização da propriedade. A mera apreensão material

8 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 31-32.

9 *Ibidem*, p. 32-33.

da *res* conjugada com o elemento volitivo apresentou-se, segundo o autor, insuficiente para abarcar todas as relações possessórias, incidindo somente sobre aquelas em que os bens devem ser guardados. O *animus domini* estaria inserido no conceito de *corpus*, já que o possuidor estaria agindo como se fosse o proprietário da coisa, levando-se em conta sempre a destinação econômica do objeto.<sup>10</sup>

Necessária se faz, para melhor compreensão do tema, a transcrição *ipsis litteris* do exemplo expandido pelo próprio Ihering:

Suponhamos dois objetos que se achem reunidos no mesmo lugar, uns pássaros seguros por um laço num bosque, ou num solar em construção, os materiais, e ao lado uma cigarreira com cigarros; o mais ignorante dos homens sabe que será culpado de um furto se tirar os pássaros ou alguns materiais, mas nada tem a temer se tirar os cigarros; qual a razão desse modo diferente de proceder? Com relação à cigarreira, cada qual dirá: perdeu-se; deu-se isso contra a vontade do proprietário, e torna-se a pô-lo em relação com a coisa, dizendo-se-lhe que foi encontrada; com relação aos pássaros e aos materiais, sabe-se que a posição em que se acham tem sua causa em uma disposição tomada pelo proprietário; estas coisas não poderão ser encontradas, porque não estão perdidas: seriam roubadas.<sup>11</sup>

O Código Civil de 2002 adotou, em suas linhas gerais, a teoria de Ihering, sofrendo, entretanto, influência das lucubrações emanadas por Savigny. De todo o exposto, constata-se que a posse deve ser conceituada, então, como o exercício, em consonância com a sua função econômica, de algum dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.196).

Parte da doutrina, em razão do que dispõe o parágrafo único do art. 1.242 do atual Diploma Civil, passou, diante de certas circunstâncias, a qualificar a posse, acrescentando-lhe o signo trabalho. Surge, assim, a denominada posse *pro labore* ou posse trabalho. Ao puro e simples exercício de algum dos poderes inerentes à propriedades deveria agregar-se a reali-

10 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 36.

11 *Ibidem*, p. 36.

zação de investimentos de interesse social e econômico, fundido-se os elementos num só instituto autônomo e conceitualmente bem delimitado.<sup>12</sup>

Rodolfo Pamplona Filho, em concurso com Camilo de Lelis Colani Barbosa, erige a posse trabalho ao patamar de teoria explicativa da natureza jurídica do novo instituto, baseando-se nos estudos realizados pela eminente Professora Maria Helena Diniz. Nessa esteira, criticam o posicionamento da autora, aduzindo que a referida expressão não condensa toda a estrutura de requisitos imaginada pelo legislador.<sup>13</sup>

Não podemos, entretanto, concordar que esse foi o posicionamento adotado pela ilustre escritora, visto afirmar a mesma, de forma categórica, que o desiderato do novel Código Civil foi a de configurar “uma desapropriação judicial pela posse qualificada; pois ante a colisão do direito de propriedade com o princípio da função social da propriedade, privilegiou o segundo”.<sup>14</sup>

Pretendeu-se, em verdade, por meio da nomenclatura posse trabalho, apenas qualificar um dos elementos integrantes do novo instituto, sendo desnecessário afirmar, em virtude da transcrição acima realizada, que a autora não teve por finalidade precípua abordar todos os caracteres da figura jurídica por meio da referida expressão. Nesse diapasão, concebe a sua natureza jurídica como sendo a de desapropriação judicial.

É cediço que impossível se torna condensar nessas duas expressões todo o arcabouço de elementos positivados pelo legislador. O pagamento de indenização, condição de validade para a aquisição da propriedade, restaria excluído do conceito, revelando, assim, a inutilidade do mesmo para tratar da original figura jurídica.

---

12 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 198.

13 PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Compreendendo os Novos Limites à Propriedade: Uma Análise do art. 1.228 do Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6725>>. Acesso em: 03/10/2006.

14 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 198.

### 3 Teoria do usucapião coletivo

Alguns autores, capitaneados por Carlos Alberto Dabus Maluf, sustentam que o novo instituto nada mais é do que uma forma diferenciada e original de usucapião, cujos requisitos estão elencados nos parágrafos 4º e 5º do art. 1.228 da Lei Civil.

O autor, criticando severamente o dispositivo legal, assevera que:

As regras contidas nos §§4º e 5º abalam o direito de propriedade, incentivando a invasão de glebas urbanas e rurais, criando uma forma nova de perda de propriedade, mediante o arbitramento judicial de uma indenização, nem sempre justa e resolvida a tempo, impondo dano ao proprietário que pagou os impostos que incidiram sobre a gleba [...] tal forma de usucapião aniquila o direito de propriedade previsto na Lei Maior, configurando-se um verdadeiro confisco, pois, como já dissemos, incentiva a invasão de terras urbanas, subtrai a propriedade de seu titular.<sup>15</sup>

Para combatermos a tese exposta, que nos parece equivocada, tentaremos indicar os traços característicos e os elementos essenciais desta figura, diferenciando-o da insculpida pelo art. 1.228 do CC/02.

À primeira vista, o mencionado dispositivo parece trazer uma nova espécie de usucapião. Isso porque as condições impostas pela lei ao novo instituto e à *usucapio* em muito se assemelham, induzindo o intérprete a uma visão errônea e superficial. Assim é que considerável número de pessoas, possuindo de forma ininterrupta e de boa-fé, havendo realizado obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante, pode adquirir imóvel consistente em extensa área.

Ocorre que o seu parágrafo 5º alude a uma justa indenização devida ao proprietário em razão da perda da propriedade. O usucapião, contudo, é forma gratuita de aquisição de propriedade, fulminando por incompatível esta teoria.<sup>16</sup>

15 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. 37. ed. revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 86.

16 PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Compreendendo os Novos Limites à Propriedade: Uma Análise do art. 1.228 do Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6725>>. Acesso em: 03/10/2006.



Poder-se-ia argumentar que o legislador possui liberdade suficiente para estabelecer os critérios e condições para a sua utilização, não restando descaracterizado, por este motivo, o instituto. Assim como o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) inovou ao regradar o usucapião especial coletivo, nada obstará que o novel *Codex* incorporasse novos requisitos como o pagamento de justa indenização.

O adimplemento de valor pecuniário, contudo, não se compatibiliza com a figura do usucapião. De acordo com os ensinamentos do mestre Orlando Gomes, o instituto sob análise “favorece o possuidor contra o proprietário, sacrificando a este com a perda de um direito que não está obrigado a exercer”.<sup>17</sup>

No mesmo sentido, Benedito Silvério Ribeiro anota que:

Mas considerados os direitos do cidadão, em especial no âmbito da propriedade, desde que presentes os requisitos daquele que está na posse mansa, pacífica e incontestada pelo legítimo proprietário, titular do domínio, a sua negligência acarreta um sacrifício do particular, em favor do bem comum, isto é, ao possuidor que trabalha a terra ou a ela se ligue, produz riqueza e é útil na sociedade.<sup>18</sup>

Os trechos acima transcritos aludem a um sacrifício do proprietário negligente em face do possuidor que utiliza o imóvel em consonância com a sua função social. Ora, não há se falar em penalização ou sacrifício por parte do proprietário quando o mesmo terá direito a justa indenização, valendo a sentença como título para o registro de imóveis apenas depois de pago o preço. Assim, um dos fundamentos do usucapião, o da preterição e da perda do proprietário inerte e moroso não se coaduna com o instituto trazido pelo art. 1.228.

Não é por outro motivo que, analisando-o em um contexto histórico, não se entrevê qualquer menção à exigência de adimplemento de pecúnia.<sup>19</sup>

17 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 187.

18 RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I, p. 165.

19 A análise histórica aprofundada da figura da usucapião foge ao corte epistemológico do presente artigo. É certo, porém, que o pagamento de justo preço nunca constituiu, desde

O pagamento de justo preço não é, e nunca foi, elemento configurador da figura do usucapião, vez que se trata de forma gratuita de aquisição de propriedade, não ensejando qualquer ônus ao adquirente.<sup>20</sup>

Eduardo Cambi, entretanto, em dissonância com o quanto aqui defendido, vislumbrou semelhanças entre as formas de usucapião trazidas pela Constituição Federal de 1988, pelo Estatuto da Cidade, pelo Código Civil de 2002 e a originária forma de perda da propriedade do art. 1.228. Aduzindo tratar-se de usucapião coletivo, teceu as seguintes considerações:

[...] instituto jurídico novo e autônomo, cuja diferença essencial, em relação aos imóveis urbanos, está no tamanho, por extrapolar os 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados), previstos no art. 183 da CF, para a usucapião especial. Além disso, o novo Código Civil vai além da Lei nº 10.257/2001, pois estende o instituto aos imóveis rurais, não contemplados no Estatuto da Cidade.<sup>21</sup>

Ao argumento da não onerosidade do usucapião deve se agregar outro de cunho sistemático. É cediço que, em uma codificação, os dispositivos se estruturam de modo a formar um todo organizado, facilitando, deste modo, a interpretação e aplicação das normas.

Não é por outro motivo que as diversas formas de aquisição da propriedade imóvel encontram-se encartadas no capítulo II do livro III do Código Civil de 2002. As distintas espécies de usucapião foram disciplinadas na Seção I do referido capítulo, havendo, até mesmo, regras de cunho geral, cujos tentáculos se estendem a todas as formas de usucapião trazidas na seção. Assim é que, exemplificativamente, o art. 1.243 preceitua que o “possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores [...]”.

---

tempos remotos, pressuposto necessário para a configuração do instituto. Também assim no direito alienígena. Para um estudo aprofundado do tema conferir o minucioso trabalho de RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I, p. 165.

20 PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Compreendendo os Novos Limites à Propriedade: Uma Análise do art. 1.228 do Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6725>>. Acesso em: 03/10/2006.

21 CAMBI, Eduardo. Aspectos Inovadores da Propriedade no Novo Código Civil, *in: Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: PADMA, 2000. p. 38.

Ora, fosse a intenção do legislador criar uma nova forma de usucapir, teria adicionado novo artigo à Seção I do capítulo concernente à aquisição da propriedade imóvel, integrando-o às normas gerais que cuidam da matéria. Ao revés, optou por regular a novel figura jurídica nas disposições preliminares referentes à propriedade, demonstrando tratar-se de instituto ímpar, diverso do usucapião.

Distintos os seus fundamentos e modos de operacionalização, insustentável se torna defender a identidade entre os dois institutos, marcados por características e traços bastante discrepantes.

#### 4. Teoria da desapropriação

Dentre as incontáveis teorias que surgiram no meio jurídico tencionando explicar a natureza jurídica da novel figura, destaca-se, sem sombra de dúvida, a da desapropriação. Renomados autores do quilate de Maria Helena Diniz e Nelson Nery Júnior abraçaram abertamente essa posição.

Ocorre que, entre os que esposam essa tese, há aqueles que propugnam pela utilização da expressão desapropriação judicial. Outros, por seu turno, aduzem tratar-se de desapropriação indireta. Como não poderia deixar de ser, há os que defendam, ainda, a configuração de um *tertium genus* de perda da propriedade, qual seja, o da desapropriação especial.

Percebe-se, portanto, que caminhamos em terreno pantanoso e de difícil acesso. A doutrina, divagando sobre o assunto, perde-se em lucubrações vagas, distanciando-se do foco principal que é a atribuição da maior efetividade ao instituto.

Antes de ingressarmos na análise de cada teoria individualmente considerada, obrigatório se faz traçar, de forma sucinta, os contornos da figura jurídica.

A desapropriação constitui forma originária de aquisição da propriedade, não estando a sua causa vinculada a qualquer título jurídico anterior. Tem, destarte, força autônoma e suficiente para gerar o título constitutivo da propriedade. Bastante, portanto, a manifestação de vontade do Poder Público e o respectivo pagamento de justa indenização para que o bem seja expropriado.<sup>22</sup>

---

22 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 764.

Em regra, as desapropriações são realizadas em proveito das pessoas jurídicas de Direito Público ou de pessoas de Direito Privado delegatárias ou concessionárias de serviço público. Nada impede, contudo, que sejam, em caráter excepcional, postas em prática em favor de entidades privadas, desde que desempenhem atividades consideradas de interesse público. O que se veda é a desapropriação em benefício de interesses eminentemente privatísticos.<sup>23</sup>

Segundo a cátedra do grande constitucionalista José Afonso da Silva, o instituto pode ser entendido como:

[...] limitação que afeta o caráter perpétuo da propriedade, porque é meio pelo qual o Poder Público determina a transferência compulsória da propriedade particular, especialmente para o seu patrimônio ou de seus delegados, o que só pode verificar-se por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição (art. 5º, XXIV), que são as desapropriações-sanção por não estar a propriedade urbana ou rural cumprindo a sua função social, quando, então, a indenização se fará mediante título da dívida pública ou da dívida agrária (arts. 182 e 184).<sup>24</sup>

Há que se falar, pois, em duas espécies de desapropriação no ordenamento jurídico pátrio. A primeira, prevista no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, prevê o pagamento de prévia e justa indenização em dinheiro nos casos de necessidade ou utilidade pública, ou interesse social. A segunda hipótese vem regulada pelos arts. 182 e 184 da *Lex Legum*, sendo o pagamento efetuado por meio da emissão de títulos da dívida pública resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas.<sup>25</sup>

Aqueles que defendem a natureza jurídica expropriante encontram guarida normativa no inciso XXIV do art. 5º da Lei Maior. O atual *Codex* estaria disciplinando, assim, mais uma hipótese de desapropriação.

23 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 770.

24 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 280.

25 *Ibidem*.

priação por interesse social. A matéria é regulada pela Lei nº 4.132, de 10/09/1962, que dispõe:

Art. 2º Considera-se de interesse social: I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;

Enquanto procedimento, o ato de desapropriação se desenrola em duas fases. Na declaratória, o Poder Público manifesta a intenção de adquirir compulsoriamente um bem determinado e o submete ao jugo de sua força expropriatória. O estágio executório, por sua vez, consiste na prática de atos tendentes a concretizar a anterior declaração de vontade.<sup>26</sup>

#### 4.1 Desapropriação judicial

Pode-se afirmar tranquilamente que a tese da desapropriação judicial é a que conta com maior número de adeptos na doutrina brasileira. Pode-se citar, dentre outros, Mônica Aguiar, Maria Helena Diniz e Glauco Gumerato Ramos. A denominação encontra respaldo ainda nos ensinamentos de Miguel Reale<sup>27</sup>, supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, o qual afirmou tratar-se de “uma nova via de desapropriação, instituto que não deve ser entendido como prerrogativa exclusiva dos poderes Executivo ou Legislativo”.

Em que pese a eminência dos autores que defendem a referida tese, a expressão desapropriação judicial não pode vingar.

É cediço na doutrina e na jurisprudência pátria que os poderes competentes para manifestar a declaração de utilidade pública são o Executivo e o Legislativo, este atuando em função meramente administrativa.<sup>28</sup> Assim é que o art. 2º do Decreto-lei nº 3.365/41 dispõe: “Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados, pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios”.

26 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 770.

27 *Apud* AGUIAR, Mônica. *A Desapropriação Judicial no Novo Código Civil*. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)>. Acesso em: 20.out.2006.

28 MELLO, *op. cit.*, p. 767-768.

Na mesma esteira, o seu art. 8º proclama: “O Poder Legislativo poderá tomar a iniciativa da desapropriação, cumprindo, neste caso, ao Executivo, praticar os atos necessários à sua efetivação”.

Por melhor que tenha sido a intenção do legislador ao tentar disciplinar uma nova forma de desapropriação, a sua aplicação nestes termos não encontra agasalho no ordenamento jurídico vigente<sup>29</sup>, vez que a Carta Magna atribuiu à lei a função de estabelecer o procedimento da desapropriação por interesse social (art. 5º, XXIV), encontrando-se regulada atualmente pelo Decreto-lei 3.365/41 e a Lei 4.132/62.

Não bastasse isso, aceitando-se a teoria da desapropriação judicial, incontáveis problemas de ordem prático processual seriam descortinados, não havendo qualquer dispositivo legal para tratar da matéria.

Assim, indaga-se, por exemplo, qual dos entes estatais deveria arcar com o pagamento da indenização? Mônica Aguiar<sup>30</sup>, em excelente artigo, afirma que, em se tratando de imóveis rurais, a entidade competente seria a União. Caso o imóvel estivesse sitiado em zona urbana, sobre o Município recairia o ônus.

Com a devida vênia, esse posicionamento poderia acarretar inúmeras dificuldades de cunho orçamentário e financeiro aos entes estatais, deixando indefinidas diversas situações por impossibilidade de pagamento pelo já cambaleante Estado Brasileiro. Pertinente, neste ponto, a crítica realizada pelo professor Pablo Stolze:

Atribuir-se a obrigação indenizatória a uma das entidades federativas, sem previsão legal a respeito, afigura-se, em nosso sentir, inviável, mormente em se tratando dos Municípios brasileiros, que já se encontram em situação econômica desesperadora, não havendo, ademais, previsão constitucional específica em face desse novo instituto.<sup>31</sup>

29 GAGLIANO, Pablo Stolze. *Controvérsias constitucionais acerca do usucapião coletivo*. Disponível em: <<http://jonline.visaonet.com.br>>. Acesso em: 06.ago.2006.

30 A *Desapropriação Judicial no Novo Código Civil*. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)>. Acesso em: 20.out.2006.

31 *Controvérsias constitucionais acerca do usucapião coletivo*. Disponível em: <<http://jonline.visaonet.com.br>>. Acesso em: 06.ago.2006.

Glauco Gumerato Ramos, em estudo intitulado *Contributo à dinâmica da chamada desapropriação judicial: diálogo entre constituição, direito e processo*<sup>32</sup>, propõe a instituição, por meio da criação de lei específica, de procedimento especial para a melhor operacionalização e aplicação da nova figura jurídica. Parece entender, deste modo, ser inexequível a utilização do instituto sem prévia regulamentação legal, vez que a sua aplicação poderia ensejar o desrespeito a princípios constitucionais processuais.

Concordamos em parte. É digna de encômios a percepção de que a responsabilidade dos entes estatais solidariamente com os possuidores pelo pagamento da indenização só seria possível com previsão expressa de lei. De outro lado, porém, esperar a boa vontade do legislador no sentido de regulamentar a matéria não nos afigura ser a melhor solução. É função do estudioso, interpretando a norma em consonância com a Constituição Federal, retirar a máxima eficácia do texto de lei, concretizando, assim, os desígnios superiores do Poder Constituinte originário.

Diante dos argumentos postos, constata-se a total inviabilidade da utilização do instituto nos moldes preconizados por grande parte da doutrina pátria.

## 4.2 Desapropriação indireta

A desapropriação indireta consiste no apossamento ilegal e abusivo de um imóvel por parte do Poder Estatal, integrando-o ao patrimônio público, sem a verificação dos ritos e formalidades legais do procedimento expropriatório, cabendo ao lesado recorrer às vias judiciais para ser integralmente indenizado.<sup>33</sup>

Baseados neste conceito, alguns doutrinadores têm vislumbrado a possibilidade de o antigo proprietário ingressar em juízo com uma pretensão indenizatória com o desiderato de ser ressarcido pelos danos que haja sofrido em virtude da ação arbitrária do ente estatal. É a posição,

32 RAMOS, Glauco Gumerato. *Contributo à Dinâmica da Chamada Desapropriação Judicial: Diálogo entre Constituição, Direito e Processo*. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 387-388.

33 MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 782.

por exemplo, de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery<sup>34</sup>, para quem o desapossamento pela posse trabalho, nas circunstâncias do CC, art. 1.228, §4º, deve propiciar o pagamento de justa indenização.

Embora defensável, a tese nos parece pouco factível. Em um primeiro plano, cabe-nos tecer a mesma crítica exarada quando do estudo da teoria da desapropriação judicial. Não há sequer previsão legal que atribua aos entes estatais, em especial aos Municípios e à União, a obrigação pelo adimplemento de justo preço em razão de um hipotético ato expropriatório. Tal entendimento poderia trazer ainda consequências nefastas como a desorganização financeira das referidas entidades, vez que se tornariam responsáveis pelo pagamento de elevados valores, que dificilmente estariam abrangidos pelos deficitários orçamentos estatais.

Há de se lembrar ainda que a doutrina e jurisprudência pátrias têm recriminado de forma veemente a ocupação irregular de terrenos particulares pelo Poder Público, de modo que não parece razoável tenha o legislador infraconstitucional autorizado tal forma de proceder.

Comentando o instituto, Hely Lopes Meirelles tece ácida crítica:

A desapropriação indireta não passa de esbulho da propriedade particular e como tal não encontra apoio em lei. É situação de fato que vai se generalizando em nossos dias, mas que a ela pode opor-se o proprietário até mesmo com interditos possessórios. Consumado o apossamento dos bens e integrados no domínio público, tornam-se, daí por diante, insuscetíveis de reintegração ou reivindicação, restando ao particular espoliado haver indenização correspondente, da maneira mais completa possível [...].<sup>35</sup>

34 O autor, em verdade, espousa a tese de que se trata de desapropriação judicial, realizada pelo juiz, em ação reivindicatória, na qual, ao acolher a defesa dos réus que exercem posse-trabalho, fixa na sentença a justa indenização que deve ser paga por eles, réus, ao proprietário. Ocorre que sustenta ainda que nada “impede que o proprietário ingresse com ação judicial pretendendo indenização em virtude de haver sido desapossado do imóvel por meio da posse-trabalho, nas circunstâncias do CC, art. 1228, § 4º. Nesse caso, sua pretensão (desapropriação judicial indireta), fundada no direito de propriedade (reivindicatória que se resolve em perdas e danos)” (*Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 592-593).

35 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 498.



A Lei Complementar nº 101, datada de 04 de maio de 2000, estabelecendo normas sobre as finanças públicas, preceitua, em seu art. 46, que é "nulo de pleno direito ato de desapropriação de imóvel urbano expedido sem o atendimento do disposto no § 3º do art. 182 da Constituição, ou prévio depósito judicial do valor da indenização".

Ora, vedada está, portanto, a desapropriação irregular e à margem da lei pelo Poder Público, que deve respeitar o requisito da anterioridade da indenização, sob pena de flagrante violação ao texto constitucional. A figura da desapropriação indireta traz como corolário lógico o perdimento do bem por parte do proprietário, sem que este aufera, previamente, o justo valor a que tem direito.

Vê-se, assim, que a referida teoria não possui sustentação constitucional e legal, pelo que deve ser prontamente rechaçada.

### 4.3 Desapropriação especial

Rodolfo Pamplona Filho e Camilo Colani<sup>36</sup> propugnam pela utilização da expressão desapropriação especial em face das inúmeras peculiaridades do novo instituto. Aduzem, em apertada síntese, que o termo desapropriação judicial não é adequado, já que ao Poder Judiciário não cabe a iniciativa da ação, tampouco o pagamento da justa indenização. Acabam por adotar, deste modo, uma espécie de teoria eclética.

Parece-nos, contudo, que a discussão cinge-se ao aspecto meramente terminológico, não havendo, na proposta dos insignes juristas, alteração substancial em relação àquelas já discutidas no presente trabalho. Assim é que o Município, em se tratando de imóvel localizado no perímetro urbano, arcaria com o ônus do adimplemento da obrigação. A União, por sua vez, em virtude do que dispõem os arts. 184 e 186 da Constituição Federal, deveria responsabilizar-se pelo pagamento quando se tratasse de imóvel rural.<sup>37</sup>

36 PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Compreendendo os Novos Limites à Propriedade: Uma Análise do art. 1.228 do Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6725>>. Acesso em: 03/10/2006.

37 PAMPLONA FILHO; BARBOSA, *op. cit.*

Nesse caso, como a ação reivindicatória se processa ordinariamente na Justiça Estadual, os autos seriam remetidos para a Justiça Federal para a devida execução. Invocam, para tanto, o disposto no art. 486 da Consolidação das Leis do Trabalho.<sup>38</sup>

As críticas alhures exaradas, quando do exame das teorias da desapropriação judicial e indireta, aplicam-se perfeitamente à tese ora analisada. A falta de previsão legal e a carência de recursos e planejamento orçamentário impedem que os entes estatais sejam responsabilizados pelo pagamento da justa indenização.

A verdade é que a aplicação analógica do art. 486 da CLT pouco ou nada resolve. Carrega, destarte, os mesmos vícios e erros apresentados pelas teorias anteriores, deixando de lado a discussão central relativa à competência para adimplir a obrigação trazida pelo §5º do art. 1.228. Mostra-se, portanto, insuficiente para aclarar os diversos problemas concernentes à aplicação do instituto.

## 5. Teoria da alienação judicial

Donaldo Armelin defende tratar-se da figura da alienação judicial, regulada pelos arts. 1.113 a 1.119 do Código de Processo Civil. Segundo o autor, o novo instituto

[...] não pode ser considerado uma forma especial de usucapião porque prevê, como condição para a transferência do domínio, o pagamento do preço judicial fixado; não corresponde a uma desapropriação, pois nele não intervém o Estado efetuando o pagamento da justa indenização fixada pelo juiz; não pode ser considerada uma compra e venda, vez que inexistente acordo de vontades. Em verdade, assume ele a figura de alienação judicial, decorrente da atuação do império estatal balizado por princípios constitucionais que respaldam a propriedade privada.<sup>39</sup>

---

38 PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Compreendendo os Novos Limites à Propriedade: Uma Análise do art. 1.228 do Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6725>>. Acesso em: 03/10/2006.

39 *Apud* DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.4, p. 201-202.

Conquanto não se possa negar que haverá uma alienação judicial forçada do imóvel objeto da reivindicação, tal constatação não é suficiente para indicar a natureza jurídica do instituto. A venda compulsória do imóvel constitui mero *iter* procedimental, não podendo servir como paradigma para o estudo da figura jurídica.

A alienação forçada constitui apenas a consequência lógica do exercício do direito por parte dos possuidores. Tomando a consequência pela causa, o autor relega a segundo plano a questão fulcral para a definição da natureza jurídica do instituto, qual seja, a da análise dos elementos essenciais para a configuração da novel figura jurídica.

A venda compulsória do imóvel se traduz em simples modo de concretização do direito exercido pelos confinantes do terreno. É por meio dela que a coisa efetivamente passará às mãos dos ocupantes reivindicados. A natureza do instituto, contudo, permanece obscura, uma vez que o autor se preocupou muito mais com as possíveis consequências jurídicas extraíveis de sua aplicação do que com as características que o tornam peculiar.

Assim, por exemplo, a alienação judicial em leilão prevista no art. 1.070, § 1º, do Código de Processo Civil, não altera a natureza jurídica da compra e venda com reserva de domínio. Ao revés, constitui apenas meio de que se valem as partes para viabilizar e dar concreção ao instituto. Não passa, em verdade, de modo operativo que possibilita a sub-rogação da penhora no valor alcançado, assegurando ao vendedor o pagamento da dívida remanescente.

O mesmo raciocínio se aplica ao pagamento do passivo do inventário regulado no art. 1.071 do CPC. O dispositivo prevê, no seu § 3º, que, separados os bens suficientes ao adimplemento, o juiz mandará aliená-los em praça ou leilão. Ora, não se pode olvidar que a venda aqui realizada constitui mera fase do procedimento, não se confundindo de modo algum com o próprio instituto.

## 6. Teoria da exceção substancial

O professor Fredie Didier Júnior<sup>40</sup>, embora reconheça não ser essa a posição dominante na doutrina, defende tratar-se de uma hipótese de exceção substancial.

---

40 DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador: JusPODIVM, 2004, v.1, p. 639.

Em que pese o brilhantismo e originalidade da teoria, o entendimento esposado pelo mestre baiano não pode vingar. Senão vejamos.

Exceção é termo plurissignificativo na ciência jurídica, podendo ser estudado nos sentidos pré-processual, processual e material ou substancial. Na primeira acepção, pode ser entendida como o direito abstrato de defesa. Em sentido processual, nada mais é do que o meio pelo qual o demandado se defende em juízo, ou seja, o exercício real do direito de defesa. Pode se restringir ainda mais o seu alcance para dizer que exceção seria uma espécie de matéria que não pode ser conhecida e examinada *ex officio* pelo juiz.<sup>41</sup>

No sentido substancial, exceção é contradireito, uma pretensão que se exerce em contraposição à eficácia de outro direito ou de outra pretensão, neutralizando-os.<sup>42</sup> É a lei material que irá indicar os casos em que uma pretensão é apta a impedir ou retardar a eficácia de outra pretensão.<sup>43</sup> Também denominada defesa de mérito, a exceção substancial não visa, de modo algum, declarar a inexistência, invalidade ou a ineficácia da pretensão. Tem por escopo apenas encobrir-lhe a eficácia, tornando-a praticamente ineficaz, vez que não pode subsistir em face de outra pretensão que barra a ocorrência dos seus efeitos.<sup>44</sup>

Não se deve confundir, portanto, a alegação de exceção material com as de nulidade, anulabilidade, rescisão, resolução ou resilição. Como bem anota o excepcional Pontes de Miranda, essas defeituosidades:

[...] não são exceções; são espécies de não validade e espécies de corribilidade vertical (*rescindere*) ou resolução (resolução, resilição), ou simplesmente de extinção. Exceção é outra coisa. A exceção não ataca o ato jurídico, nem o direito em si mesmo. Exatamente, o fim da exceção é fazer-se atender, ainda mesmo a despeito da existência, validade, ou irrescindibilidade, ou irresolubilidade, ou irresilibilidade do ato ju-

41 DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2004, v.1, p. 355.

42 MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t.VI, 1955, p. 04.

43 DIDIER JR., Fredie. *op. cit.*, p. 356.

44 MIRANDA, *op. cit.*, p. 03.

rídico. Se, também, há nulidade, anulabilidade, ou rescindibilidade, ou resolubilidade, ou resilibilidade, é outra questão.<sup>45</sup>

Do mesmo modo, exceção e ineficácia não se misturam, possuindo conceitos nitidamente distintos. A exceção substancial não nega a eficácia do direito; ao revés, apenas encobre os seus efeitos, impedindo-os de atuar temporal ou definitivamente. Não há, portanto, a negação do direito ou da pretensão a que exceção se opõe. Sequer a sua eficácia é contestada. A *exceptio* funciona, em verdade, como uma barreira a impedir a irradiação dos efeitos de direito ou pretensão.<sup>46</sup>

Não há que se baralhar, ainda, a oposição de exceção substancial com a alegação de existência de direito real ou relação jurídica pessoal, como a de locação, em face de titular do domínio. Pontes de Miranda<sup>47</sup>, em seu excepcional Tratado de Direito Privado, lembra que muitos juristas chegaram a cognominar tais alegações de “exceções não substantivas”, com receio de admitir a existência de direitos reais ou pessoais que pudessem excluir a pretensão do proprietário ou de outro titular do direito real.

A exceção exercida, por exemplo, pelo usufrutuário e pelo usuário visa não somente encobrir a eficácia do direito de propriedade, mas negá-lo, elidi-lo. O ilustre professor alagoano destrincha com maestria a distinção entre os dois institutos:

Em verdade, porém, o proprietário não pode reivindicar contra tais titulares de direito real: os direitos reais são direitos com sujeitos passivos totais e excluem, no que é conteúdo seu, a pretensão do proprietário; não se excepciona. Assim, a alegação do réu de que é usufrutuário, credor pignoratício ou anticrético, ou usuário, é defesa: ou o autor o admite, ou não a admite; o juiz tem de julgar improcedente a ação de reivindicação contra o titular de direito real, que não pretendia negar o direito do proprietário, nem alienou o bem do usufruto. Não é a posse que ele invoca, é o direito real. A eficácia desse não encobre a do direito

45 MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t.VI, 1955, p. 03.

46 *Ibidem*, p. 04.

47 *Ibidem*, p. 09-10.

de propriedade; elide-a, nega-a, exclui-a, no que se lhe tirara. Não basta, para que haja exceção, que não se negue: é preciso que se encubra a eficácia de outro direito, mas cabe que se negue se só se trata de negar exceção, porque excetuar é exercer direito. Quem nega vai além da exceção, inclusive nega existir a exceção ou ter sido exercida.<sup>48</sup>

O novo instituto trazido pelo art. 1.228 do Código Civil deve ser examinado, nesse particular, à luz dos argumentos acima expendidos.

Dispõe o § 4º do supracitado artigo que, pago o preço referente à justa indenização devida ao proprietário, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

O registro, de acordo com o sistema de transcrição adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, tem o condão de operar a transferência da propriedade. É por meio dele que se adquire o domínio sobre a coisa. Neste sentido, Orlando Gomes:

O objetivo foi alcançado com a instituição de um registro público no qual devem ser assentadas obrigatoriamente, para que valham, todas as transmissões da propriedade dos bens imóveis, permitindo a quem quer que seja saber a quem pertencem. Nele, faz-se o registro de todo título translativo da propriedade de qualquer imóvel a fim de que a transferência se opere [...].<sup>49</sup>

Ora, adquirindo os possuidores a propriedade do imóvel litigioso, não há se falar na existência de mero provimento declaratório que encobre a eficácia do direito de propriedade do reivindicante. O registro do título não só barra os efeitos oriundos do direito de sequela como transmite o domínio aos ocupantes do terreno, elidindo a pretensão reivindicatória do autor. O direito de propriedade, portanto, deixa de existir para o reivindicante.

Caso se tratasse de exceção substancial, a sua oposição traria como único efeito a ineficácia da pretensão do demandante de reaver a coisa, vez que apenas os efeitos da pretensão reivindicatória restariam encober-

---

48 MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t.VI, 1955, p. 18-19.

49 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 8. ed. Rio de Janeiro. Forense, 1983, p.125.

tos. Ocorre que, com o registro do imóvel, há a transferência do direito, possibilitando aos possuidores dispor juridicamente do bem. Assim é que, acaso desejem, podem até mesmo realizar a alienação do terreno, ato impensável em se tratando de mero encobrimento eficaz.

A teoria desenvolvida pelo mestre baiano tem o mérito incontestável, porém, de lançar as primeiras luzes na escuridão que pairava sobre a doutrina pátria, identificando a existência de um contradireito.

## 7. Conclusão

Da análise das diversas teorias que pulularam no meio jurídico acerca da natureza jurídica desta nova figura, ímpar no ordenamento pátrio, constata-se que muitas são as divergências entre os doutrinadores. Não há consenso em nenhum aspecto, o que dificulta enormemente o trabalho de construção de uma tese realista e factível.

Parte da doutrina, porém, percebendo a grave distorção realizada pela maioria esmagadora dos estudiosos, os quais insistem em encaixar o novo instituto nas tradicionais figuras da usucapião e da desapropriação, centra o foco na atuação dos possuidores, aos quais é aberta a possibilidade de optar pela devolução do terreno ou pagamento do justo preço.

O ministro Teori Albino Zavascki, em artigo intitulado A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto de Código Civil, começa a delinear os contornos de uma nova teoria:

Todavia, comparações à parte, o que o novo instituto faculta ao juiz não é desapropriar o bem, mas sim converter a prestação devida pelos réus, que de específica (de restituir a coisa vindicada) passa a ser alternativa (de indenizá-la em dinheiro). Nosso sistema processual prevê várias hipóteses dessa natureza, notadamente em se tratando de obrigações de fazer e de obrigações de entregar a coisa. [...] Solução em tudo semelhante, atribuindo ao juiz a possibilidade de converter prestação específica em alternativa – e cuja constitucionalidade não é posta em questão – é dada pelo novo Código no parágrafo único do art. 1.255, nos casos em que alguém edifica ou planta em terreno alheio. Nesses casos, diz o dispositivo, 'se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou adquirirá a propriedade do solo, mediante indenização fixada

judicialmente, se não houver acordo'. Como se vê, é situação assemelhada à do referido §4º: lá como aqui, converte-se a prestação específica de restituir a coisa em prestação alternativa de repô-la em dinheiro.<sup>50</sup>

De fato, o sistema processual brasileiro traz algumas hipóteses que muito se assemelham ao disposto no art. 1.228 do CC/2002. O próprio artigo 1.255, citado pelo autor, traz disposição que faculta àquele que plantou ou edificou em terreno alheio, respeitados os demais requisitos legais, optar pela devolução ou pela alienação compulsória do referido bem.

Não é por este motivo que se deve restringir o instituto à figura da alienação judicial. Esta, como já foi dito, configura mero *iter* procedimental, não se confundindo de maneira alguma com o direito exercido pelos possuidores. A venda compulsória constitui, nesse caso, apenas o modo de concretização de direito previsto em lei.

Trata-se, em nosso humilde entendimento, de uma hipótese de contradireito potestativo.

O conceito de contradireito não deve ser aqui entendido na mesma acepção em que é empregado por Pontes de Miranda ao discorrer sobre as exceções substanciais. Não se trata de mero encobrimento eficaz, mas da possibilidade de eliminação do direito de propriedade do autor por meio do pagamento de justa indenização. Diz-se que é um contradireito, nesse caso, no sentido de constituir um poder de destruição dirigido a outro direito<sup>51</sup>, vez que o poder dominial do reivindicante não restará incólume; ao revés, deixará de existir em virtude da pretensão exercida pelos possuidores.

---

50 ZAVASCKI, Albino Teori. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 853-854.

51 Eduardo J. Couture (*Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: RED Livros, 1999, trad: Benedito Giacobini, p. 60), esmiuçando a norma do § 202 do Código Civil alemão, alude a uma sistematização em que a “objeção” aparece como conceito genérico, “que abrange duas formas particulares de oposição: por um lado, as objeções denegatórias do direito, que tendem a demonstrar que o direito do autor não existe, por não ter nascido ou por se ter extinguido; e, por outro lado, as exceções (*Einrede*), que tendem a anular o direito do demandante e que se apresentam como verdadeiros contradireitos em oposição com os seus”.



Distingue-se, nesse particular, o contradireito exercido pelos possuidores do instituto da exceção substancial, que também é um contradireito.

Assim como na hipótese prevista no parágrafo único do art. 1.255 do Código Civil, os possuidores, em caso de exercerem o direito, adquirirão a propriedade<sup>52</sup>, elidindo o domínio do autor que, em razão da sua inércia, suportará os prejuízos advindos da perda do terreno. Tanto é assim que o art. 1.228, em seu § 5º, alude expressamente ao registro do imóvel em nome dos ocupantes.

A alegação do direito, contudo, restringe-se aos casos em que o proprietário se vale da ação reivindicatória ou possessória para reaver a coisa. Glauco Gumerato Ramos, apesar de sustentar tratar-se de uma espécie de desapropriação judicial, também acredita não ser possível o ajuizamento de ação autônoma com o fito de se pleitear o direito:

Com já foi dito, não será possível aos possuidores o exercício autônomo de pretensão buscando a desapropriação judicial, já que essa forma de intervenção na propriedade privada requer a instauração de juízo peti-tório pelo proprietário reivindicante. Com efeito, uma vez instaurada a ação reivindicatória em face dos possuidores que exerceram posse-trabalho nos termos do §4º do art. 1.228, e pretendendo eles a aquisição do imóvel por lhe terem dado função social, ser-lhes-á lícito formular pedido em face do autor reivindicante pleiteando a desapropriação judicial, observando a perda da posse em decorrência da reivindicação. [...] Insista-se uma vez mais, que os possuidores enquadrados nos termos do §4º do

---

52 Na aplicação do instituto sob comento, deve-se ter em vista também a disponibilidade de recursos e a possibilidade de pagamento por parte dos ocupantes da terra. O magistrado, no caso concreto, levará em consideração, no momento de se aferir o montante a ser desembolsado, não só o valor do imóvel, mas também a capacidade financeira dos possuidores. Assim é que nem sempre a quantia paga corresponderá exatamente ao valor que o terreno possui no mercado imobiliário. Neste sentido, o Enunciado 240 da III Jornada de Direito Civil –CJF/STJ – dispõe: “A justa indenização a que alude o parágrafo 5º, do art. 1.228, não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos os juros compensatórios”. A análise do caso concreto deve ser feita a partir de uma perspectiva civil-constitucional, respeitados os princípios da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana. Voltar o foco para o possuidor-trabalhador nos parece ser a única maneira realizar os objetivos fundamentais da República encetados na Constituição Federal, quais sejam: garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos. Perdem sentido assim as críticas em relação a uma suposta inviabilidade do instituto face aos poucos recursos de que geralmente dispõem os possuidores, já que os mesmos devem contribuir em valor proporcional aos seus respectivos patrimônios.

art. 1.228 não têm direito autônomo e independente à desapropriação judicial, o que só ocorrerá diante do surgimento do interesse processual ocasionado pela pretensão reivindicatória do autor proprietário [...].<sup>53</sup>

Com efeito, o art. 1.228 condicionou o exercício do direito por parte dos possuidores de converter a prestação que, de específica (de restituir a coisa vindicada) passa a ser alternativa (de indenizá-la em dinheiro)<sup>54</sup>, ao ajuizamento da ação reivindicatória ou possessória.

Mais uma vez se constata clara diferença entre o instituto sob análise e a exceção substancial. Como bem adverte Pontes de Miranda<sup>55</sup>, a “exceção pode ser exercida tanto em juízo quanto fora dele. [...] A exceção é *res in iudicium deducta*, se há processo; se não há, opõe-se cá fora, na vida extrajudicial”. O contradireito processual sob estudo, por sua vez, somente pode ser alegado em face de uma pretensão reivindicatória ou possessória posta em juízo.

Por fim, diz-se que o direito a ser exercido pelos possuidores é potestativo, uma vez que independe de qualquer atuação por parte do reivindicante para que se aperfeiçoe.<sup>56</sup>

Leoni Lopes de Oliveira explica:

Os direitos potestativos são aqueles em que se atribui ao seu titular o poder de produzir, mediante sua exclusiva declaração de vontade, a modificação ou extinção de uma relação jurídica, com efeitos jurídicos em relação ao outro ou outros sujeitos da relação jurídica. Nos direitos potestativos os sujeitos que assumem a situação jurídica subjetiva passiva não têm, como nos direitos subjetivos, uma situação de obrigação, mas estão submetidos a admitir os efeitos produzidos em decorrência da exclusiva manifestação de vontade do titular do direito potestativo.<sup>57</sup>

53 RAMOS, Glauco Gumerato. Contributo à Dinâmica da Chamada Desapropriação Judicial: Diálogo entre Constituição, Direito e Processo. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 386-387.

54 ZAVASCKI, Albino Teori, *op. cit.*, p. 853-854.

55 MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t.VI, 1955, p. 16.

56 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2005, p 07-08.

57 *Apud* FARIAS. *Ibidem*, p. 07.

Os ocupantes que possuíram de forma ininterrupta extensa área, por mais de cinco anos e com boa-fé, além de terem realizado, em conjunto ou separadamente, obras ou serviços de relevante valor social ou econômico podem adquirir a propriedade do reivindicante pela simples declaração de vontade de seus membros, desde que pago o valor da justa indenização.

O respeito aos pressupostos legais, por meio da utilização da propriedade em consonância com a sua função social, credencia os possuidores a escolherem entre devolver o imóvel ao seu primitivo proprietário ou adquiri-lo mediante o pagamento de indenização justa. A esse direito não pode ser opor o reivindicante, restando inócua qualquer ação sua visando a impedir a aquisição da propriedade.

Podemos afirmar, portanto, que o novel instituto regulado pelo art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil, traz uma nova espécie de contradireito potestativo, em virtude de suas peculiaridades que o distingue dos demais institutos suscitados pela doutrina. Cabe aos possuidores, neste caso, decidir sobre a devolução do imóvel ou o exercício do contradireito ao qual não poderá se opor o reivindicante.

## Bibliografia

AGUIAR, Mônica. *A Desapropriação Judicial no Novo Código Civil*. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)>. Acesso em: 20.out.2006.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Compreendendo os Novos Limites à Propriedade: Uma Análise do art. 1.228 do Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6725>>. Acesso em: 03.out.2006.

CAMBI, Eduardo. Aspectos Inovadores da Propriedade no Novo Código Civil, *in*: Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: PADMA, 2000.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: RED Livros, 1999, trad: Benedito Giacobini.

DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador: JusPO-DIVM, v.I, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Controvérsias constitucionais acerca do usucapião coletivo*. Disponível em: <<http://juronline.visaonet.com.br>>. Acesso em: 06.ago.2006.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t.VI, 1955.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. 37. ed., revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.

RAMOS, Glauco Gumerato. Contributo à Dinâmica da Chamada Desapropriação Judicial: Diálogo entre Constituição, Direito e Processo, in DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZAVASCKI, Albino Teori. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



# O NÃO DECIDIR COMO UMA DAS FACETAS DO ATIVISMO JUDICIAL

Lucas de Faria Rodrigues<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 – Introdução. 2 – Por um conceito de ativismo judicial. 3 – Discrecionalidade. 4 – Sincretismo conceitual: passivismo judiciário. 5 – O tratamento dado ao *não decidir* pela legislação<sup>2</sup>: perspectiva a partir do comportamento do Supremo Tribunal Federal. 6 – Então o que é possível fazer? 7 – Conclusão. Bibliografia.

---

## 1. Introdução

Eis um tema complexo e carregado de nuances teóricas: o ativismo judicial. Não são poucos os autores que dedicaram obras e pesquisas de uma vida a debatê-lo. Fugir minimamente do lugar comum é a primeira proposta deste modesto artigo, que pretende ser não uma profunda pesquisa doutrinária – até pelo espaço inerente a tal modalidade de produção acadêmica –, mas, sim, um convite à reflexão sobre um padrão de atuação do Judiciário brasileiro: o *não decidir*<sup>3</sup>.

Não quero adjetivar o fenômeno neste momento, embora não me furtarei de fazê-lo, quando postas as premissas. Estas, por sua vez, não são poucas. Também por isso, importante bem delinear o objeto de estu-

---

1 Procurador do Estado de São Paulo. Mestre e Doutorando em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

2 Como afirmei ainda na introdução, avançarei em questões mais específicas do Supremo Tribunal Federal, além de exame de regras mais gerais, aplicáveis indistintamente a todos os juízes e tribunais.

3 Ao longo deste trabalho faremos referência a *não decidir* ou *omissão*, como sinônimos.

do e o caminho a percorrer, o que fortalece a tese defendida e, em certa medida, atribui a metódica necessária a artigos deste gênero<sup>4</sup>.

A pergunta base do trabalho, presumível neste momento, resume-se a se o *não decidir* pode ser caracterizado, em determinadas situações e diante de alguns pressupostos jurídicos e fáticos, uma faceta do *ativismo judicial*. Porém, antes de enquadrar determinado fenômeno em um modelo dogmático, é preciso defini-lo – só posso saber se o *não decidir* é de fato *ativismo*, se delimitar o que são tais conceitos. Como já disse Lenio Luiz Streck, precisamos “*compartilhar um conceito*”<sup>5</sup>, para que eventuais “*divergências sobre seu conteúdo sejam autênticas*”<sup>6</sup> e mesmo divergências quanto à sua aplicação ou não.

A não deliberação, *per se*, não traria maiores repercussões na esfera aqui estudada. Este *não decidir* deve, em alguma medida, ser “qualificado” e aferido à luz de outros elementos – muitas vezes exógenos – que indiquem a presença de motivos ocultos alheios à aplicação do Direito a um determinado caso concreto. Estou me referindo aqui, por exemplo, a um pedido de vista demasiadamente longo; a não pautar determinado processo; pedidos de vista com maioria formada; pedidos de vista sucessivos, por diferentes julgadores; conclusões infundáveis – em todos os casos omitindo intenções políticas ou morais do julgador. Claro, não se pode generalizar – nem sempre essas ações estarão ocultando motivos não republicanos ou não democráticos, a depender do conceito de *ativismo* que se adote. Não há como se fixar uma linha de corte absoluta para caracterizar uma omissão como *ativismo judicial*, há de se examinar cada caso concreto, para então ser possível apontar um diagnóstico.

Também por conta dos limites deste estudo, o foco central será o exame do *não decidir* no Supremo Tribunal Federal, ao qual recorrerei

4 Uma destas ressalvas faço em nota, até para que não pareça pedante. Sempre questioneie o uso da primeira pessoa do plural em trabalhos acadêmicos escritos por um único autor. Embora tivesse tal estranheza, sempre o fiz por ser o modo mais comum em textos como este. Até que um dia fui “desafiado” por um avaliador a fazer em primeira pessoa, dada a posição defendida naquele trabalho. Não o fiz naquele momento, mas faço agora, consciente de que inexistente uma regra impositiva para seguir o caminho contrário.

5 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 292.

6 *Ibidem*.

quando os exemplos forem exigidos, embora o objetivo central não seja uma investigação desta omissão qualificada na referida Corte, mas uma reflexão mais geral sobre o tema de fundo.

Discutir o lugar do *não decidir* na Teoria do Direito impõe examiná-lo à luz da discricionariedade, cujo espaço na decisão judicial – mais especificamente na interpretação jurídica – é controverso. Aqui, por certo, será preciso ir além da delimitação do espaço de discricionariedade do julgador na decisão jurídica, mas caminhar também no sentido das omissões, cuja relação com a jurisdição, ainda que indireta, é inquestionável. Ademais, impositivo enfrentar o tema do *passivismo*, polissêmico, no mais das vezes utilizado para se contrapor ao *ativismo*.

Porém, não há como iniciar com outra referência teórica senão com a definição de *ativismo judicial*, por ser tema da mais absoluta relevância e central neste texto. Será, por isso, objeto do tópico inicial, como passarei a discorrer.

## 2. Por um conceito de ativismo judicial

Se vamos compartilhar um conceito, devemos começar com talvez o mais controverso, o de *ativismo judicial*, mas não sem antes outra advertência. Isso porque o “*termo ativismo tem sido utilizado com verdadeira poluição semântica, ora descrevendo fenômenos distintos, ora sendo utilizado para legitimar decisões judiciais apenas em função do seu resultado*”<sup>7</sup>. Tal observação apenas reforça a necessidade de termos claramente aquilo que servirá como definição de *ativismo judicial* para os fins deste trabalho<sup>8</sup>.

Do mesmo modo que Georges Abboud no seu *Processo Constitucional Brasileiro*<sup>9</sup>, aqui me aproximarei do conceito formulado por Eli-

7 NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Ativismo Judicial como Conceito Natimorto para Consolidação do Estado Democrático de Direito*: As razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. In: DIDIER JR, Fredie et al. (org.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 527.

8 Não pretendo discutir as variáveis relacionadas à conceituação do fenômeno; apenas tomei como referência um conceito específico, utilizado como paradigma deste artigo.

9 ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 707.



val da Silva Ramos, que tem na separação dos poderes a essência da sua definição:

(...) por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)<sup>10</sup>.

Portanto, se desejamos saber se uma determinada ação do Poder Judiciário é *ativista* deveremos – e essa proposição não é minha – compreender o modelo de separação de poderes e como suas fronteiras foram delimitadas, pois só assim será possível ter clareza sobre o momento em que elas são violadas – seja em relação ao Poder Legislativo ou também em relação ao Poder Executivo<sup>11</sup>. Trata-se de saber quando haverá uma “*incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes*”<sup>12</sup>.

Abboud, trazendo elementos da obra de Bruce Ackerman, propõe um novo olhar sobre a separação de poderes, mas que mantém e reconhece, sob o aspecto finalístico, um elemento historicamente invariável, qual seja, a ideia de limitação do poder – ou racionalização, como prefere o autor<sup>13</sup>. Embora não faça um exame verticalmente aprofundado de Ackerman – como é reconhecido na própria obra – traz à lume uma das suas principais regras, a “*concepção de que a separação de poderes não pode ser pensada como uma máquina com engrenagens fixas e que, como o tempo, acabam por se tornar obsoletas*”<sup>14</sup> – tratar-se-ia, portanto, de um modelo afeto a modificações na sua estruturação, preservada a essência básica; uma separação de poderes dinâmica, contraposta a uma percepção estática. Para além disso, tampouco pode se dizer que existe um único modelo de separação de poderes;

10 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 131.

11 Cf. *Ibidem*, p. 119.

12 *Ibidem*, p. 119.

13 Cf. ABBOUD, Georges. *Op. cit.*, p. 703

14 ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 705.

há tantos modelos quanto regimes constitucionais que o adotam, com variados desenhos – embora possam existir preferências sobre um ou outro, não podendo ser ignorados os fatos, em especial históricos, que levaram a determinada arquitetura constitucional.

Retomando um ponto assinalado no parágrafo anterior, volto à ideia chave da separação de poderes, a limitação. Embora Abboud reconheça, corretamente, um “eixo histórico” em três movimentos revolucionários – revoluções inglesa, francesa e americana –, quero me dedicar um pouco mais à última, pois ela lançou o alicerce de uma arquitetura constitucional que serve de modelo até hoje no Brasil – qual seja, a Constituição dos Estados Unidos.

Os debates que antecederam a promulgação da Constituição norte-americana estão traduzidos – grande parte deles ao menos – no livro *O Federalista*, que reúne escritos publicados na imprensa de época pelos autores Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. Já naquele momento histórico, tinham os autores clara percepção de que a natureza humana imporá o abuso do poder a quem fosse outorgado<sup>15</sup>. Entretanto, naquele contexto histórico e institucional dos Estados Unidos, havia um receio de prevalência do Poder Legislativo e como consequência fosse instaurada uma ditadura da maioria – neste quadro, aqueles grupos de interesse com menor representatividade teriam seus direitos facilmente subjogados. Se os homens não eram anjos, como afirmavam os autores, tampouco eles próprios seriam – ora, intelectuais que eram, não advinham de classes menos favorecidas, mais numerosas. A representatividade advinda do voto não poderia suplantar alguns direitos previstos constitucionalmente, afinal, é *“de maior importância em uma república não apenas defender a sociedade contra a opressão de seus governantes, mas também evitar que uma parte dela exerça pressão sobre a outra”*<sup>16</sup>.

---

15 Neste sentido: “[...] mas, afinal, o que é o próprio governo senão o maior de todos os reflexos da natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário haver governos. Se os homens fossem governados por anjos, dispensar-se-iam os controles internos e externos” (MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *O Federalista*. 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2005, p. 322).

16 *Ibidem*, p. 323.

É neste quadro que o papel da Constituição, mas também do Poder Judiciário, ganha destaque para os Federalistas. Ao juiz não é reservado um papel coadjuvante, deve zelar pela aplicação da Constituição, desconstituindo qualquer ato do Legislativo que atente contra a Carta de direitos. Disso não poderia defluir a impressão (falsa) de que o Judiciário estaria em um patamar superior ao Legislativo, pois afetaria a legitimidade dos seus atos.

Todavia, esta conclusão não deve significar uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Somente supõe que o poder do povo é superior a ambos; e que, sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias<sup>17</sup>.

Entretanto, se é inquestionável a posição dos Federalistas em relação ao importante papel do Judiciário, tampouco desconheciam – já naquele momento histórico – problemas desta relação. Hamilton afirmava que o juiz nunca deve buscar substituir o julgamento por sua própria vontade, deve, sim, esclarecer o sentido do dispositivo legal<sup>18</sup>. Era premissa do sistema proposto a impossibilidade de o órgão que edita as leis ser o responsável por interpretá-las ou anulá-las em caso de contrariedade à Constituição: ora, o órgão que editou normas defeituosas dificilmente reconheceria o vício, pois “*o mesmo espírito que predominou em sua elaboração, estaria presente em sua interpretação*”<sup>19</sup>. Neste sentido, se o juiz, por sua vez, deixasse de julgar com base na Constituição e passasse a fazê-lo com fundamento na sua própria vontade, estaria por realizar a mesma função dos legisladores e, portanto, não haveria o menor sentido em serem poderes distintos.

Novamente, é inegável a ideia de limitação e a preocupação de que a Constituição seja o centro das decisões judiciais – eis aí, como bem apontado por Abboud, a separação de poderes como “*uma concep-*

17 MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *O Federalista*. 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2005, p. 472.

18 *Ibidem*, p. 469 (Federalista nº 78).

19 *Ibidem*, p. 488.

*ção consecutória do próprio fenômeno do constitucionalismo*”<sup>20</sup>. Assim, como indica o mesmo autor, deve-se verificar “*se há, em algum grau, violação ao ideal de limitação do poder por força da ação de uma dessas instituições*”<sup>21</sup> – neste caso o Poder Judiciário. Este é então o cerne do conceito de ativismo que levaremos nesse breve artigo: quando houver o avanço sobre as linhas demarcadas constitucionalmente para atuar, estará o juiz atuando de forma ativista; quando aplicar seu senso de moral, de justiça, sua vontade própria ou qualquer outro nome que se dê ao arbítrio pessoal do julgador, em detrimento da lei ou da Constituição, o julgador estará agindo de forma ativista, podendo fazê-lo, a meu ver, de forma omissiva ou comissiva.

### 3. Discricionariedade

Trazer a discricionariedade para o contexto deste artigo busca principalmente atender dois objetivos. De um lado, este elemento tem na discussão sobre sua aplicação ou não ao campo da Teoria da Decisão Jurídica uma inegável proximidade com os elementos do *ativismo judicial*. De outro, devemos saber se *o não decidir*, o objeto de estudo, advém de um espaço legítimo de discricionariedade judicial.

A discricionariedade no Brasil sempre foi um conceito vinculado ao Direito Administrativo, segundo o qual o “*Administrador está autorizado pela lei a eleger os meios necessários para determinação dos fins*”<sup>22</sup>. Vale dizer, ainda que circunscrito a parâmetros legalmente estabelecidos, há margem à escolha para a determinação administrativa – “*implica uma hipotética remissão legal que habilita a Administração a escolher uma solução entre várias soluções igualmente justas*”<sup>23</sup>. É possível trazer para a decisão judicial tal conceito? Correto falar em discricionariedade judicial?

20 ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 706.

21 *Ibidem*, p. 706.

22 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 55.

23 ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 125.

Eis outro tema polêmico. Para um conjunto considerável de escolas e autores haveria em maior ou menor intensidade um espaço de conformação dos juízes, cujo resultado seria fruto da ação discricionária do magistrado. Ramos, a quem recorro por ser sua obra referência em matéria de *ativismo judicial*, pautado na Escola Kelseniana, vai mencionar a existência da discricionariedade judicial, limitada a “*parâmetros jurídicos previamente estabelecidos*”<sup>24</sup>. Neste contexto, a discricionariedade judicial seria muito mais restrita que a legislativa – diferença de grau entre estes modelos discricionários (variará o grau de liberdade, não a sua existência). O juiz estaria, portanto, sujeito a “*condicionamentos jurídicos muito mais intensos*”<sup>25</sup>.

Neste cenário, o espaço de atuação de um juiz seria dinâmico, sujeito a variações relacionadas ao texto normativo concretizado (a depender do teor textual da regra), podendo ir de uma intensidade mínima (regra de prazo, *v.g.*) a uma intensidade máxima (uma lacuna, por exemplo) – trata-se do grau de liberdade de um magistrado<sup>26</sup>. Ainda para o autor, haveria uma distinção se comparada à clássica discricionariedade administrativa – esta segue padrões de conveniência e oportunidade, enquanto a discricionariedade judicial seria afeta a uma ideia de justiça da decisão (garantidas as soluções iguais para casos semelhantes)<sup>27</sup>.

O grande problema de se assumir a discricionariedade como parte integrante do processo de tomada de decisão judicial – em maior ou menor medida – é o fato de se aceitar um elemento de vontade na escolha dos caminhos possíveis – dentre aqueles conferidos pela norma. Se é assim, para outra parcela da doutrina, seria igualmente qualificável como arbitrário – no sentido de estar sujeito ao arbítrio do julgador<sup>28</sup>.

24 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 126.

25 Cf. *Ibidem*, p. 126.

26 Cf. *Ibidem*, p. 126.

27 Cf. *Ibidem*, p. 128.

28 Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento, 2017; ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Neste sentido, discricionariedade, no modo como ela é praticada no Direito brasileiro, acaba no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade. E não confundamos essa discussão – tão relevante para a teoria do Direito – com a separação feita pelo Direito Administrativo entre atos discricionários e atos vinculados, ambos diferentes de atos arbitrários. Trata-se, sim, de discutir – ou, na verdade, pôr em xeque – o grau de liberdade dado ao intérprete em face da legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da Constituição. E esse grau de liberdade acaba se convertendo em um poder que não lhe é dado, uma vez que as “opções” escolhidas pelo juiz deixarão de lado as “opções” de outros interessados, cujos direitos ficarão à mercê de uma atribuição de sentido, muitas vezes decorrentes de discursos exógenos, não devidamente filtrados na conformidade dos limites impostos pela autonomia do Direito<sup>29</sup>.

Vê-se claramente a semelhança deste discurso com aquele que antecedeu a edição da Constituição norte-americana mais de 200 anos atrás: se aceito que o julgador faça juízos a partir de elementos relacionados à “*justiça da decisão*” – ou seja lá que nome se dê à sua vontade ou a elementos ligados à sua moral – aceito, por consequência, que ambos, juiz e legislador, exercem papéis semelhantes dentro do sistema, com uma única distinção: um deles delibera derradeiramente. Que separação de poderes é esta?

Estes critérios exógenos mencionados por Streck nada mais são do que elementos externos ao Direito – substitui-se a vontade democrática legitimada na constituição das câmaras de deliberação do Legislativo pela vontade individual de um juiz ou de um pequeno grupo de julgadores colegiados. Assim, “(...) *de nada adianta a Constituição e o processo democrático se admitimos que as questões jurídicas possam ser julgadas por parâmetros extrajurídicos, em regra, correspondentes à consciência e à vontade do julgador*”<sup>30</sup>. É a verdadeira expressão do “*solipsismo judicial*”<sup>31</sup>, em que importa mais a consciência do aplica-

29 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 54.

30 ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 484.

31 STRECK, *op. cit.*, p. 276.

dor, do que a essência da Constituição. Para esta parcela da doutrina, à qual me filio, subjacente à discricionariedade judicial está a ideia de vontade e aquilo que Streck vai chamar de morte do método: “o fato de não existir um método que possa dar garantia à correção do processo interpretativo”<sup>32</sup>. Ou ainda como sacramenta Abboud, o “ativismo é, por excelência, o fenômeno em que se manifesta a discricionariedade judicial”<sup>33</sup>.

Os caminhos para o exercício da discricionariedade pelo Judiciário vão desde o uso desenfreado de princípios, muitas vezes para fundamentar pré-julgamentos já formados, aos conceitos abertos ou à qualificação de casos difíceis. A abertura que a discricionariedade promove no processo de deliberação judicial permite muitas vezes que o julgador se afaste do Direito e se apoie em elementos políticos, morais, pessoais. Nesta visão, é correto afirmar que o Judiciário deve, sim, praticar atos vinculados: à lei e, sobretudo, à Constituição.

Seguir a lei é tão complexo assim? Os críticos dirão que esta é uma visão arcaica, “positivista”, que está a se defender o juiz “boca da lei”. Longe disso. O processo de concretização da norma é extremamente intrincado, parte do pressuposto de que se atribui efetivamente sentido ao texto – embora, friso, reproduzindo Streck, isso “*nem de longe pode significar a possibilidade de este [o juiz] estar autorizado a atribuir sentidos de forma discricionária*”<sup>34</sup>. Texto e norma, embora não se confundam como já afirmava Friedrich Müller, definitivamente não são dois elementos que existem de forma autônoma – “*ele [o texto] dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro*”<sup>35</sup>. Portanto, este processo de atribuição de sentido deve observar parâmetros metodológicos, sobre os quais não avançarei neste artigo dado o seu objeto inicial<sup>36</sup>; devemos

32 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 54.

33 ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 709.

34 STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 58.

35 MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

36 Proponho consulta a (i) MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4. ed.

ter claro, apenas, “*que a crítica ao subjetivismo ou qualquer forma de voluntarismo, em que se encaixa o solipsismo, não tem absolutamente nada a ver com repriminamento do juiz boca da lei ou outras coisas do gênero*”<sup>37</sup>.

Penso que a noção de discricionariedade possa ser trazida para o espaço do *não decidir* – naqueles contextos preestabelecidos inicialmente no artigo. Ora, este conceito carrega em si a marca da subjetividade e de um espaço para escolhas. Embora falando de um decidir e, portanto, de um interpretar – que aqui arrisco trazer também para a omissão judicial ou para a decisão dilatória<sup>38</sup> – Streck fala em discricionariedade como um ato efetuado “*sem prestação de contas, o que tem como consequência a inobservância do dever de justificar/fundamentar constitucional e legislativamente, tornando a decisão um ato de vontade (...)*”<sup>39</sup>. Ora, se discricionariedade é um ato de vontade, que possibilita ao juiz trazer elementos extrajurídicos<sup>40</sup> para o processo e, em muitos casos, permite “*colocar a política a reboque do direito*”<sup>41</sup>, nada mais legítimo que questionar sua aplicação em espaços de *omissão judicial*.

---

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; (ii) MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013; (iii) MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

37 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 276.

38 Decisões dilatórias que geram, por via de consequência, um não decidir, como por exemplo, determinados pedidos de vista.

39 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 324.

40 Importante destacar que quando falo em elementos exógenos ou extrajurídicos, estou fazendo referência, sobretudo, à consciência e à vontade do julgador, ou elementos outros não refletidos pelo texto da norma. Isso não significa, como é óbvio, que o Direito não buscará no concreto, nos “fatos refletidos”, elementos essenciais para a concretização da norma jurídica. Como já tive oportunidade de afirmar, a norma não existe como um produto acabado, preliminar, prévio ao processo de concretização; toda norma pode e deve ser construída no concreto, como resultado de um processo complexo, que vai do texto à realidade, entretanto, deve ficar adstrito àquilo que possibilita o programa normativo. Se o juiz vai além e age fora deste espaço, independentemente dos motivos, o faz de forma *ativista*. Por fim, apenas para bem contextualizar, fazemos tais assertivas pautados na obra de Müller, já mencionadas neste texto.

41 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 329.



O *não decidir* pode decorrer de uma omissão pura e simples, como o não pautar de uma questão no tribunal, ou pode decorrer de uma decisão específica, que camufla o não decidir, quando, por exemplo, se pede vista de um processo com o intuito dissimulado de se evitar o resultado do julgamento (o que denominei acima de decisão dilatória). Todas as situações estão contextualizadas em um processo judicial – subjetivo ou objetivo – cujo mote final é a prolação de uma decisão judicial e este movimento pode impactar tal solução.

Claro que a caracterização do *não decidir* como um ato discricionário e, portanto, enquadrável no conceito de ativismo que mencionamos – afinal, todo ato de vontade baseado em elementos extrajurídicos será, neste viés, uma invasão (não autorizada constitucionalmente) do Poder Judiciário em esfera que não lhe compete –, será muito mais complexa e dependerá, muitas vezes, de um exame cuidadoso de elementos alheios ao processo, para que fiquem claras as reais motivações do *não decidir*. O ativismo “hermenêutico”, ao contrário, caracteriza-se na própria decisão judicial, o que facilita sobremaneira sua identificação.

Assim acontece, por exemplo, quando um Ministro pede vista de um determinado processo para postergar eventual tomada de decisão, cujos impactos políticos ou econômicos são significativos; ou ainda quando não se pauta um determinado processo para permitir a perda de objeto (a revogação de uma lei, *v.g.*); ou quando uma ação direta de inconstitucionalidade demora mais de 20 anos para ser julgada; enfim, são exemplos sobre potenciais ativismos decorrentes de um *não decidir*.

Com efeito, esta forma de *ativismo judicial*, do *não decidir*, importaria a violação de ao menos quatro princípios básicos da Teoria da Decisão Judicial extraídos da obra de Streck – o que também em certa medida faz do fenômeno efetivamente *ativismo judicial*. A **autonomia do Direito**, pois aceita a inserção de outros elementos externos no processo decisório; o efetivo **respeito à integridade e à coerência do Direito**, pois este *não decidir* com base em elementos exógenos (política, moral, etc.) joga por terra qualquer noção de coerência e integração do ato (ou do “não ato”) ao ordenamento jurídico; o **dever fundamental de justificar as decisões**, pois muitas vezes os fundamentos para o

*não decidir* estarão implícitos e não são indicados ao público em geral ou, quando o são, vem de forma dissimulada e incompleta; e, por fim, o **direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada**, pois o ativismo (na sua modalidade *não decidir*) não está adequado aos ditames constitucionais.

#### 4. Sincretismo conceitual: passivismo judiciário<sup>42</sup>

Ramos dedicou um tópico de sua obra *Ativismo Judicial* para discorrer sobre o *passivismo judiciário*. Importante colocar que o passivismo, tal como definido pelo autor, apresenta-se como um conceito antagônico ao de ativismo, na medida em que parte da premissa de “*primazia absoluta do texto normativo sobre a atividade do intérprete-aplicador, reduzida à mera constatação e aplicação mecânica dos enunciados normativos*”<sup>43</sup> – ataca-se o ativismo com dosagem absolutamente letal para a hermenêutica moderna, que enxerga no ato de interpretar verdadeira atribuição de sentido à norma, não mera reprodução de sentido<sup>44</sup>. Este formalismo exacerbado, esta prisão ao texto normativo, esta limitação ao processo criativo<sup>45</sup> de interpretação, são a essência do passivismo judicial.

Ramos vai mais longe, ao aprofundar o debate sobre passivismo – eu fico por aqui, pois, para o que importa, o *não decidir* em princípio não parece ser uma expressão do passivismo tal como definido, mas ver-

---

42 Aqui faço uma paráfrase a conhecido artigo de Virgílio Afonso da Silva, que discute o grande sincretismo metodológico em matéria de interpretação constitucional (cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143). A lógica de sincretismo, penso, vale aqui, para o tópico do passivismo.

43 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 132.

44 Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 97.

45 Uma advertência sobre o uso do vocábulo “criativo”. Aqui deve ser compreendido como a possibilidade de se atribuir sentido no processo de concretização da norma, porém, observado o método estruturante. Esta acepção de criatividade vai ao encontro ao que tenho postulado neste trabalho, pautado na Teoria Estruturante de Müller, de que o texto não poderá ter a primazia absoluta no processo de concretização, pois não é norma, embora exerça um importante papel de delimitação do âmbito normativo, variável em intensidade conforme a norma a se interpretar (cf. MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010).

dadeira faceta do *ativismo judicial*, tal como conceituado neste artigo. *Passivismo* é o contraponto, extremo, do *ativismo judicial* – definir onde se encaixa a omissão é o objetivo.

Aqui retomo o título deste tópico, pois parece clara uma confusão conceitual que parcela da doutrina faz neste ponto. Muitos parecem usar os conceitos em sentido mais literais e “ordinários”<sup>46</sup> – *passivismo* seria então característica relacionada à indiferença, à sujeição, ao não agir. Se o Judiciário não se manifesta, não resolve uma demanda, é passivo. Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi, por exemplo, em artigo publicado de 2015<sup>47</sup>, falam em um Supremo Tribunal Federal *passivista* por se afastar de conflitos com os demais poderes, quando evita ou posterga a tomada de decisões (exatamente a ideia de um *não decidir*)<sup>48</sup>. No mesmo sentido o artigo de Geocarlos Augusto Cavalcante da Silva, que menciona ser a recusa do Judiciário em decidir fato gerador do passivismo<sup>49</sup>.

A despeito da técnica adotada, parece-me uma categorização desnecessária de uma conduta que pode certamente ser qualificada como *ativismo judicial*. O *não decidir* pode até transparecer uma posição mais passiva do Judiciário, se considerarmos uma acepção literal do termo, mas certamente, do ponto de vista dogmático, não será uma conduta tipicamente *passivista*, tampouco passível de se contrapor ao *ativismo* – a

46 Opondo-se a sentidos dogmaticamente consolidados na Teoria do Direito.

47 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *A tendência passivista do Supremo*. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Org.). *O Supremo em 2015*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

48 Neste ponto, o artigo traz valiosíssima contribuição em termos de exemplos do Supremo Tribunal Federal. A demora no julgamento das ações de planos econômicos das décadas de 1980 e 1990 (assunto tratado em diversos Recursos Extraordinários e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165); financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas e o famigerado pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, que demorou mais de 1 ano, quando o processo já possuía maioria formada (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650); o não julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade que questionam o Código Florestal, ajuizadas em janeiro de 2013, o que gera enorme instabilidade nas relações sociais e ambientais (Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 4901, 4902 e 4903); a Ação Direta de Inconstitucionalidade que questiona a constitucionalidade da Lei de Responsabilidade Fiscal, ajuizada em 2000, até hoje não julgada (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2238).

49 Cf. SILVA, Geocarlos Augusto Cavalcante da. *Democracia e Ativismo Judicial*. In: *Revista dos Tribunais OnLine - Revista de Direito Privado*. São Paulo: n. 46, abr-jun-2011. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br>>. Acesso em: 08 de junho de 2017.

omissão aqui nada mais é do que uma forma específica de manifestação do *ativismo judicial* – ao menos assim o é segundo o conceito adotado neste trabalho.

## 5. O tratamento dado ao *não decidir* pela legislação<sup>50</sup>: perspectiva a partir do comportamento do Supremo Tribunal Federal

De modo geral tem se tentado atacar o problema do *não decidir* das mais variadas maneiras. O Novo Código de Processo Civil (Lei federal nº 13.105/2015), a despeito de inúmeras críticas, tentou neste particular criar regras específicas que impactam em *decisões dilatórias* dos juízes.

A primeira delas, mais pretensiosa quando da edição da Lei federal nº 13.105/2015, relativizada pela Lei federal nº 13.256/2016, que inseriu o termo “preferencialmente” no artigo 12, diz respeito à ordem cronológica de julgamento<sup>51</sup>. Embora a regra trate de um ato

---

50 Como afirmei ainda na introdução, avancarei em questões mais específicas do Supremo Tribunal Federal, além de exame de regras mais gerais, aplicáveis indistintamente a todos os juízes e tribunais.

51 Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, **preferencialmente**, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. § 1º A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.

§ 2º Estão excluídos da regra do caput:

I - as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido;

II - o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos;

III - o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;

IV - as decisões proferidas com base nos arts. 485 e 932;

V - o julgamento de embargos de declaração;

VI - o julgamento de agravo interno;

VII - as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça;

VIII - os processos criminais, nos órgãos jurisdicionais que tenham competência penal;

IX - a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.

§ 3º Após elaboração de lista própria, respeitar-se-á a ordem cronológica das conclusões entre as preferências legais.

§ 4º Após a inclusão do processo na lista de que trata o § 1º, o requerimento formulado pela parte não altera a ordem cronológica para a decisão, exceto quando implicar a reabertura da instrução ou a conversão do julgamento em diligência.

de decidir propriamente dito, acaba impactando o *não decidir*, sobretudo nos casos em que um determinado processo não é pautado para julgamento durante longo período de tempo. Como apontam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, a inserção do termo "preferencialmente" não significa ter sido atribuída uma faculdade aos juízes: salvo uma motivação específica do juiz ou tribunal, não poderá afastar a regra<sup>52</sup>. Se é certo que a regra serve precipuamente como concretização de princípios constitucionais como a isonomia e a garantia razoável do processo<sup>53</sup> – previstos expressamente no artigo 5º da Constituição Federal – serve também como forma de combater uma faceta – igualmente perniciosa – do *ativismo judicial*.

O Código de Processo Civil foi ainda mais longe ao regulamentar o pedido de vista no artigo 940, estabelecendo prazo máximo de 10 (dez) dias, prorrogáveis por no máximo mais 10 (dez) dias, permitido ao presidente do órgão fracionário a requisição do processo para pautá-lo na sessão ordinária subsequente ou mesmo a convocação de substituto para proferir o voto<sup>54</sup>. Em tese, este dispositivo aplicar-se-ia a todos os

---

§ 5º Decidido o requerimento previsto no § 4º, o processo retornará à mesma posição em que anteriormente se encontrava na lista.

§ 6º Ocupará o primeiro lugar na lista prevista no § 1º ou, conforme o caso, no § 3º, o processo que:

I - tiver sua sentença ou acórdão anulado, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação da instrução;

II - se enquadrar na hipótese do art. 1.040, inciso II.

52 Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 234.

53 Cf. *Ibidem*, p. 235.

54 Art. 940. O relator ou outro juiz que não se considerar habilitado a proferir imediatamente seu voto poderá solicitar vista pelo prazo máximo de 10 (dez) dias, após o qual o recurso será reincluído em pauta para julgamento na sessão seguinte à data da devolução.

§ 1º Se os autos não forem devolvidos tempestivamente ou se não for solicitada pelo juiz prorrogação de prazo de no máximo mais 10 (dez) dias, o presidente do órgão fracionário os requisitará para julgamento do recurso na sessão ordinária subsequente, com publicação da pauta em que for incluído.

§ 2º Quando requisitar os autos na forma do § 1º, se aquele que fez o pedido de vista ainda não se sentir habilitado a votar, o presidente convocará substituto para proferir voto, na forma estabelecida no regimento interno do tribunal.

tribunais<sup>55</sup>, inclusive os superiores – que se sujeitam ao império da lei<sup>56</sup> e, sobretudo, que devem respeito à Constituição Federal. Sobre este último ponto, a Carta é clara no artigo 96, inciso I, alínea “a”, ao resguardar a competência de elaboração dos regimentos internos, observadas as normas de processo e as garantias processuais das partes<sup>57</sup>. Neste mesmo sentido o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 202/2015, em termos muito similares àqueles do Código de Processo Civil. Novamente, vejo nas regras para pedido de vista outra forma de combater o ativismo judicial no seu viés omissivo.

Embora os regimentos proponham soluções – timidamente, é verdade – estão longe de resolver os problemas, em especial em tribunais superiores, como o Supremo Tribunal Federal. Ora, conquanto existam prazos, formas e ritos, as normas não estabelecem mecanismos claros de coerção e imposição de cumprimento. Mesmo os instrumentos processuais ficam limitados em uma Corte cuja posição lhe impõe dar a última palavra.

Com todas as ressalvas que uma pesquisa meramente quantitativa possa merecer<sup>58</sup>, o *III Relatório Supremo em Números – O Supremo e o Tempo*<sup>59</sup> traz interessantes indícios da utilização desenfreada e desregulada do pedido de vista em processos na mais alta Corte do país. No relatório fica evidenciado que mais de 75% dos pedidos de vista no Supremo Tribunal Federal têm os prazos descumpridos. O relatório oferece, ainda, a lista dos dez processos com os maiores pedidos de vista (em tempo de duração); para citar apenas os quatro primeiros:

---

55 No mesmo sentido de Nery Júnior e Nery (cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1996).

56 Cf. *Ibidem*, p. 1996.

57 É de se reconhecer que a concretude deste dispositivo nem sempre é satisfatória. Vide, por exemplo, o Regimento Interno do STF que prevê, no artigo 134, que “se algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente”.

58 Embora eu particularmente entenda que este tipo de pesquisa sempre possa contribuir, ainda que com pistas e indícios sobre problemas identificados nos Tribunais Superiores.

59 FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar Alberto; CHAVES, Vitor Pinto. *III Relatório Supremo em Números – O Supremo e o Tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

Agravo de Instrumento nº 132755, com mais de 20 anos; Recurso em Mandado de Segurança nº 21053 com mais de 19 anos; Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1229, com mais de 15 anos; Recurso Extraordinário nº 215016, também com mais de 15 anos.

O mesmo trabalho mostra o tempo médio de duração das liminares, que podem ultrapassar seis anos, com inúmeros exemplos, sobretudo no caso de controle concentrado de constitucionalidade, de liminares que estão vigendo há mais de 20 anos: Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 144, 145, 351 e 310<sup>60</sup>.

Em matéria publicada pelo Jornal Folha de S. Paulo, em junho de 2015, na qual se repercutia o mesmo relatório acima mencionado, os Ministros justificavam estes dados ora na complexidade dos casos, ora na sobrecarga de trabalho. Na matéria ficam evidenciados alguns pontos que favorecem a tese do ativismo no *não decidir*. O Ministro Luiz Fux, que retém ação cujo objeto é a constitucionalidade de lei estadual responsável por atribuir benefícios aos magistrados cariocas (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4393), afirmou à reportagem que tal ação depende de aprovação pelo Plenário de projeto de lei para substituir a atual lei orgânica da magistratura – neste contexto, o voto já proferido indicava a inconstitucionalidade da lei estadual, pois trataria de matéria reservada à lei complementar nacional<sup>61</sup>. Nota-se um motivo absolutamente exógeno como justificativa. Por outro lado, muitas ações com um marcante *não decidir* estão envoltas em discussões econômicas de grande relevo. Não nesta matéria, mas acima, mencionei as ações relacionadas aos planos econômicos, nesta, por sua vez, menciona-se a ação movida em face da chamada Lei Kandir e a disciplina dos créditos de

60 Definitivamente o simples exame quantitativo, restrito à análise de números não é suficiente para indicar se uma conduta do Tribunal é ou não ativista. Somente poder-se-ia efetivamente assegurar a partir de uma análise profunda e contextual destas decisões, o que não farei aqui em razão dos limites do trabalho. Entretanto, é inegável que tais marcos temporais de vista e de não julgamento de mérito, são indícios bastante significativos de uma conduta ativista no Supremo Tribunal Federal, em especial no caso do pedido de vista, em que há claro descumprimento de regra regimental (Regimento Interno) e mesmo legal (Código de Processo Civil).

61 VASCONCELOS, Frederico. *No STF só 20% dos pedidos de vista são devolvidos no prazo*. Jornal Folha de S. Paulo, São Paulo, 08 jun. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/06/1638875-no-stf-so-20-dos-pedidos-de-vista-sao-devolvidos-no-prazo.shtml>>. Acesso em: 25 de jun. 2017.

ICMS, cujo julgamento encontra-se suspenso, embora a liminar tenha sido deferida (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2325, ajuizada no ano de 2000).

## 6. Então o que é possível fazer?

Eis a questão elementar e também mais complexa do trabalho. Neste momento já será possível atestar que o *não decidir* pode, sim, configurar o *ativismo judicial*. Entretanto, a solução não é simples, pois o *não decidir* navega entre mares de pouca ou nenhuma regulação, cujos mecanismos de coerção são praticamente inexistentes.

Streck é um crítico contumaz às reformas estruturais quando elaboradas para responder problema eminentemente hermenêutico<sup>62</sup>. Entende que a solução, em grande medida, traduz-se no “constrangimento epistemológico” – a crítica doutrinária como caminho à correção de rotas de Tribunais e juízes, em contraposição à doutrina servil e subserviente<sup>63</sup>. Fico no caminho do meio. Penso que certos mecanismos processuais poderiam ser aperfeiçoados, no sentido de impor alguma racionalidade ao *não decidir*. Falo aqui, por exemplo, na imposição de cumprimento de prazos em caso de pedidos de vista, com a inclusão automática do processo em pauta; mecanismos de travamento de pauta enquanto não solucionados casos mais antigos; criação de instrumentos processuais que possibilitem às partes atacar o *não decidir*; aplicação de sanções disciplinares (em casos extremos); exigência de motivação específica para o descumprimento de regras como aquelas aqui tratadas. Vejo boas iniciativas no recém-editado Código de Processo Civil, mas ainda insuficientes para alcançar resultados mais efetivos no combate ao *não decidir* ativista.

Atacar e escancarar os abusos, por outro lado, faz parte da tarefa da doutrina de mostrar a “face oculta do ativismo”. Porém, importante avançar um pouco mais no último dos pontos colocados, a

62 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 305.

63 Cf. *Idem*. *Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência*. Consultor Jurídico, São Paulo, 17 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>>. Acesso em: 25 de jun. 2017.



**motivação**, pois acredito estar nela uma das grandes ferramentas para combater o *não decidir* pernicioso. Este dever, ainda que implicitamente pudesse ser extraído da Constituição Federal, foi expressamente consagrado pelo constituinte, no artigo 93, inciso IX. “Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que (...) constitui-se em um direito fundamental”<sup>64</sup>. A motivação é um importante instrumento para mitigar a discricionariedade, se também for aplicada a casos de *não decidir*, permite o enfrentamento adequado do ativismo e o constrangimento doutrinário. Um pedido de vista deve ser devida e claramente motivado, o mesmo valendo para conclusões demasiadamente longas, não colocação de processos em pauta, etc. Deve-se, por certo, afastar-se justificativas genéricas, sem vínculo efetivo com a dinâmica processual daquela demanda – só assim será possível controlar a decisão e a não decisão.

## 7. Conclusão

Para os leitores atentos, neste momento, terá ficado clara a intenção deste trabalho e sobretudo a resposta à questão apresentada ainda na introdução. O *não decidir* pode ser caracterizado como uma faceta do *ativismo judicial*, se tomados forem os conceitos apresentados como base. Pressupõe-se, portanto, uma invasão em esferas de outros poderes quando o juiz deixa de decidir e omite, por de trás daquele não fazer, intuítos dissimulados, que podem estar a encobrir sua vontade própria, questões de ordem política, econômica, ou quaisquer outros elementos exógenos, não refletidos pelo programa normativo. Neste ponto, o papel que assumi para a discricionariedade dentro da Teoria da Decisão Judicial é igualmente um fator determinante na categorização do fenômeno como ativismo. Por fim, a definição de um *não decidir* como ativista demandará, no mais das vezes, o exame efetivo de cada caso concreto, para só então se afirmar se o juiz ou o tribunal extrapolaram os respectivos espaços constitucionais de competência.

---

64 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 320-321.

Se não trouxe soluções categóricas, procurei propor o debate de um tema já bastante abordado pela doutrina, em viés um tanto quanto diferenciado, mas consciente dos limites impostos a uma reflexão deste gênero – um mero artigo acadêmico. Prometi, ainda na introdução, adjetivar o fenômeno ao final; seria ainda preciso?

## **Bibliografia**

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. A tendência passivista do Supremo. *In*: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Org.). *O Supremo em 2015*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar Alberto; CHAVES, Vitor Pinto. *III Relatório Supremo em Números – O Supremo e o Tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *O Federalista*. 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *O Novo Paradigma do Direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Teoria Estruturante do Direito*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson; ABBOUD; Georges. Ativismo Judicial como Conceito Natimorto para Consolidação do Estado Democrático de Direito: As razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. *In*: DIDIER JR., Fredie *et. al.* (org.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Geocarlos Augusto Cavalcante da. *Democracia e Ativismo Judicial*. In: Revista dos Tribunais OnLine - Revista de Direito Privado. São Paulo: nº 46, abr-jun-2011. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br>>. Acesso em: 08 de junho de 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Ministro equivocou-se ao definir presunção da inocência*. Consultor Jurídico, São Paulo, 17 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>>. Acesso em: 25 de jun. 2017.

VASCONCELOS, Frederico. *No STF só 20% dos pedidos de vista são devolvidos no prazo*. Jornal Folha de S. Paulo, São Paulo, 08 jun. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/06/1638875-no-stf-so-20-dos-pedidos-de-vista-sao-devolvidos-no-prazo.shtml>>. Acesso em: 25 de jun. 2017.



editoração e impressão

**imprensaoficial**

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Norma Kyriakos



PGE - SP

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

Centro de Estudos