

ISSN 2675-8083

Revista da

ADVOCACIA DO PODER LEGISLATIVO

VOLUME 2 - 2021

ANPAL

Associação Nacional dos Procuradores e Advogados do Poder Legislativo



REVISTA DA ADVOCACIA DO PODER LEGISLATIVO

Uma iniciativa da Associação Nacional dos Procuradores e Advogados do
Poder Legislativo - ANPAL

v.2 - janeiro/dezembro 2021

Brasília

ISSN 2675-8083

R. Advocacia Poder Legislativo	Brasília	v.2	p.1-221	jan/dez. 2021
---------------------------------------	-----------------	------------	----------------	----------------------

Iniciativa: Associação Nacional dos Procuradores e Advogados - ANPAL
Coordenador: Gabriel Ricardo Jardim Caixeta
Comissão Editorial: Alexandre Issa Kimura, Antonio Silvio Magalhães Junior,
Grhegory Paiva Pires Moreira Maia, Ruth Barros Pettersen da Costa
e Marco Antonio Hatem Beneton
Capa e Diagramação: Breno Moreira Zanetti
Revisora de Texto: Cláudia Leandro Rabelo

Revista da Advocacia do Poder Legislativo
SHCS - Setor de Habitações Coletivas Sul CR - Comércio Residencial, Quadra 502, Bloco C,
Loja 37, Parte 1051, Asa Sul – Brasília – DF
CEP 70.330-530
Telefone: (62) 98188-4446
e-mail: revista.anpal@gmail.com

Ficha catalográfica elaborada pela Associação Nacional dos Procuradores e Advogados -
ANPAL

Revista da Advocacia do Poder Legislativo / Associação Nacional dos Procuradores
e Advogados do Poder Legislativo – vol. 2, (2021) – Brasília: ANPAL, 2021-

Anual

ISSN 2675-8083

1. Direito – Periódicos. I. Associação Nacional dos Procuradores e Advogados do
Poder Legislativo (ANPAL).

As informações e opiniões veiculados nos artigos que integram a revista são
de inteira responsabilidade de seus autores, não refletindo necessariamente o
posicionamento da Associação Nacional dos Procuradores e Advogados do
Poder Legislativo – ANPAL

GESTÃO NO BIÊNIO DE 2021/2022 – ANPAL

DIRETORIA

Presidente: Gabriel Ricardo Jardim Caixeta, da ALEGO

1º Vice-Presidente: Ricardo Benetti Fernandes Moça, da ALES

2º Vice-Presidente: Eugênio Carlos Santos Fonseca, da ALAP

Secretário: Silvio Pessoa de Carvalho Júnior, da ALEPE

Tesoureiro: Fábio Estevão Marchetti, da ALEGO

Diretora de Intercâmbio e Comunicação: Edina Rangel Lourenço, da ALES

Diretor de Prerrogativas: Carlos Roberto de Alckmin Dutra, da ALESP

Diretor de Assuntos Institucionais: Fernando Baptista Bolzoni, da ALRS

Diretora do Centro de Estudos: Gabrielle Tatith Pereira, do Senado Federal

Diretor Regional Norte: Gerson Diogo da Silva Viana, da ALEAM

Diretor Regional Nordeste: Milton Correia Filho, da ALBA

Diretor Regional Centro-Oeste: Gustavo Roberto Carminatti Coelho, da ALMT

Diretora Regional Sudeste: Michelle Sabrina Vieira Hiderik, da ALMG

Diretor Regional Sul: Marco Antônio Karam Silveira, da ALRS

CONSELHO FISCAL (MEMBROS TITULARES)

Celso Ceccatto, da ALRO

Sidraque Monteiro Anacleto, da CLDF

Ruth Barros Pettersen da Costa, da ALEGO

CONSELHO FISCAL (MEMBROS SUPLENTES)

Antonio Mendes de Barros, da ALEAL

Sergio Mateus, da ALRR

Walmir Rosa de Souza, da ALECE



SUMÁRIO

Apresentação do Presidente da Anpal Gabriel Ricardo Jardim Caixeta.....9

ARTIGOS DE AUTORES CONVIDADOS

A LEGITIMIDADE DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA DEMOCRACIA ELEITORAL-REPRESENTATIVA: a última palavra em movimento

THE LEGITIMACY OF CONSTITUTIONAL COURTS IN ELECTORAL-REPRESENTATIVE DEMOCRACY: the last word in motion

Marcelo Doval Mendes.....11

BOTS, FAKE NEWS, FAKE FACES, DEEPPAKES E SUA EVENTUAL INFLUÊNCIA NO PROCESSO ELEITORAL DEMOCRÁTICO

BOTS, FAKE NEWS, FAKE FACES, DEEPPAKES AND THEIR POTENTIAL INFLUENCE IN DEMOCRATIC ELECTION PROCESSES

Fabiano Fernando da Silva e Jefferson Aparecido Dias.....27

O TRATAMENTO JURÍDICO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DA IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL E DO DISCURSO DE ÓDIO

THE LEGAL TREATMENT OF FREEDOM OF SPEECH, MATERIAL PARLIAMENTARY IMMUNITY AND HATE SPEECH

Regiani Dias Meira Marcondes55

ARTIGOS

DA VINCULAÇÃO LEGAL DAS MANIFESTAÇÕES DO CIDADÃO ÀS INDICAÇÕES E AO REQUERIMENTO DE ACESSO À INFORMAÇÃO NO PODER LEGISLATIVO

LINKING CITIZENS COMPLAINTS TO OVERSIGHT TOOLS AND REQUEST TO ACCESS TO INFORMATION FROM LEGISLATIVE BRANCH

Douglas Stravos Diniz Moreno.....83

O PODER LEGISLATIVO FACE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS

THE LEGISLATIVE BRANCH IN REGARD TO JUDICIAL PRECEDENT

Grhegory Paiva Pires Moreira Maia e Lucas Waldow Menezes.....105

ALGUMAS NOTAS SOBRE A PÓS-PRODUÇÃO LEGISLATIVA E SUA ANÁLISE PELO PODER EXECUTIVO ANTES DA DECISÃO DE SANÇÃO OU VETO (E SEU ABUSO): uma fronteira da teoria federalista ainda desconhecida

SOME NOTES ON LEGISLATIVE POST-PRODUCTION AND ITS ANALYSIS BY THE EXECUTIVE BRANCH BEFORE THE SANCTION OR VETO DECISION (AND ITS ABUSE): a frontier of federalist theory yet unknown

Marco Antonio Hatem Beneton.....133

DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO E QUALIDADE DA DELIBERAÇÃO LEGISLATIVA

DUE LEGISLATIVE PROCESS AND QUALITY OF LEGISLATIVE DELIBERATION

Roberta Simões Nascimento.....159

COMUNICAÇÃO SOCIAL INSTITUCIONAL E CAMPANHA ELEITORAL: o exercício da função legislativa por parlamentar candidato e igualdade no processo eleitoral

INSTITUTIONAL MEDIA AND ELECTORAL CAMPAIGN: the exercise of the legislative function by a parliamentary candidate and the equality in the electoral process

Gabrielle Tatith Pereira.....189

APRESENTAÇÃO

A publicação do segundo volume da Revista da Advocacia do Poder Legislativo consolida o projeto editorial da ANPAL. Como se sabe, a ANPAL é a associação representativa dos Advogados e Procuradores das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa do Distrito Federal e do Senado Federal.

Esse projeto lhe permite trazer a lume o pensamento jurídico de seus associados sobre os mais diversos assuntos que interessam à atividade parlamentar. Mas não só isso. Dada a abertura para a publicação de trabalhos de estudiosos que não lhe sejam formalmente ligados, serve também de canal de interlocução com a academia e com os demais profissionais da área jurídica e de outros ramos do conhecimento.

A revista representa, assim, um importante espaço de intercâmbio de ideias, as quais contribuirão para o aperfeiçoamento das atividades concatenadas ao exercício da advocacia afeta ao Poder Legislativo.

A produção de toda obra demanda esforço, paciência e boa vontade de todos os que nela se veem envolvidos. Com a presente edição não foi diferente. No entanto, o resultado do trabalho exigido foi recompensador, dada a alta qualidade dos artigos que a compõem, o que poderá ser facilmente comprovado pelos apreciadores de bons textos. Boa leitura!

Gabriel Ricardo Jardim Caixeta

Presidente da Associação Nacional dos Procuradores
e Advogados do Poder Legislativo - ANPAL



A LEGITIMIDADE DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA DEMOCRACIA ELEITORAL-REPRESENTATIVA: A última palavra em movimento

Marcelo Doval Mendes

Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP.
Professor Titular da Universidade Ibirapuera. Advogado
marcelodovalmendes@gmail.com

Sumário: 1 – Introdução. 2 – O poder de julgar nos caminhos da separação de poderes. 3 – A Corte e o povo. 4 – Conclusão. 5 – Referências.

Resumo: O objetivo deste artigo é discutir alguns aspectos da função (aparentemente) conflituosa do juiz constitucional na democracia eleitoral-representativa, a qual trilha um caminho específico: como o poder de julgar – inicialmente neutro, na formulação de Montesquieu sobre a separação de poderes – alcança o status de Poder ao lado do Poder Legislativo e do Poder Executivo; como se desenvolve um poder específico de julgar tendo como parâmetro a Constituição e, por fim, como o juiz constitucional se relaciona com o povo no ambiente democrático. Sem a pretensão de construir uma conclusão limitada, ao final busca-se mobilizar alguns dos elementos que permitem divisar a legitimidade democrática nas Cortes Constitucionais.

Palavras-chave: Cortes constitucionais. Democracia. Legitimidade.

THE CONSTITUTIONAL COURT'S LEGITIMACY IN ELECTORAL-REPRESENTATIVE DEMOCRACIES: the last moving word

Abstract: This paper aims to discuss some aspects of the conflicting role of the constitutional judge in electoral-representative democracies, following a specific path: how the competence to judge – initially neutral, in Montesquieu's formulation of the separation of powers – achieves the status of Power alongside the Legislative and the Executive branches; how a specific power to judge develops considering the normative force of the Constitution and, finally, how the constitutional judge relates to the people in a democratic environment. Without intending to build a closed conclusion, in the end, the paper seeks to mobilize some of the elements that allow us to discern democratic legitimacy in the Constitutional Courts.

Keywords: Constitutional Courts. Democracy. Legitimacy.

1 – Introdução

A instituição da separação de poderes, nas Constituições dos regimes democráticos, não é suficiente em si para suplantar conflitos entre os poderes (FERRAZ, 1994), obrigando os ordenamentos a lidar com possíveis sobreposições. Identificar as causas próximas de tais primazias pode contribuir para o desenvolvimento de controles adequados de forma realista, aceitando a evolução do Estado em vez de tentar limitá-lo.

Deve, então, a separação de poderes ser relida, dinamicamente, como meio de instrumentalizar a democracia – considerada em uma construção temporal –, e não apenas, estaticamente, para controlar o poder (que tende a se prolongar até encontrar limites).

Assim, a discussão da separação de poderes nas democracias contemporâneas e, mais especificamente, da legitimidade dos poderes constituídos não pode se furtar à análise do papel dos juízes e das Cortes Constitucionais¹.

¹ Muito embora as reflexões estejam focadas especialmente nas Cortes Constitucionais de inspiração kelseniana, que não integram o Poder Judiciário em sentido estrito, elas podem ser estendidas também para os órgãos de cúpula do Poder Judiciário que exercem o controle de constitucionalidade das leis.

Nessa senda, parte importante do debate travado sobre as justificativas e os desenhos do controle de constitucionalidade se volta para a legitimidade dos atores habilitados – especialmente Cortes e Parlamentos – para decidir as questões políticas sensíveis no âmbito da interpretação da Constituição (BRASIL, 1988). Comumente, esse embate é travado na perspectiva do *mais legítimo* e, portanto, deve deter a última palavra.

Nesse ensaio, porém, o objetivo não é, propriamente, discutir por qual razão a Corte ou o Parlamento seriam *mais legítimos* para dar a última palavra sobre questões constitucionais sensíveis. Se fosse essa a questão posta, simples, rasa e direta, a resposta seria o Parlamento. Isso se dá porque ainda parecem suficientemente fortes os argumentos de legitimidade democrática em favor da representação eleitoral, da regra da maioria e de uma interpretação das questões constitucionais no âmbito de um debate público que não desconfie permanentemente dos escolhidos pelo povo nas urnas.

Essa posição, no entanto, não ignora os bons argumentos inclinados para a atribuição da última palavra a juízes ou Cortes Constitucionais (como a proteção de direitos fundamentais, a proteção das minorias, a supremacia do Estado de Direito), mas parece realmente difícil combater o *trunfo* da democracia, sobretudo considerando uma razão que diz respeito não apenas à teoria normativa, mas à realidade política atual: não é apenas a regra da maioria – encarada, pura e simplesmente, sob uma perspectiva procedimental –, que define um regime democrático, de modo que não se pode negar uma noção substantiva à democracia produzida também pelo Parlamento.

No entanto – e também considerando o importante papel desempenhado por juízes e Cortes Constitucionais, tanto na teoria normativa quanto na realidade democrática –, não parece suficiente a *carta democrática* para alijar os tribunais da interpretação da Constituição (BRASIL, 1988). Como participantes ativos do jogo democrático, devem ter uma posição relevante, que seja tanto adequada quanto respeitada.

Dentro desse contexto, a pergunta que impulsiona o presente ensaio poderia ser resumida na seguinte formulação: o que viabiliza decisões de Cortes sobre questões constitucionais sensíveis de maneira estável? A hipótese ora aventada é que tal estabilidade decisória depende de uma legitimidade das Cor-

tes que considere os aspectos que as aproximam dos Parlamentos (e não os que os afastam) e que pode ser decomposta na arquitetura constitucional da separação de poderes e na participação do povo nas decisões.

Para tentar confirmá-la, neste item 1, introdutório, apresenta-se a justificativa e o recorte do tema bem como, brevemente, o caminho a ser trilhado para alcançar o objetivo. No item 2, far-se-á uma abordagem histórica da separação de poderes, em geral, e do poder de julgar, em particular, iniciando pela formulação teórica de Montesquieu, com base na observação da Constituição da Inglaterra, passando pelo modelo arquitetado na Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, e pelos impactos na relação entre os poderes pós-Estado Social, para, então, observar, especificamente, a evolução da função de juízes e Cortes.

No item 3, partindo da participação ativa dos juízes e das Cortes, como agentes políticos, na definição dos contornos da ordem constitucional, buscar-se-á analisar a compatibilidade entre a função dos juízes e a participação do povo na escolha de representantes e na tomada de decisões, como elemento central da democracia, bem como a existência de outros elementos democráticos na estrutura dos órgãos jurisdicionais. E, assim, no item 4, conclui-se que, embora não eleitorais, os elementos democráticos das Cortes, como, por exemplo, sua função reflexiva junto à sociedade, de modo que sua atuação no sistema político não destoia de sua função essencial e tampouco da democracia.

Por fim, a perspectiva foca em alguns dos argumentos de teoria normativa, buscando conectar algumas das abordagens, razão pela qual se utilizou como método a pesquisa bibliográfica, sem prejuízo de ressaltar, desde já, que parece possível desenvolver potenciais trabalhos empíricos, buscando isolar as *legitimadoras parciais* em variáveis e comparar a estabilidade de diferentes Cortes em matéria de controle de constitucionalidade.

2 – O poder de julgar nos caminhos da separação de poderes

A separação de poderes não é, propriamente, uma divisão científica e tampouco estanque. Por não haver diferenças substanciais entre as funções do Estado, a investidura de uma função implica exercê-la em caráter principal, mas concomitantemente com as demais, ou seja, a separação de poderes não é um fim em si, mas uma *receita política*, cujo objeto é impor limitações ao poder

para garantir a liberdade (FERRAZ, 1994). E o poder de julgar é um dos poderes do Estado que deve ser levado em conta nessa equação, ocupando lugar nesse arranjo institucional.

Na formulação de Montesquieu, o poder de julgar era neutro em si, basicamente – por não ser uma das forças políticas e sociais em ação –, garantindo-se tal neutralidade pelo modo de formação dos tribunais e pelo modo de decisão dos juízes (MONTESQUIEU, 1996). Assim, as três forças políticas e sociais (monarca, nobreza e povo) exercem seus poderes controlando-se reciprocamente, com destaque para o papel da nobreza como poder *intermediário*, que evita não apenas o despotismo do monarca, mas também a tirania da maioria (povo).

Aqui, pois, dois aspectos da formulação original da separação de poderes de Montesquieu merecem destaque: (i) a inexistência de supremacia entre os poderes Legislativo, Executivo e de julgar (a configuração da relação entre os poderes deve promover o equilíbrio recíproco mais que, propriamente, uma separação estrita) (KELSEN, 2007) e (ii) a neutralidade do poder de julgar. O primeiro importa porque a doutrina clássica da separação de poderes implantada pelo constitucionalismo moderno sofreu influência da doutrina liberal e do princípio da legalidade, deixando de privilegiar o completo equilíbrio entre os poderes: por ser o Poder Legislativo o único representativo da burguesia ascendente cuja liberdade se desejava proteger, foi-lhe conferida supremacia em relação aos demais (LOCKE, 1998). Assim, já de início, a doutrina clássica da separação de poderes instaurou-se com a supremacia de um dos poderes sobre os demais no arranjo da relação entre os poderes.

Nessa quadra, a evolução da separação dos poderes não retomou o equilíbrio preconizado por Montesquieu, mas substituiu o poder preponderante. No primeiro movimento, ainda no contexto liberal do século XVIII, a Constituição Americana de 1787 (EUA, 1788), ao atribuir a um Presidente eleito pelo povo a Chefia de Estado, a Chefia de Governo bem como a condução das relações exteriores e das Forças Armadas, conferiu primazia ao Poder Executivo em substituição ao Legislativo (FERREIRA FILHO, 2012b).

Há ainda, porém, um segundo movimento de preponderância do Poder Executivo que ultrapassa as fronteiras dos Estados Unidos para chegar até a Europa parlamentarista. As características do Poder Legislativo aliadas à expansão

do sufrágio e ao advento do Estado Social levaram a uma readequação da separação dos poderes, com realocação das forças político-sociais. O Poder Executivo, então, absorveu o campo de deliberação antes destinado ao Parlamento, o que lhe conferiu predomínio no exercício das funções estatais, a despeito dos mecanismos de proteção como a indelegabilidade (FERREIRA FILHO, 2012a): os métodos de trabalho do Parlamento não eram mais suficientes para dar conta das novas funções estatais, levando à sua paralisação (FERREIRA FILHO, 2012a).²

Nessa toada, a paralisia dos Parlamentos implicou a transferência de Poder ao Executivo³ que, além de mais apto a realizar tarefas em que se exigia poder de decisão e rapidez, passou a ser também nos regimes pluralistas do Século XX um poder democrático. Não é mais o Parlamento que descobre, via razão, a vontade geral, mas o Executivo-Governo (FERREIRA FILHO, 2009) que, via maioria vencedora da disputa político-eleitoral, canaliza as expectativas sociais. A estrutura do Executivo passava a se apresentar como mais adequada para o desempenho das novas funções.

Consequentemente, o segundo aspecto mencionado acima como importante para a abordagem ora proposta refere-se à superação do perfil neutro do poder de julgar, ou seja, depois de verificar como o equilíbrio entre os poderes da formulação original de Montesquieu foi vulnerado em benefício do Poder Executivo, cumpre perquirir quais condições levaram à expansão do poder de julgar. Também nesse ponto, pode-se identificar uma primeira readequação promovida pela específica leitura de Montesquieu na Constituição americana (EUA, 1788) e uma segunda adequação decorrente da crise da lei no Estado Social.

Nos Estados Unidos, o federalismo e a *common Law* levaram ao surgimento de um específico poder de julgar: o poder de julgar com base na Constituição (EUA, 1788). Modifica-se, pois, a forma de separar os poderes, mas se continua atendendo aos mesmos objetivos liberais. Nessa linha é que o *Chief Justice* John Marshall atribui ao Poder Judiciário o papel de defensor das garantias constitucionais, ao ponderar no julgamento do célebre caso *Marbury v. Madison* que cabe ao poder judicial dizer o que é a lei ao interpretá-la e aplicá-la

² No mesmo sentido, Clémerson Merlin Clève (1993) e Monica Herman Salem Caggiano (2009).

³ Mauro Cappelletti (1984) cita como exemplo emblemático a Constituição francesa de 1958 que limitou a competência legislativa em determinados aspectos, cedendo o resto ao poder regulamentar e executivo.

aos litígios levados a sua apreciação. E, nesse mister, se a lei contrariar a Constituição (EUA, 1788), é dever de todo e qualquer juiz decidir o caso conforme a Constituição (EUA, 1788).

Paralelamente, ao se atribuir essa nova função estatal ao Poder Judiciário, cria-se uma superioridade dele em relação ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. A jurisdição constitucional, então, ao tempo em que impõe um controle aos Poderes Legislativo e Executivo, coloca em evidência o Poder Judiciário, na medida em que os limites às suas ações são apenas implícitos e dependem quase que exclusivamente da autocontenção.

Como o reconhecimento da supremacia da Constituição não conduz, automaticamente, ao responsável por sua defesa no arranjo institucional (ATRIA, 2003), pode-se denotar a natureza política da decisão de Marshall bem como a consequente atribuição de importante papel político ao Poder Judiciário até então neutro na doutrina clássica da separação de poderes.

Ao seu turno, as disputas teórica e política dão-se, pois, nesse momento da histórica constitucional, em relação à superioridade (ou não) do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo, incluindo, aí, a possibilidade de que a decisão de minorias não eleitas substitua a decisão de majorias eleitas. Na Europa, no entanto, mesmo ante a necessidade crescente de conferir proteção efetiva à Constituição (UE, 2004) – e, mais adiante, de proteger os direitos fundamentais –, não se configurou um arranjo que atribuísse função política ao Poder Judiciário na mesma envergadura dos Estados Unidos.

Diante, pois, da ampliação dos problemas decorrentes da expansão da atuação estatal e das violações de direitos pelo Estado, a solução foi atribuir a um órgão separado e com características distintas – a Corte ou Tribunal Constitucional – uma específica função estatal, não propriamente a de julgar um caso, mas a de *julgar a lei*, com o papel de legislador negativo, ou seja, esse realinhamento da separação de poderes se deu por intermédio de uma repartição mais detalhada das funções estatais, na qual a função judicial deve se subordinar à função política (SHAPIRO; SWEET, 2002), pretendendo que ela não se esconda atrás da argumentação jurídica.

Tal desenho que atribuiu uma parcela da função legislativa (CRUZ VILLALÓN, 1987) à Corte Constitucional poderia ter sucesso se subsistisse o modelo de Estado Liberal com objetivos mais *modestos* de apenas criar condi-

ções para que os homens desenvolvessem suas particularidades ou, ao menos, se, no contexto do *Welfare State*, o Poder Executivo fosse capaz de atender às demandas de bem-estar econômico e social reclamadas pelo povo, entretanto, considerando que a expansão do Estado Social assentou-se “numa administração pública e num direito administrativo preocupado com os quadros jurídicos da administração de prestações (*Leistungsverwaltung*) comprometida com os cuidados existenciais do cidadão (*Daseinsvorsorge*)” (GOMES CANOTILHO, 2003, p. 353), o fracasso do Poder Executivo (tal qual o do Poder Legislativo) em se desvencilhar devidamente dos ônus de sua atuação levou à juridicização das demandas econômicas e sociais, transferindo para os detentores do *poder de julgar* parte dessa disputa política e um papel de destaque no desempenhos das funções estatais.

Assim, de um lado, as falências dos Poderes Legislativo e Executivo e, de outro, a subsistência de “serviços estatais, ao lado de serviços de interesse econômico geral, submetidos a regras vinculativas ou a regulações econômicas constitutivas do mercado de *redes infraestruturantes*”, pretendendo-se “garantir as dimensões inarredáveis da socialidade estatal (e comunitária)”, conferiram uma “função normativa estendida” (CAGGIANO, 2009, p. 35) ao Poder Judiciário e às Cortes Constitucionais.

Nesse contexto, as funções principais da lei (pacificação dos dissensos, harmonização das pretensões e garantia das expectativas) (COSTA NETO, 2013) são novamente redistribuídas no arranjo institucional da separação de poderes, colocando um novo órgão em destaque: aquele responsável pelo controle de constitucionalidade das leis e das ações estatais.

Assim como, no período que antecedeu a Primeira Guerra Mundial, “o Parlamento se tornou o terreno onde as massas procuravam conquistar as benesses que a economia lhes recusara” (FERREIRA FILHO, 2012a, p. 143), no período que sucedeu a Segunda Guerra, a jurisdição constitucional passou a ocupar parte importante do terreno dessa disputa até então eminentemente política, com papel de destaque atribuído aos órgãos responsáveis pela defesa jurisdicional da Constituição.

Trata-se, pois, de uma participação ativa dos juízes e das Cortes, como agentes políticos, na definição dos contornos da ordem constitucional e infraconstitucional, por intermédio de decisões que implicam um controle de consti-

tucionalidade positivo prescritivo de ações e de políticas (FERREIRA FILHO, 2008), mas essa posição ativista não é aceita de forma meramente passiva, como decorrência de uma evolução ou de uma circunstância natural, e a *carta democrática* continua a ser oposta contra juízes e Cortes Constitucionais.

3 – A Corte e o povo

Diante das premissas mencionadas acima, especialmente a centralidade do elemento democrático (no sentido de que as decisões devem guardar a maior proximidade possível do povo), a ideia é tentar imaginar as condições de um ponto de equilíbrio no qual Corte e Parlamento pudessem ser – se não igualmente legítimos –, ao menos, tão legítimos que a aceitação dos dois seja normal.

Evidentemente, não se trata de um ponto no qual a última palavra seja de ambos (porque seria uma contradição em termos, já que as decisões são tomadas em searas distintas). Tampouco se trata da pura defesa do diálogo institucional. A ideia – que não é nova e pode ser extraída com distintos enfoques da teoria normativa – é que há, de fato, uma *última palavra*, mas ela não pertence a este ou àquele órgão em virtude das suas características intrínsecas que o tornariam mais habilitado a sua guarda. A última palavra seria, na verdade, decorrência de um conjunto de condições de democracia substantiva, que são partilhadas entre Corte e Parlamento. Como tais condições se encontram mais bem expressadas ora no bojo do Parlamento, ora no âmbito da Corte, a última palavra pendularia entre ambos. A ideia, então, é que ninguém *detém* a última palavra; Corte e Parlamento apenas a *mantêm* de acordo com as condições presentes.

Evidentemente, assumindo-se que, no arranjo constitucional da separação de poderes, não é possível atribuir uma mesma competência a dois órgãos distintos, sob pena de insegurança jurídica e/ou paralisia decisória, essa ideia é afiliada a uma teoria judicial do controle de constitucionalidade (última palavra, no plano exclusivamente formal, à Corte), mas que, por estar centrada em elementos de legitimidade democrática, a deferência ocupa papel relevante, devendo a Corte sempre avaliar as condições de legitimidade democrática presentes no momento de tomada da decisão judicial sobre a questão constitucional.

Nesse contexto, é necessário refletir sobre algumas dessas condições de legitimidade democrática que permitam compreender a *última palavra* como

provisória, porém dotada de *certeza*. Como dito, a democracia não é mais simplesmente a regra da maioria, de modo que nem mesmo a democracia representativa pode ser encarada, restritivamente, apenas sob a perspectiva do princípio majoritário e de uma lógica procedimental. Há outras formas de legitimidade que podem *rivalizar* com as urnas em grau de igualdade, apresentando-se como solução em momentos de dúvida e crise constitucional.

Dentro dessa ótica, a primeira das condições que visa a proporcionar tal legitimidade deve ser, justamente, o desenho constitucional da separação de poderes, como meio de especificar, com clareza, as situações e as formas em que a Corte pode fazer o controle de constitucionalidade.

Assim, como órgãos na fronteira entre aplicação e criação do Direito, as Cortes Constitucionais não devem ser compreendidas na mesma estrutura do Judiciário comum, cuja atuação está lastreada na ideia de adjudicação de conflitos adversariais. Nessa rubrica, estariam insertas a conformação da Corte, sua composição, forma de acesso e permanência dos juízes constitucionais. Tanto do ponto de vista da teoria normativa quanto da experiência histórica, o fato de os juízes não serem eleitos diretamente não é, por si só, contrário à ideia de democracia. Além de haver outras fontes de legitimidade (inclusive popular, e que também é uma das condições para um exercício estável do controle de constitucionalidade, como será abordado na sequência), o próprio arranjo constitucional pode estabelecer regras de ventilação democrática, como formas mescladas de acesso e alternância nas cadeiras.

Esse aspecto da arquitetura constitucional se relaciona diretamente com a segunda condição acima mencionada como fator de legitimidade da Corte tendente a buscar estabilidade em uma teoria judicial do controle de constitucionalidade: a participação do povo nas decisões sobre a interpretação da Constituição (BRASIL, 1988).

Nesse ponto, a ideia-base é que, na democracia, o povo tem o direito de se autogovernar por seus próprios julgamentos e, portanto, essa condição deve estar consagrada na Constituição (BRASIL, 1988), mas, nas democracias contemporâneas, o direito ao autogoverno pode ser exercido de outras formas – e não, exclusivamente, o voto.

Assim é que, além da ventilação democrática antes mencionada, em pri-

meiro lugar, a Constituição (BRASIL, 1988) deve providenciar um conjunto de regras e diretrizes que garanta o exercício, pelos juízes constitucionais, de uma capacidade de reflexão e imparcialidade. Em segundo lugar, a própria Corte, com base nesses elementos, deve se esforçar para obter sua legitimidade e credibilidade pela demonstração da qualidade de suas decisões à sociedade (RO-SANVALLON, 2009). Essa legitimidade funcional decorrente do desempenho da Corte reduziria sua politização, fugindo da armadilha de que juízes não têm (ou não devem ter) convicções políticas e morais. Pela aplicação do argumento das capacidades institucionais, pode-se obter uma aproximação entre Corte e povo, avaliando capacidades interinstitucionais de decisão e intrainstitucionais de efetividade (ARGUELHES; LEAL, 2011).

De toda sorte, o objetivo não é simplesmente restringir a Corte, mas sim estimular sua autocontenção, com avaliações mais efetivas e cuidadosas – e que se iniciem sempre pela questão da legitimidade democrática – sobre a viabilidade e a conveniência de uma decisão que, por exemplo, retire uma lei do ordenamento por vício de inconstitucionalidade. Duas consequências complementares e virtuosas podem advir dessa formatação: incremento da qualidade da democracia e, paralelamente, acúmulo de capital político (tradicionalmente dos ramos eleitos) também pela Corte e que poderá ser utilizado, em momentos oportunos, com menores desconfianças quanto a tendências aristocráticas.

É importante salientar que a ligação entre Corte e povo que permita a participação deste nas decisões importantes sobre a Constituição também deve se revelar na capacidade da Corte de retomar os compromissos democráticos assumidos em momentos distintos. Nenhum dos agentes democráticos (eleitos ou não) possui credenciais para tomar decisões aleatórias. As Cortes, porém, não sujeitas ao escrutínio das urnas podem sedimentar uma *memória coletiva* do povo, em suas distintas encarnações e nos distintos tempos da política. Como na metáfora da *living tree* de Will Waluchow (2005) (ainda que no contexto argumentativo de certa flexibilidade do *Common Law*), as Cortes podem ser o elo entre o povo atual e o povo do compromisso constitucional, valendo-se da jurisprudência (que evolui, porém, gradualmente) para nem se manterem presas a grilhões do passado nem jogarem tudo ao alto a cada mudança.

4 – Conclusão

A ideia, então, é que, no reconhecimento e na estabilidade das Cortes como partícipes ativas da interpretação da Constituição, em especial do controle de constitucionalidade das leis do Parlamento, não se pode, de um lado, ignorar a *carta democrática* das eleições nem, de outro, buscar-se um credenciamento exclusivo por outros argumentos de valor ou por uma legitimidade democrática indireta apenas no acesso dos juízes constitucionais.

Frisa-se que os objetivos das democracias contemporâneas devem ser alcançados pela adoção de sujeitos e formas democráticas mais complexas – e as Cortes são uma delas. Isso, no entanto, não significa que elas possam suplantam os imprescindíveis elementos da democracia eleitoral-representativa, a qual ainda é a principal voz do povo eleitoral, maioria numérica do presente.

Devem, então, as Cortes não apenas existirem, mas também exercerem seu papel de interpretar a Constituição e controlar a conformidade da legislação, mas pautadas em uma teoria da deferência estimulada pelo desenho institucional e pelo reconhecimento da centralidade do Parlamento. Paralelamente, as Cortes devem buscar suas próprias credenciais de legitimidade, lastreadas no bom exercício de suas funções e na qualidade de duas decisões (o que inclui a deferência), de forma a acumular o capital político⁴ necessário para os momentos em que devam se sobrepôr ao Parlamento ou ao povo eleitoral.

Como observa Pierre Rosanvallon (2009), as Cortes Constitucionais possuem um papel de descentralização da democracia, sendo um elemento de ligação entre os diversos tipos de povo e as diversas temporalidades políticas. Nesse contexto, são terceiras partes reflexivas cuja principal função é a representação política e social; testam a existência do povo como princípio, assegurando que a soberania é mais do que apenas a maioria; evidenciam a mudança na relação entre Direito e Democracia decorrente de mudanças sociológicas; estabelecem permanente confronto entre várias manifestações do povo; criam condições de

⁴ Sintomática – e oportuna –, nessa linha, a posse da Ministra Cármen Lúcia como Presidente do Supremo Tribunal Federal brasileiro, no dia 12 de setembro de 2016. Além de ter despertado mais interesse que a posse do Presidente da Câmara dos Deputados (que a precede na sucessão da Presidência da República), há menos de dois meses, o discurso de posse foi dirigido para o cidadão comum (como a maior autoridade), focado em ações a ele destinadas e buscando atender aos seus anseios.

convivência por meio dos julgamentos via deliberação. Enfim, podem ser, pois, encaradas como uma forma de representação da ordem moral ou funcional estruturalmente diferente das eleições (ROSANVALLON, 2009).

Nesse contexto, as Cortes não devem ser encaradas como *meramente compatíveis* com a democracia, *podendo*, por isso, ser mantidas. Antes, as Cortes devem ser compreendidas como *necessárias* à democracia, *devendo*, por isso, ser mantidas, em condições em que possam melhor desenvolver suas potencialidades, contribuindo para o bom funcionamento da democracia. Em alguma medida, a proposta pode ser *enxergar o copo meio cheio*, valorizando e estimulando as qualidades de legitimidade democrática que podem se aproximar do Parlamento, sem a pretensão, no entanto, de substituí-lo.

5 – Referências

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das capacidades institucionais entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, nº 38, p. 6-50, jan.-jun. 2011.

ATRIA, Fernando. El derecho y la contingencia de lo político. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 26, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988. Disponível em: <Constituicao-Compilado (planalto.gov.br)>. Acesso em: 18 jan. 2022.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. Processo legislativo, técnica legislativa e legística. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, CEJUR, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. FAVOREU, Louis et al. *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade legislativa do Poder Executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1993.

COSTA NETO, João. Humildade constitucional: o conceito que o STF ainda não descobriu na Constituição, e o retorno à legalidade. *Crítica Constitucional*, 2013. Disponível em <<http://www.criticaconstitucional.com/480/>>. Acesso em: 18 jan. 2022.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939). Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição dos Estados Unidos da América. 1788. Disponível em: <Constituição (tripod.com)>. Acesso em: 18 jan. 2022.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A legística e a filosofia da lei. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, CEJUR, 2009.

_____. Do processo legislativo. 7. ed. São Paulo, Saraiva; 2012a.

_____. O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente. *Revista do Advogado*, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, ano XXVIII, nº 99, p. 86-91, set. 2008.

_____. Princípios fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo, Saraiva, 2012b.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra, Almedina, 2003.

KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do estado federativo segundo a Nova Constituição Federal Austríaca de 1º de Outubro de 1920. Trad. Port. Alexandre Krug em: _____. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo, Martins Fontes; 2007.

LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo civil. Trad. Port. Julio Fischer. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O espírito das leis. Trad. Port. Cristina Murachco. São Paulo, Martins Fontes, 1996.

ROSANVALLON, Pierre. La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad. Trad. Esp. Heber Cardoso. Buenos Aires, Manatíal, 2009.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. On law, politics & judicialization. Oxford, Oxford University Press, 2002.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado Constitucional para União Europeia. 2004. Disponível em: <Constituição Europeia – Wikipédia, a enciclopédia livre (wikipedia.org)>. Acesso em: 18 jan. 2022.

WALUCHOW, Wil. Constitutions as living trees: an idiot responds. Canadian Journal of Law and Jurisprudence, 18, p. 1-58, 2005.

BOTS, FAKE NEWS, FAKE FACES, DEEPFAKES E SUA EVENTUAL INFLUÊNCIA NO PROCESSO ELEITORAL DEMOCRÁTICO¹

Jefferson Aparecido Dias

Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela *Universidad Pablo de Olavide*, Sevilha (Espanha). Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade de Marília, UNIMAR/SP, Brasil. Procurador da República do Ministério Público Federal em Marília/SP.
jeffersondias@unimar.br

Fabiano Fernando da Silva

Aluno Especial do Programa de Doutorado em Direito e Mestre em Direito pela Universidade de Marília, UNIMAR/SP, Brasil. Especialista em Direito e Processo Civil pelo Centro Universitário Cândido Rondon, UNIRONDON, Brasil. Especialista em Direito e Processo Penal pela AVM educacional - Faculdade Integrada e em Direito Administrativo e Administração Pública pela Universidade Federal de Mato Grosso, UFMT, Brasil.
Analista Judiciário e Assessor Técnico Jurídico do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. fabianofsilva28@gmail.com

¹ Apresenta-se um agradecimento especial à Dra. Heloisa Helou Doca, Professora da Universidade de Marília (UNIMAR/SP), que muito contribuiu para a elaboração da versão em inglês do presente artigo, que foi originalmente publicada na Revista Pensar, Qualis A1, vol. 26, nº 3 (2021). Disponível em: <<https://doi.org/10.5020/2317-2150.2021.11840>>. O presente artigo é uma versão, com pequenas alterações, da versão original, publicada em inglês.

Sumário: 1 – Introdução. 2 – *Social bots*: definição e aspectos gerais. 3 – *Fake news, fake faces e deepfakes*: generalidades. 4 – Biopoder, biopolítica e dromologia. 5 – *Bots* sociais a serviço das *fake news, fake faces e deepfakes* com vista a influenciar o processo eleitoral: um ataque à democracia. 6 – Desafios da legislação eleitoral no enfrentamento das *fake news* disseminadas por *bots*: a defesa do PL nº 413/2017. 7 – Conclusão. 8 – Referências.

Resumo: Este artigo pretende examinar, sob os influxos dos avanços tecnológicos, novas formas de *fake news*, as *fake faces* e as *deepfakes*, as quais têm sido disseminadas por *social bots*, dentre outras, com a finalidade de interferir no processo eleitoral. Utilizou-se a pesquisa bibliográfica e documental, consistente na coleta e na análise de informações extraídas de textos, livros e artigos, além de outros dados de caráter científico, a exemplo de relatórios, pesquisas, leis e projetos de leis. Para contrastar os dados coletados, utilizou-se como referencial teórico tanto o biopoder e a biopolítica, cuja abordagem está alicerçada nos estudos de Michel Foucault, quanto à dromologia, amparada nos estudos de Paul Virilio. Conclui-se, valendo-se do método dedutivo, que a disseminação massiva de notícias falsas (*fake news*) por robôs (*bots*), agora humanizados por meio de rostos falsos (*fake faces*) e pela divulgação de vídeos (*deepfakes*), tem o condão de influenciar e/ou modificar o resultado do pleito eleitoral por meio da manipulação da opinião pública na formação da sua intenção de voto, o que representa grave violação à democracia e, por isso, demanda urgente regulamentação jurídica e estratégias de combate.

Palavras-chave: Biopoder. Democracia. *Fake news. Fake faces. Deepfakes.*

BOTS, FAKE NEWS, FAKE FACES, DEEPFAKES AND THEIR POTENTIAL INFLUENCE IN DEMOCRATIC ELECTION PROCESS

Abstract: This article aims to examine, under the influence of technological advances, new forms of fake news, such as fake faces and deepfakes. Those have been disseminated by social bots, among others, with the purpose of in-

terfering in the electoral process. The methodology used was bibliographic and documentary research, consistent in the collection and analysis of information extracted from texts, books and articles, in addition to other scientific data, such as reports, research, laws and bills. To contrast the collected data, both biopower and biopolitics were used as a theoretical framework, this approach is based on the studies of Michel Foucault and on Paul Virilio's dromology studies. It is concluded, using the deductive method, that the massive dissemination of fake news by internet bots, now humanized through false faces (fake faces) and the dissemination of videos (deepfakes), has the ability to influence and/or modify the result of an election by manipulating public opinion, based on their vote's intention, which represents a serious violation of democracy and, therefore, demands urgent legal regulation and strategies to combat it.

Keywords: Biopower. Democracy. Fake news. Fake faces. Deepfakes.

1 – Introdução

A *internet* e as redes sociais representam importante avanço no âmbito das relações sociais, na medida em que permitem a interface entre pessoas ou grupos de pessoas, sem limitação geográfica, aumentando a velocidade na divulgação das informações. Côncios desse importante fenômeno, no âmbito eleitoral, foco da presente pesquisa, atores políticos têm feito uso corriqueiro das redes sociais para externar manifestações políticas, expor plataforma ou projetos políticos, realizar interação com seus eleitores, divulgar suas pretensões e externar críticas a seus adversários.

Assim, as redes sociais transformaram-se em fortes aliadas da democracia, porém, nos últimos anos, surgiu, mundialmente, uma nova forma de influenciar o resultado do processo eleitoral democrático: a disseminação de *fake news*. Desde 2014, o poder nefasto das fake news foi amplificado pela utilização de robôs – *social bots* – os quais, agora, utilizam-se de *fake faces* (rostos falsos) (ROMANI, 2020) e *deepfakes* (vídeos alterados com sobreposição do rosto de alguém que se queira prejudicar) (WESTERLUND, 2019).

Exsurge de três justificativas a importância da temática ora investigada: (i) no cenário nacional, o uso de robôs para disseminar notícias falsas tem sido

apurado por meio da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) das *fake news*, assim como é objeto de dois projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional; (ii) as eleições para Presidente da República em 2022 por certo irá causar maior atuação dos bots nas redes sociais; (iii) o isolamento social, causado pela decretação de situação de calamidade pública na saúde, por conta da pandemia da COVID-19, tem provocado o aumento de usuários ativos nas redes sociais, majorando, assim, o nível de interações, inclusive de *bots*. Por tais motivos, mostra-se imprescindível uma análise acerca da utilização de *bots* para disseminação de *fake news* em formas mais modernas.

Com o objetivo de investigar essa problemática jurídica, o trabalho divide-se em cinco partes. A primeira e a segunda partes serão devotadas a contextualizar o leitor, sobretudo os que não possuem familiaridade com a temática. Nesse sentido, a primeira parte dedicar-se-á ao exame dos *bots*, apresentando origem, significado, funções e definição; a segunda, por seu turno, será dedicada ao exame de *fake news*, *fake faces* e *deepfakes* com o mesmo objetivo da parte inicial. A terceira parte será destinada a apresentar o referencial teórico: o biopoder e a biopolítica, com abordagem alicerçada nos estudos de Michel Foucault e a dromologia, amparada nos estudos de Paul Virilio, que expõe a velocidade tecnológica como forma de poder. A quarta parte avançará no estudo de *fake news*, *fake faces* e *deepfakes* propagadas por *bots* no contexto do processo eleitoral, analisando dados, relatórios e outros documentos científicos. Na derradeira parte, o artigo aprofundar-se-á na análise dos desafios da Justiça Eleitoral no enfrentamento dessa problemática jurídica e o fará por meio da análise da legislação vigente, regulamentação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e do exame das discussões parlamentares ao seu entorno, inclusive projetos de leis que objetivam positivar essa realidade social.

Com espreque no método dedutivo, o artigo analisará, como problema, a atuação de robôs na divulgação de *fake news*, *fake faces* e *deepfakes* nas redes sociais com a finalidade de interferir no processo eleitoral manipulando o eleitorado, assim como investigará o meio pelo qual a Justiça Eleitoral, atualmente, enfrenta esse problema e se ele é suficiente, sugerindo-se ao final, se possível, meios alternativos de combater o uso de *bots* nas redes virtuais para manipular o processo eleitoral democrático.

2 – *Social bots*: definição e aspectos gerais

O homem tem fascínio pelo ideário da inteligência artificial, do androide, do homem biônico há tempos e demonstra isso na literatura e no cinema, mas o persegue também na vida real, por meio da ciência. Tem-se registro de que, na década de 60, Joseph Weizenbaum, professor do Instituto de Tecnologia de Massachusetts, desenvolveu um programa de computador nominado de Eliza, com o qual as pessoas podiam se comunicar por meio de linguagem, entretanto os primeiros programas eram limitados e funcionavam na forma de chat, daí porque eram nominados *chatbots* (CRUZ et al., 2018). Eram simples porque se utilizavam de “recursos de processamento de linguagem natural menos rebuscados e não se integravam com outros sistemas e programas. Portanto, a capacidade de prover respostas adequadas face às situações que lhes eram apresentadas era limitada” (CRUZ et al., 2018, p. 47).

Então o tempo e a evolução tecnológica foram fatores preponderantes para a melhoria desses programas, porque, atualmente, “esses *chatbots* utilizam recursos de inteligência artificial sofisticados e se integram facilmente com sistemas legados e aplicativos” o que lhes proporcionou maior “capacidade de fornecer respostas às questões que lhes são apresentadas”, sendo agora conhecidos como assistentes virtuais (CRUZ et al., 2018, p. 58-67).

Com o aperfeiçoamento da tecnologia e o surgimento das redes sociais, evoluiu-se de assistentes virtuais de simples interação para *social bots* altamente inteligentes capazes de, por si sós, aprender conteúdo *on-line*, estudar a linguagem digital dos indivíduos e copiar sua forma de interagir. Com isso, a expressão *bot* pode ser usada tanto para se referir a robôs mecânicos, que atuam no mundo físico, quanto a programas de computador que podem produzir e reproduzir conteúdo em redes sociais (RUEDIGER, 2018, p. 05).

Neste artigo está-se a investigar a *bot* na sua segunda acepção, qual seja, a de um programa de computador capaz de produzir ou reproduzir conteúdo *on-line* nas redes sociais, hipótese em que recebe o nome de *social bot*, *bot* social ou robô social.

Tamanha é a preocupação com uso irregular desses *softwares*, que um dos desafios modernos, decorrentes da velocidade dos avanços, é a criação de tecnologia capaz de identificar ou, ainda, controlar a sua propagação irregular.

Atualmente, o *software* é capaz de se submeter a um processo de humanização para dificultar a percepção do usuário, de modo que não sabe ele se está a interagir com outro usuário ou com um robô.

Visando a combater a atuação eletrônica de robôs na *internet*, implantaram-se filtros *on-line* de *bots*, que exigem do usuário que clique na mensagem *não sou um robô* e, na sequência, escolha, dentre as figuras apresentadas, *todos os semáforos, todas as faixas de pedestre, todos os automóveis*. Esse procedimento tem por função desviar a atuação de um *bot* porque, embora esses programas sejam capazes de interagir e até preencher campos de forma automatizada, dificilmente são capazes de escolher imagens semelhantes. Trata-se da utilização da tecnologia *machine learning*, cujos exemplos são os conhecidos *captchas* destinados a frear a utilização maliciosa de *bots* e, ao mesmo tempo, testar e melhorar formas de proteção (MACROWARE, 2018; ANJOS et al., 2019).

É indiscutível a relevância das redes sociais para a manifestação de pensamento, por se tratar de um ambiente democrático, que propicia a divulgação de opiniões, porém a automatização de instrumentos necessários ao uso das redes sociais proporciona, por outro lado, a disseminação de perfis falsos, controlados por robôs, que se passam por seres humanos, pessoas comuns com o objetivo de dominar as discussões políticas ou de fatos de grande repercussão (RUEDIGER, 2017).

Duas realidades atuais reforçam a importância dessa temática: as eleições de 2022 e a situação de calamidade pública decretada por conta da pandemia da COVID-19. Ambas as situações irão promover o aumento no número de interações eletrônicas nas redes sociais por robôs: as eleições de 2022, por conta da propaganda política e do uso eleitoral desses softwares; e a pandemia, por conta do isolamento social que, indiscutivelmente, provoca maior interação virtual das pessoas, que passam mais tempo em casa ante a impossibilidade de se dedicarem a outras formas de entretenimento.

Emerge desse contexto a importância do estudo dos *bots* na seara eleitoral, notadamente agora que, além das *fake news*, fazem uso das *fake faces* e das *deepfakes* com a finalidade de interferir no processo eleitoral, consoante abordagem a ser exposta no capítulo subsequente.

3 – Fake news, fake faces e deepfakes: generalidades

O processo de globalização, acelerado pelo uso da rede mundial de computadores, inegavelmente transformou o ambiente virtual em um instrumento de socialização. Nesse ambiente todos, igualmente, possuem o direito, o poder de expressar sua opinião, entretanto aponta-se como fator negativo das redes sociais a possibilidade de manifestação às escuras, ou seja, a sua utilização por alguém mal-intencionado, escondido atrás de um perfil falso, para disseminar inverdades, distribuir o ódio, cometer crimes, dentre outras negatividades possíveis. Dentre as possibilidades de uso indevido das redes sociais estão as *fake news*, que se caracterizam como a “expansão do fenômeno viral de informações maliciosas, falsas ou desinformações dolosas pela *internet*” (ANJOS et al., 2019, p. 162).

Sabe-se que a potencialidade lesiva resultante da divulgação massiva de uma notícia falsa é, muitas vezes, irremediável, haja vista que, após lançada em uma rede social, sua propagação na *internet* é instantânea, sendo quase impossível sua retirada após publicada e compartilhada. Além disso, as notícias falsas tendem a ter maior repercussão.

Falsehood diffused significantly farther, faster, deeper, and more broadly than the truth in all categories of information, and the effects were more pronounced for false political news than for false news about terrorism, natural disasters, science, urban legends, or financial information. We found that false news was more novel than true news, which suggests that people were more likely to share novel information (SOROUSH et al., 2018, p. 1146).²

Por conta disso, é cada vez mais frequente o uso de *robots* para a criação de perfis sociais automatizados. Não só isso. As *fake news* tomaram novas

² Inverdades difundiram-se significativamente para mais distante e mais profunda, ampla e rapidamente do que as verdades em todas as categorias da informação; ademais, os efeitos foram mais pronunciados para as falsas notícias políticas do que para falsas notícias sobre terrorismo, desastres naturais, lendas urbanas ou informações financeiras. Concluímos que as notícias falsas eram mais peculiares do que as verdadeiras, o que sugere que as pessoas eram mais propensas a compartilhar informações fora do comum (tradução nossa).

formas: as *fake faces* e as *deepfakes*. As primeiras são exatamente o que a tradução do termo significa, rostos falsos. Essa nova modalidade consiste na utilização de algoritmos de inteligência artificial para criar rostos computadorizados com tamanha perfeição que se torna cada vez mais difícil, senão impossível, a identificação de um perfil robotizado. A segunda prática, “[...] a combination of ‘deep learning’ and ‘fake’, deepfakes are hyper-realistic videos digitally manipulated to depict people saying and doing things that never actually happened” (WESTERLUND, 2019, p. 40).³ Por meio da prática da sobreposição de rosto e acréscimo de simulação de voz, é possível confundir e manipular o espectador, fazendo-o crer que determinada pessoa está inserta no contexto do vídeo apresentado, geralmente depreciativo para sua imagem e honra. Tal prática também pode atrair a confiança e ludibriar o eleitor para interferir na formação de sua convicção e dirigir a votação a um rumo predeterminado.

4 – Biopoder, biopolítica e dromologia

Foucault é um dos filósofos mais importantes da modernidade, e grande parte de suas obras é dedicada ao estudo do poder e do conhecimento, que são utilizados como forma de controle social. Discorrer sobre biopolítica e biopoder em Foucault é, dessa forma, dialogar sobre como a interrelação entre o saber e o poder, ao produzir dispositivos de segurança, busca promover o pleno controle dos seres humanos em seu contexto social (DREYFUS; RABINOW, 1995).

É nessa perspectiva que o citado autor destaca que, a partir do século XVII, surge uma nova forma de governança da vida, que chamou de biopoder. Esse poder sobre a vida, segundo ele, desenvolveu-se em duas vertentes: uma centralizada no corpo como uma máquina, sobre o qual se inflige a disciplina no intuito de torná-lo adestrado, útil e dócil, o que ele chamou de *anátomo-política do corpo humano*; a outra, desenvolvida no meio do século XVIII, centralizada no corpo-espécie, suporte dos processos biológicos, ou seja, sobre o conjunto de indivíduos cujos processos de intervenção e controle recebem o nome de *biopolítica da espécie humana* (FOUCAULT, 2005).

³ [...] uma combinação de aprendizagem profunda (*deep learning*) e falso (*fake*), as *deepfakes* são vídeos hiper-realistas manipulados digitalmente para mostrar pessoas dizendo e fazendo coisas que na verdade nunca aconteceram (tradução nossa).

Com efeito, “se antes o poder era exercido apenas sobre *bios*, ou seja, a vida da população qualificada politicamente, com a biopolítica ele passa a incidir também sobre *zoé*, a vida natural que é comum a todos os animais, inclusive os humanos” (DIAS et al., 2018, p. 31).

Nesse viés, sobre o corpo são aplicados procedimentos de poder que são qualificados por uma ordenação (disciplina) e sobre a população tais procedimentos tomam a forma de uma série de intervenções e controles reguladores (biopolítica). Isso ocorre porque temos duas tecnologias:

uma técnica que é, pois, disciplinar; é centrada no corpo, produz efeitos individualizantes, manipula o corpo como foco de forças que é preciso tornar úteis e dóceis ao mesmo tempo. E, de outro lado, temos uma tecnologia que, por sua vez, é centrada não no corpo, mas na vida; uma tecnologia que agrupa os efeitos de massas próprios de uma população, que procura controlar a série de eventos fortuitos que pode ocorrer numa massa vida; uma tecnologia que procura controlar (eventualmente modificar) a probabilidade desses eventos, em todo caso em compensar seus efeitos (FOUCAULT, 2005, p. 297).

É preciso enfatizar, por isso, que a partir dessa nova forma de governar a vida, o enfoque do Direito, até então vigente, sofre uma mudança paradoxal. Se antes o soberano tinha sob suas mãos o poder de *fazer morrer e deixar viver*, a partir do biopoder adquire o dever *de fazer viver e deixar morrer*, o que significa dizer que “o velho direito de causar a morte ou deixar viver foi substituído por um poder de causar a vida ou devolver à morte” (FOUCAULT, 1988, p. 131).

Embora Foucault não tenha diferenciado biopoder e biopolítica, prevalece a diversidade de significados, não se tratando de sinônimos, pois a biopolítica é definida como “um conjunto de biopoderes que são exercidos sobre as pessoas com o fim de convencê-las a adotarem esta ou aquela prática social, sem a preocupação com a emancipação da sociedade ou o desenvolvimento das potencialidades das pessoas” (DIAS; SERVA, 2016, p. 426).

É um referencial a biopolítica deveras importante porque é capaz de se deslocar do contexto histórico no qual foi pensada e se projetar na contempora-

neidade. É adotada diante da ineficácia de outros mecanismos de poder, exigindo-se a adoção de mecanismos outros de controle sobre a vida das pessoas para que sejam abarcadas pelos feixes dos biopoderes. Na temática ora proposta, o uso da tecnologia, no contexto da modernidade, apresenta-se como uma potente forma de biopoder, que também pode ser analisada sob a perspectiva da dromologia de Paul Virilio.

A partir da volatilidade das relações sociais contemporâneas, consistente na pesquisa a respeito dos efeitos da velocidade sobre as relações sociais, em especial a política – objeto de estudo da dromologia – é possível permear os meandros de tão complexo assunto como é a manipulação do processo eleitoral por *bots* mediante a propagação de notícias falsas nas redes sociais. Essa realidade adapta-se ao contexto da dromologia que significa o “império da velocidade e dos veículos tecnológicos” (VIRILIO, 1996, p. 95), ou seja, “se refere à lógica da velocidade como vetor dinâmico das sociedades” (BARBOSA, 2008, p. 29), cuja perspectiva justifica a “contextualização do regime democrático hodierno, também erigido sobre a velocidade” (BARBOSA, 2008, p. 11) bem como ao contexto da *dromocracia* (poder decorrente da velocidade) explicada como o regime da velocidade na era digital, ou seja, a conjugação entre sociedade organizada e velocidade (BARBOSA, 2008).

Portanto a utilização de *fake news*, *fake faces* e *deepfakes* configura um mecanismo de controle utilizado por dado indivíduo ou grupo de indivíduos que, no âmbito dos biopoderes, busca criar estados mentais nos usuários das redes sociais influenciando seu juízo de valor sobre certo candidato ou partido político, adotando essa ou aquela opinião política.

Nesse contexto, tais práticas são expressões do biopoder e objetivam, por meio da manipulação em massa, o controle político e o exercício de uma hegemonia de governança, o que viola frontalmente os anseios do Estado Democrático de Direito, exigindo urgente reflexão, o que se propõe nas linhas seguintes.

5 – *Bots sociais a serviço das fake news, fake faces e deepfakes com vista a influenciar o processo eleitoral: um ataque à democracia*

Provocada pela fluidez das ferramentas tecnológicas oferecidas, a dinamização da sociedade contribuiu para modificar o cenário político e, por conse-

quência, o meio de se fazer política e a forma de debater as agendas econômica, política e social. Isso decorre da era dromológica, na qual é a pressa (dromos) que dita os rumos da sociedade, no caso o ritmo das mídias sociais, ocasião em que “a política perde sua função clássica de árbitro de conflitos”, emergindo a *transpolítica*, que marca “o fim de uma concepção do político baseado no diálogo, na dialética, no tempo para reflexão” (VIRILIO, 1984, p. 35).

Nesse sentido, as redes sociais são um importante mecanismo de debate político, pois todos têm, nessa seara, voz e vez, razão por que são um instrumento a favor da democracia, mas é preciso, para isso, resgatar a centralização de diálogos legítimos e estimular a reflexão para conter os efeitos da velocidade. É de se recordar que o vocábulo *democracia* provém etimologicamente de *demos*, que significa povo, e de *kratos*, poder. Logo, significa o “governo em que o povo exerce, de fato e de direito, a soberania popular, dignificando uma sociedade livre, onde o fator preponderante é a influência popular no governo de um Estado” (RAMAYANA, 2009, p. 11).

Nos termos do artigo 14 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), a soberania popular é exercida por meio do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, de sorte que são esses direitos políticos que atribuem “poderes aos cidadãos para interferirem na condução da coisa pública, seja direta, seja indiretamente” (LENZA, 2010, p. 869).

Com esses parâmetros, o Supremo Tribunal Federal (STF), na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 541, reconheceu que “o exercício do direito de voto é componente essencial da democracia representativa” (BRASIL, 2018) e, assim, é imprescindível que a formação do convencimento do eleitor seja livre, isenta de manipulação. Por consequência, tem-se que acautelar que as redes sociais somente serão instrumento a favor da democracia quando permitir a participação popular por meio de um diálogo legítimo, refletido, liberto dos efeitos do poder dromológico decorrente da velocidade das inovações tecnológicas.

No ano de 2013, as manifestações ocorridas no Brasil contra o aumento das passagens de ônibus demonstram o poder das discussões virtuais no campo democrático, pois os cidadãos “transformaram as redes sociais em um reconhecido espaço de expressão da democracia, uma vez que assumiram protagonismo como lugar de organização e de difusão de informações” (RUEDIGER, 2017, p. 5).

Apontam-se essas manifestações como o marco inicial da utilização massiva de estratégias de difamação e manipulação das discussões políticas por meio das redes sociais no Brasil, conferindo-se uma nova roupagem à velha política, pois agora “ocorrem em um meio que permite uma veloz massificação dos discursos de tal forma que coloca em risco a credibilidade do espaço e da informação que nele circula” (RUEDIGER, 2017, p. 5), situação que encontra eco na dromologia de Virílio, uma vez que “o impacto da velocidade nos corpos é a dissuasão, ou seja, não temos mais tempo para a reflexão, esse é o poder dromológico” (MORAIS, 2002, p. 46).

Dessa maneira, se por um lado as redes sociais proporcionam um importante espaço para discussões democráticas legítimas, por outro possibilitam o uso de discursos ilegítimos e a disseminação de inverdades, as *fake news*, com vista a interferir no pleito eleitoral e dominar o cenário político ante a negação da reflexão provocada pela pressa na obtenção de informações, fato que merece a devida preocupação e exige estudo de meios de combate, o que se propõe no presente trabalho, de caráter interdisciplinar e focado nos sistemas de referência anteriormente apresentados.

É preciso enfatizar que “os direitos relacionados à democracia não se limitam, no entanto, ao voto. Sem que haja plena liberdade de expressão, associação, manifestação, criação de partidos, exercício de oposição, o direito ao voto pode se tornar inócuo (VIEIRA, 2018, p. 106). Noutras linhas, pode-se dizer que o processo eleitoral não se confunde com processo judicial e significa o conjunto de atos que se inicia por meio da inscrição do eleitorado e finaliza com a diplomação dos candidatos, ou seja, diz respeito a todos os atos necessários à escolha dos representantes responsáveis por exercer, em nome do povo, titular da soberania, o poder (GONÇALVES, 2010), de modo que a manipulação do eleitorado por meio da disseminação de *fake news*, em qualquer de suas modalidades, deve ser apurada e combatida em todas as fases do processo eleitoral.

Ruediger adverte para essa realidade e explica, detalhadamente, que, nos debates políticos, “os robôs têm sido usados por todo o espectro partidário não apenas para conquistar seguidores, mas também para conduzir ataques a opositores e forjar discussões artificiais”, de modo que “manipulam debates, criam e disseminam notícias falsas e influenciam a opinião pública postando e replicando mensagens em larga escala”, a exemplo da divulgação de “*hashtags* que

ganham destaque com a massificação de postagens automatizadas de forma a sufocar algum debate espontâneo sobre algum tema” (RUEDIGER, 2017, p. 6).

Com amparo em tais observações, constata-se que os *bots* são capazes, por meio de perfis automatizados, de promover o disparo massivo de informações falsas por qualquer meio de comunicação (*sms, e-mail, postagens nas redes, hashtags, mensagens de voz, vídeos, mensagens em aplicativos de conversas*); são capazes de aprender conteúdo *on-line*, aperfeiçoando sua capacidade comunicacional; possuem a aptidão de se auto-humanizar utilizando *fake faces*, ou seja, rostos/fotos falsos criadas por algoritmos; e até de criar vídeos utilizando a tecnologia *deepfake*.

Por esse motivo, é indiscutível que essa realidade se mostra como uma moderna faceta do biopoder, apta a estrangular o debate democrático de ideias, na medida em que representa uma forma de “governar a vida humana, baseada na adoção de mecanismos de controle que, incidindo sobre o indivíduo e também sobre a população como um todo, induzem a adoção de determinadas posturas para atingir objetivos previamente definidos” (DIAS et al., 2018, p. 31) que, no caso, é o êxito nas eleições por meio da influência sobre o voto popular.

É fundamental destacar que essa forma de biopoder, constituída por meio das redes sociais, não necessariamente tem atuação por meio de forças internas, pois o interesse no êxito da vitória deste ou daquele candidato está ligado à disputa pela hegemonia global; daí porque as influências internas por meio da disseminação de mecanismos de biopoder tendentes a influir no pleito eleitoral, por vezes, partem do exterior (RUEDIGER, 2017).

Com efeito, faz-se importante ressaltar que é no período eleitoral, durante as propagandas políticas, que o uso de *bots* pode colocar em xeque a higidez do processo democrático de escolha de candidatos políticos porque é nessa época que a massificação do uso de *fake news* adquire contornos de propaganda política pró ou contra candidatos, potencializando a influência no resultado da votação.

Ao seu turno, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) decidiu que propaganda política é “o ato que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma simulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou as razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício da função pública” (BRASIL, 1999). Ela é fundamental para o processo eleitoral democrático, porquanto fornece ao eleitor elementos que

lhes permitirão optar por esse ou aquele candidato, essa ou aquela plataforma de governo ou partido político com o qual possua mais afinidade.

No entanto, o uso de *bots* para disseminar *fake news*, utilizando-se de *fake faces* e *deepfakes* pode destruir uma candidatura porque

[...] o voto costuma envolver dois aspectos fundamentais de ponderação: eleitores votam em candidatos por concordarem com seus projetos e por fazerem avaliações positivas de seu histórico e partido, e/ou votam devido aos seus traços de carisma, honestidade, e outros valores que são transmitidos pela imagem dos próprios candidatos. O problema da disseminação de *fake news* impacta ambas as motivações do voto democrático (RUEDIGER, 2018, p. 04).

Por isso a legislação eleitoral confere um tratamento estrito à propaganda política, porém “críticos sustentam que esse regramento é repressor e que mostra desconfiança na capacidade do eleitorado em fazer suas próprias distinções” (GONÇALVES, 2010, p. 80). Apesar da crítica, não se pode olvidar que existem circunstâncias eleitorais criadas, de forma premeditada, com vista à promoção pessoal ou à prática de ataques a terceiros, demonstrando abuso do poder econômico e dos meios de comunicação social para corromper o eleitorado, tentando influenciar o voto livre e consciente, como ocorreu no Japão (2014), nos EUA (2016), na França (2017) e no Reino Unido na votação do referendo do Brexit (RUEDIGER, 2018).

No caso do Japão, após a análise de 542.584 *Tweets*, Schäfer, Evert e Heinrich (2017) concluíram pela intensa utilização dos *social bots* na *Japan's 2014 General Election*, a favor da agenda de direito do Primeiro Ministro Shinzo Abe.

No que diz respeito ao E.U. *Referendum (Brexit)* e à U.S. 2016 *Presidential Election*, a análise de *Tweets* realizada por Gorodnichenko, Pham e Talavera (2021) concluiu que mensagens de *social bots* foram utilizadas para interagir com mensagens humanas criando *echo chambers* nas mídias sociais, gerando novas manifestações favoráveis, tanto ao *Brexit* quanto à candidatura de Donald Trump, e energizar os seus eleitores.

Em relação às eleições francesas de 2017, ao contrário do que ocorreu nas demais eleições e referendo, a tentativa de minar a candidatura de Emmanuel Ma-

cron e evitar a sua eleição (que ficou conhecida como *MacronLeaks*) restou frustrada, apesar da intensa utilização de *social bots* para promover uma campanha de desinformação, com uso de notícias e até documentos falsos. Aparentemente, tal fracasso se deu pelo fato de os maiores atingidos por essa campanha de difamação terem sido estrangeiros, e não os eleitores franceses (FERRARA, 2017).

Não é demasiado ressaltar que “o que diferencia o atual fenômeno das *fake news* de formas mais antigas de desinformação é justamente sua escala massiva e sua veiculação *on-line*” (RUEDIGER, 2018, p. 4). Eis, pois, o motivo pelo qual o uso de perfis automatizados é uma potente arma contra o processo político eleitoral e, via de consequência, contra a democracia.

Por todos esses graves impactos que os *bots* podem causar à democracia e à economia é que os atores políticos mundiais têm voltado suas preocupações para o assunto. No caso do Brasil, apesar da inexistência de legislação específica a respeito do tema, “alterações recentes na legislação eleitoral indicam, contudo, que essa prática não foi bem recebida pelo legislador, principalmente quando envolve o cadastramento de perfis falsos em redes sociais” (RUEDIGER, 2018, p. 11).

Assim o uso dos *bots* como um tipo de tecnologia disruptiva para influenciar no processo eleitoral, alterando o meio de propaganda política, pode ser controverso no que se refere ao próprio conceito de tecnologia disruptiva, porém não se questiona a necessidade de sua regulação porque “em um cenário em que o *software* tem a capacidade de influenciar e modificar a forma como as pessoas atuam em uma sociedade, torna-se necessário repensar o papel das normas legais tradicionais e a forma como os comportamentos estão regulados” (DIAS, 2019, p. 65).

Evidentemente, assim, o uso de *bots* sociais na tentativa de influenciar o processo eleitoral representa uma afronta ao processo democrático que deve nortear as escolhas políticas, exigindo urgente posicionamento dos atores políticos, em especial da Justiça Eleitoral, tema das próximas linhas.

6 – Desafios da legislação eleitoral no enfrentamento das *fake news* disseminadas por *bots*: a defesa do PL nº 413/2017

A utilização de *social bots* com a finalidade de influenciar o resultado das eleições é uma realidade no Brasil, consoante exposto nas linhas precedentes, entretanto não há lei específica que discipline o uso de *bots* para propagação de *fake*

news, tratando-se de uma omissão perigosa, uma vez que “[...] os robôs criam a falsa sensação de amplo apoio político a certa proposta, ideia ou figura pública, modificam o rumo de políticas públicas [...]” (RUEDIGER, 2017, p. 8-9).

Por consequência, a Justiça Eleitoral não pode se manter inerte; ao contrário, deve combater tal prática com os meios de que dispõe, especialmente quando “[...] *these bots mislead, exploit, and manipulate social media discourse with rumors, spam, malware, misinformation, slander, or even just noise*” (FER-RARA et al, 2016, p. 98).⁴

Com efeito, mesmo diante da omissão legal, é preciso se utilizar de algum parâmetro legislativo para enfrentar essa prática, podendo-se citar, por exemplo, os artigos 242 e 323, ambos do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65). Esses dispositivos legais determinam que as propagandas eleitorais devem ser obrigatoriamente identificadas, sendo vedada sua utilização com a finalidade de, artificialmente, imbuir na opinião pública estados mentais, emocionais ou passionais, capazes de influenciar o pleito eleitoral (BRASIL, 1965).

Enquanto não há lei específica sobre o uso de robôs na propagação de notícias políticas, tais artigos podem representar um instrumento à disposição da Justiça Eleitoral, como ocorreu nas eleições de 2018, quando várias publicações com “informações inverídicas e ofensas à honra dos candidatos ao cargo de presidente da República foram retiradas da rede mundial de computadores, por decisão judicial” (SEMINÁRIO INTERNACIONAL *FAKE NEWS* E ELEIÇÕES, 2019b, p. 8).

É certo que a Lei nº 13.834 (BRASIL, 2019a), de 4 de junho de 2019, incluiu no Código Eleitoral o artigo 326-A para tipificar a *denúncia caluniosa eleitoral*, no *caput*, e a *divulgação de fake news*, no parágrafo terceiro, porém, apesar de representar um avanço no combate das *fake news* na seara eleitoral, pecou o legislador ao deixar de aproveitar o momento para promover o debate e a aprovação do Projeto de Lei nº 413, de 26 de dezembro de 2017 (BRASIL, 2017d), que trata da prática de *fake news* por robôs. Essa prática, como reflexo da velocidade das tecnologias, exige normatização própria no intuito de ampliar os debates e estimular a atuação dos atores políticos em busca da biopolítica

⁴ [...] esses *bots* iludem, exploram e manipulam o discurso da mídia social com rumores, *spams*, vírus, informações erradas, calúnia, ou simplesmente com barulho (tradução nossa).

porque “qualquer discurso que sugira a catástrofe ou a salvação pelos meios eletrônicos deve ser olhado com desconfiança” (RENA, 2009, p. 127).

Não se desconhece que o TSE tem envidado esforços na tentativa de combater *fake news*, o que, nos últimos anos, ocorreu em três frentes de trabalho: i) criou o Conselho Consultivo sobre *Internet* e Eleições, por meio da Portaria nº 949, de 7 de dezembro de 2017, com o objetivo de “desenvolver pesquisas e estudos sobre as regras eleitorais e a influência da *Internet* nas eleições, em especial o risco das *fake news* e o uso de robôs na disseminação das informações” (art. 2º, I) (BRASIL, 2017b); ii) realizou, em junho de 2018, em parceria com a delegação da União Europeia no Brasil, o Seminário Internacional *Fake News: Experiências e Desafios*, igualmente realizado no ano de 2019 (SEMINÁRIO INTERNACIONAL *FAKE NEWS* E ELEIÇÕES, 2019b); passou a utilizar, desde 2018, *bots* “para ajudar a tirar dúvidas de eleitores”, funcionando como assistentes virtuais (VALENTE, 2018), todavia tais políticas ainda se mostram insuficientes para acompanhar a onda massiva de divulgação de notícias falsas, sobretudo agora que houve mutação das *fake news* para formas mais avançadas, com uso de recursos tecnológicos mais inovadores.

Outra forma de enfrentar a problemática do uso de *bots* para prejudicar o pleito eleitoral é a conjugação da Resolução TSE nº 23.551, de 18 de dezembro de 2017, que dispõe sobre a propaganda eleitoral, com a Lei nº 13.488, de 6 de outubro de 2017 (BRASIL, 2017a), que alterou dispositivos da Lei das Eleições e do Código Eleitoral com o objetivo de promover reforma no ordenamento político-eleitoral. Na essência, a referida Resolução apresenta um capítulo específico sobre a *propaganda eleitoral na internet* e, no artigo 22, §1º, consagra a livre manifestação do pensamento do eleitor identificado ou identificável na internet, a qual somente pode ser restringida em caso de “ofensa à honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos” (BRASIL, 2017c).

Não se pode olvidar que a propaganda eleitoral somente é permitida a partir de 16 de agosto do ano da eleição, nos termos do artigo 22 da Resolução nº 23.551 (BRASIL, 2017c); no entanto, tal limitação temporal não se aplica às manifestações feitas por eleitores identificados, seja de apoio ou crítica a partido político ou candidato, situações *próprias do debate político e democrático*. Por esse motivo é que o uso de perfis automatizados representa uma potente

violação à democracia, uma vez que, diante da humanização dos perfis de redes sociais por robôs, inclusive com o uso de rostos falsos, criados por algoritmos, torna-se cada vez mais difícil separar o verdadeiro eleitor de perfis robotizados.

Autorizou-se a propaganda política, dentre outras formas, “por meio de blogues, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de *internet* assemelhadas” (art. 23, IV, Resolução nº 23.551 do TSE c/c artigo 57-B da Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997), no entanto, não se admite “a veiculação de conteúdos de cunho eleitoral mediante cadastro de usuário de aplicação de *internet* com a intenção de falsear identidade” (art. 23, §2º da Resolução nº 23.551 do TSE c/c artigo 57-B, §2º da Lei nº 9.504).

Muito embora tais dispositivos possam ser utilizados para nortear o julgamento de eventuais processos eleitorais nos quais se discuta a atuação de *bots* para disseminar notícias falsas, utilizando-se de identidade e rostos criados por algoritmos, é preciso esclarecer que a situação fática possui peculiaridade, pois se trata do uso de um robô, uma máquina para atingir o fim escuso de deturpar as eleições; daí porque a necessidade de uma lei específica, que contemple todas essas vicissitudes.

Tanto a Lei das Eleições (Lei nº 9.504) quanto a Resolução em análise (Resolução nº 23.551 do TSE) regulamentaram duas situações de propaganda autorizadas nas redes sociais: o impulsionamento e a utilização de *links* patrocinados. O primeiro se refere ao processo de amplificação da visibilidade de conteúdo produzido na rede social. Segundo os ditames do artigo 57-C da Lei das Eleições, “é vedada a veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga na *internet*, excetuado o impulsionamento de conteúdos”, todavia, para que isso seja possível, é preciso que a publicação seja identificada, de forma inequívoca, como propaganda política para não confundir o usuário bem como se exige que o serviço seja contratado “exclusivamente por partidos, coligações e candidatos e seus representantes” (BRASIL, 1997). No segundo caso – o dos *links* patrocinados –, a propaganda política é disseminada aos usuários das redes sociais na forma de anúncios, *banners*, avisos e outros similares. O problema é que essa regulamentação tenha sido pensada na conduta dos usuários das redes sociais, pessoas naturais, omitindo-se em relação aos *bots*, que possuem relevância ím-par em ambas as formas de propagandas políticas.

São capazes de impulsionar informações de forma massiva, ágil e eficiente, provocando a disseminação de boatos, inverdades e outras estratégias tendentes a manipular a convicção do eleitorado, influenciando no resultado final, situação essa que exige investigação, a fim de se desenvolver um mecanismo tecnológico que permita filtrar, separar perfis falsos, robotizados de perfis verdadeiros bem como identificar seus idealizadores. Assim como o TSE tem se utilizado de robôs para sanar dúvidas dos eleitores, é necessário que órgãos de investigação eleitoral sejam paramentados de igual tecnologia, os *bots*, para fazer frente ao uso de *fake news*, *fake faces* e *deepfakes*.

Embora os dispositivos eleitorais analisados possam sofrer adaptação para que sejam aplicados aos *bots*, é preciso sustentar a necessidade de criação de leis específicas que contemplem essa realidade social para assegurar maior segurança jurídica e impor compatível punição, pois os efeitos são nefastos à democracia, e as leis existentes não contemplam as vicissitudes da situação. Dessa forma, a sobrevivência da democracia, sob o viés político, está atrelada “à disposição de adversários e daqueles que operam as instituições criadas pela própria constituição em cooperar para a manutenção das regras de competição democrática, assim como comportar-se em conformidade com as regras que estruturam o estado de direito” (VIEIRA, 2018, p. 65).

Enquanto não se for possível contar com a disposição dos atores políticos envolvidos no processo eleitoral para fazer frente à defesa da democracia, resta o apego à necessidade de positivação da realidade social atinente ao uso de *bots* para propagar *fake news*, em qualquer modalidade, com vista a direcionar a intenção de votos do eleitorado. Defende-se, com esse objetivo, a necessidade de movimentação acelerada do PL nº 413, que pretende criminalizar a conduta de quem oferta, contrata ou mesmo se utiliza de qualquer instrumento ou “ferramenta automatizada que simule ou possa ser confundida com pessoa natural para gerar mensagens ou outras interações, pela *internet* ou por outras redes de comunicação, com o objetivo de influenciar o debate político ou de interferir no processo eleitoral” (BRASIL, 2017d).

É importante mencionar que a justificativa apresentada com o projeto de lei se embasa em pesquisas realizadas pela Fundação Getúlio Vargas que demonstraram que mais de 20% do total de interações ocorridas nas mídias so-

ciais com conteúdo político-eleitoral foram realizadas por robôs, com o provável propósito criminoso de interferir no processo democrático (BRASIL, 2017c).

Calha registrar que a atuação da CPMI das *Fake News* ensejou a proposição do Projeto de Lei nº 437, de 3 de março de 2020, com objetivo de condicionar “a postagem de conteúdos nas redes sociais na *internet* ao fornecimento prévio, pelo usuário, de número telefônico ou endereço de correio eletrônico” (BRASIL, 2020), cuja justificativa se encontra embasada em depoimentos colhidos no sentido de que “redes de robôs foram largamente utilizadas nas eleições de 2018 com o objetivo de manipular o debate político, mediante a propagação de notícias falsas” (BRASIL, 2020), entretanto é necessário esclarecer que a legislação representará letra morta se não houver uma adesão de todos os atores envolvidos no processo político eleitoral, na medida em que o sistema político constitucional não é dotado de instrumento externo capaz de impor de maneira “imparcial as suas regras aos diversos atores que participam da vida constitucional, (de modo que) o seu desempenho depende, sobretudo, da adesão e do auto-comprometimento da sociedade e dos atores políticos e institucionais ao pacto constitucional” (VIEIRA, 2018, p. 69). Nesse sentido, Westerlund (2019, p. 44) sugere que “[...] *politicians can commit not to use illicit digital campaign tactics or spread disinformation such as deepfakes in their election campaigns*”.⁵

Além da alteração da legislação e a adoção de ações voluntárias por parte dos agentes políticos, também podem ser adotadas medidas educativas e tecnológicas anti-*deepfakes*, “[...] *including automated tools for deepfake detection, content authentication, and deepfake prevention constitute a dynamic field of security methods*” (WESTERLUND, 2019, p. 47).⁶

Assim, o desafio que se apresenta é entender que, em razão da evolução das tecnologias, da velocidade social e dos riscos a que estão expostos os valores constitucionais eleitorais por conta do uso de *bots* para divulgar *fake news*, a integridade da democracia está associada “a um robusto funcionamento do sistema de freios e contrapesos e da disposição das diversas lideranças políticas e institucionais de agir em defesa das regras do jogo democrático” (VIEIRA, 2018, p. 68).

⁵ [...] os políticos podem comprometer-se a não usar táticas ilícitas de campanha digital ou a não divulgar desinformações tais como as *deepfakes* em suas campanhas eleitorais (tradução nossa).

⁶ “[...] incluindo ferramentas de detecção de *deepfakes*, autenticação de conteúdo e prevenção às *deepfakes* constituem um campo dinâmico de métodos de segurança (tradução nossa).

7 – Conclusão

O uso de *social bots*, perfis ou contas automatizadas tem permitido a manipulação de disputas políticas, deturpando o processo eleitoral, assim como tem permitido a disseminação de notícias falsas para prejudicar o cenário político ou controlar as pautas políticas. O presente estudo, citando pesquisas, apontou que tais mecanismos de biopoder, os robôs sociais, têm sido utilizados com êxito para manipular e influenciar as discussões políticas, as tomadas de decisão em momentos sensíveis da política e da economia e, também, para interferir no processo eleitoral.

Com efeito, a pesquisa realizada e os dados analisados induzem à conclusão de que necessário se faz proteger as redes sociais como verdadeiros espaços públicos democráticos que são, e isso deve ocorrer por meio de dois mecanismos: (i) desenvolvimento de tecnologias de detecção, compreensão e combate do uso de *social bots* inclusive pela Justiça Eleitoral, pois possuem potencial danoso tanto para as disputas políticas quanto para o debate público; (ii) a aprovação de lei específica que contemple essa realidade social, especialmente por conta das eleições de 2022 e pelo contexto da pandemia do novo coronavírus (COVID-19).

Enquanto o uso, a regulação e as consequências a longo prazo do uso de *bots* são incertos, sobretudo no campo eleitoral, é imprescindível engajamento de todos os atores envolvidos no processo político – cidadãos, candidatos, partidos políticos e Justiça Eleitoral – no enfrentamento dessa situação potencialmente lesiva à democracia, o que pode ser feito por meio de técnicas de biopolítica, exatamente na medida em que se reconhece que a vida pode utilizar mecanismos de controle para suavizar ou anular os efeitos do biopoder – o uso de *bots* no processo político.

Nas redes sociais, o uso de *bots* para divulgar *fake news*, *fake faces* e *deepfakes* visando a macular as eleições exige retaliação por parte da sociedade em geral, o que pode ser feito mediante o desenvolvimento de igual tecnologia que permita a identificação desses perfis automatizados e seus reais criadores para que sejam severamente punidos por ato atentatório à democracia, primado constitucional, o que exige primeiro regulamentação jurídica específica.

Objetivou-se aqui, sem a pretensão de esgotar a matéria, contribuir com o estado da arte, trazendo luz à temática da utilização de robôs sociais para in-

fluenciar as eleições, debater a necessidade imperiosa de criar mecanismos que permitam sua identificação, sugerir a aceleração de projetos de lei sobre o tema e conscientizar os usuários das redes sociais, eleitores, acerca da existência de tal mecanismo de biopoder a fim de que, ao tomar ciência de determinada notícia política, possam combater a dimensão dromológica do poder a fim de neutralizar seus efeitos, possibilitando o exercício da reflexão antes de absorver uma informação como verdadeira.

Por certo, o combate às *deepfakes* e os riscos que elas trazem para a democracia somente será possível a partir da implementação de uma pluralidade de medidas, tais como: inovações legislativas, adoção de medidas voluntárias por parte dos agentes políticos no âmbito da educação e, ainda, o desenvolvimento de novas tecnologias *anti-deepfakes*. Apenas por meio da conjugação dessas medidas será possível buscar atingir aqueles objetivos.

8 – Referências

ANJOS, Lucas Costa dos et al. Políticas, internet e sociedade. Belo Horizonte: Iris, 2019. Disponível em: <<http://irisbh.com.br/wp-content/uploads/2019/07/Livro-III-Seminario.pdf>>. Acesso em: 6 mar. 2020.

BARBOSA, Bárbara Conceição de Oliveira. Ciberespaço e dependência: uma análise dos vínculos do humano com o glocal interativo como habitus. 2008. 83 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação e Semiótica) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP, 2008. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5130>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 437 de 3 de março de 2020. Altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, condicionando a postagem de conteúdos nas redes sociais na internet ao fornecimento prévio, pelo usuário, de número telefônico ou endereço de correio eletrônico. Caderno Eletrônico. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2238121>>. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 mar. 2020.

_____. Lei nº 4.737 de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Diário Oficial da União. Brasília, 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm>. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Diário Oficial da União. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 15 fev. 2020.

_____. Lei nº 13.488 de 6 de outubro de 2017. Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), e revoga dispositivos da Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015 (Minirreforma Eleitoral de 2015), com o fim de promover reforma no ordenamento político-eleitoral. 2017a. Diário Oficial da União. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13488.htm>. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. Lei nº 13.834 de 4 de junho de 2019. Altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral, para tipificar o crime de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral. 2019ª Diário Oficial da União. Brasília, 2019. Disponível em: <[L13834 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2018/2019/Lei/L13834.htm)>. Acesso em: 18 jan. 2022.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei nº 413 de 26 de dezembro de 2017. Altera a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, para definir como crime a oferta, a contratação ou a utilização de ferramenta automatizada que simule ou possa ser confundida com pessoa natural para gerar mensagens ou outras interações, pela internet ou por outras redes de comunicação, com o objetivo de influenciar o debate político ou de interferir no processo eleitoral. 2017d. Caderno Eletrônico. Brasília, 2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131368>>. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 541. Rel. Min. Roberto Barroso, 26 de setembro de 2018. In: A Constituição e o Supremo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 3 mar. 2020.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Portaria TSE nº 949 de 7 de dezembro de 2017. Institui o Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições. 2017b. Diário

Eletrônico de Justiça. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/prt/2017/portaria-no-949-de-7-de-dezembro-de-2017/>>. Acesso em: 1 maio 2020.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.551 de 18 de dezembro de 2017. Dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições. 2017c. Diário Eletrônico de Justiça. Brasília, 2017. Disponível em: <[Resolucao_TSE_n_23.551-2017_-_Horario_Eleitoral.pdf](http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/resolucao-tse-n-23.551-2017-horario-eleitoral.pdf) (tre-rs.jus.br)>. Acesso em: 03 mar. 2020.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resp. nº 15.732, Acórdão nº 15.732. Rel. Min. Eduardo Alckmin, 15 de fevereiro de 1999. In: Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, v. 14, nº 3, jul./set, Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2003. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/revista_jurisprudencia/rj14_3.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2020.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Seminário internacional *fake news* e eleições: Anais. Brasília: Biblioteca Digital do Tribunal Superior Eleitoral, 2019b. 153 p.

CRUZ, Leôncio Teixeira et al. Assistentes virtuais inteligentes e chatbots: um guia prático e teórico sobre como criar experiências e recordações encantadoras para os clientes de sua empresa. Rio de Janeiro: Brasport, 2018. Edição Kindle.

DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

DIAS, Jefferson Aparecido; SERVA, Fernanda Mesquita. Responsabilidade social nas instituições de ensino superior: entre o biopoder e a biopolítica. Revista Argumentum – RA. Marília/SP, v. 17, jan./dez., 2016, p. 413-433. ISSN 2359-6889. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/319>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

DIAS, Garrido Rodrigo. Regulação estatal, autorregulação privada e novas tecnologias disruptivas. In: SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca; SILVA, Priscilla Menezes da (coord.). Aspectos jurídicos das novas tecnologias (inovações) disruptivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

DIAS, Jefferson Aparecido et al. Biopolítica e novas tecnologias: o discurso do ódio na internet como mecanismo de controle social. RIL. Brasília a. 55 n° 220, out./dez., 2018, p. 29-51. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p29.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2020.

FERRARA, Emilio et al. The rise of social bots. In: Communications of the ACM, v. 59, n° 7, jul., p. 96-104, 2016. Disponível em: <<http://twixar.me/jmNT>>. Acesso em: 5 mar. 2020.

FERRARA, E. Disinformation and Social Bot Operations in the run up to the 2017 French Presidential Election. First Monday, 22 ago. 2017.

FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. História da sexualidade I: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Direito Eleitoral. São Paulo: Atlas, 2010, 18 v.

GORODNICHENKO, Yuriy; PHAM, Tho; TALAVERA, Oleksandr. Social media, sentiment and public opinions: Evidence from #Brexit and #US Election. European Economic Review, p. 103772, 2021. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0014292121001252>>. Acesso em: 24 jan. 2022

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACROWARE. Afinal, o que são bots? Youtube. 14 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=8Q1AA-s6fVo>>. Acesso em: 3 mar. 2020.

MORAIS, Ronaldo Queiroz de. Paul Virilio: o Pensador do instante contemporâneo. Contexto e Educação – Editora UNIJUÍ, Ano 17, n° 65, jan./mar., p. 37-54, 2002. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/contextoeducacao/article/view/1181>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

RAMAYANA, Marcos. Resumo de Direito Eleitoral. Niterói: Impetus, 2009.

RENA, Alemar Silva Araújo. Do autor tradicional ao agenciador cibernético: do

biopoder à biopotência. São Paulo: Annablume, 2009.

ROMANI, Bruno. Uso de inteligência artificial para criar rostos falsos é novo risco na internet. O Estado de S. Paulo. 8 de março de 2020. Disponível em: <<https://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,uso-de-inteligencia-artificial-para-criar-rostos-falsos-e-novo-risco-na-internet,70003224128>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

RUEDIGER, Marco Aurélio (coord.). Bots e o Direito Eleitoral brasileiro nas eleições de 2018 [Policy Paper]. Rio de Janeiro: FGV DAPP, 2018. Disponível em: <<http://twixar.me/DmNT>>. Acesso em: 3 mar. 2020.

RUEDIGER, Marco Aurélio (coord.). Robôs, redes sociais e política no Brasil: estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos à democracia e processo eleitoral de 2018. Rio de Janeiro: FGV, DAPP, 2017. Disponível em: <<http://twixar.me/FmNT>>. Acesso em: 3 mar. 2020.

SCHÄFER, Fabian; EVERT, Stefan; HEINRICH, Philipp. Japan's 2014 General Election: Political Bots, Right-Wing Internet Activism, and Prime Minister Shinzō Abe's Hidden Nationalist Agenda. Big data, v. 5, n. 4, p. 294-309, 2017. Disponível em: <<https://www.liebertpub.com/doi/full/10.1089/big.2017.0049>>. Acesso em: 24 jan. 2022.

SOROUSH, Vosoughi et al. The spread of true and false News on line. Science, Washington DC, v. 359, mar., p. 1146-1151, 2018. DOI: 10.1126/science.aap9559. Disponível em: <<https://science.sciencemag.org/content/359/6380/1146>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

VALENTE, Jonas. TSE usa robôs para ajudar a tirar dúvidas de eleitores. AgênciaBrasil, 19 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-09/tse-usa-robos-para-ajudar-tirar-duvidas-de-eleitores>>. Acesso em: 1 maio 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIRILIO, Paul. Guerra pura: a militarização do cotidiano. Tradução de Elza Miné e Laymert Garcia dos Santos. São Paulo: Brasiliense, 1984.

_____. Velocidade e política. Tradução de Celso Mauro Paciornick. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

WESTERLUND, Mika. The emergence of deepfake technology: a review. *Technology Innovation Management Review*. v. 9, nº 11, nov. 2019. Disponível em: <<https://timreview.ca/article/1282>>. Acesso em: 2 jul. 2021.

O TRATAMENTO JURÍDICO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DA IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL E DO DISCURSO DE ÓDIO

Regiani Dias Meira Marcondes

Procuradora da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás

regianimeira@hotmail.com

Sumário: 1 – Introdução. 2 – A liberdade de expressão como direito fundamental e o discurso de ódio. 3 – A imunidade parlamentar material. 4 – Imunidade parlamentar e discurso de ódio. 5 – Conclusão. 6 – Referências.

Resumo: A liberdade de pensamento e de manifestação é importante direito fundamental, característico dos países democráticos e encontra-se amplamente garantida pela Constituição Federal de 1988, todavia, em muitos casos, tem colidido com princípios fundamentais, isto é, os princípios constitucionais da não-discriminação e da igualdade, tendo em vista os discursos de ódio. Por sua vez, no âmbito parlamentar, imunidade material e liberdade de expressão dos parlamentares têm sido invocadas para acobertar condutas configuradoras de injúria, calúnia e difamação. A linha divisória entre uma garantia e outra é tênue, mas doutrina e jurisprudência brasileiras possuem uma visão majoritária no sentido de que, não obstante a importância da liberdade de expressão e da imunidade parlamentar material, essas garantias constitucionais não podem servir de instrumento para salvaguardar condutas ilícitas. No caso da imunidade, é absoluta quando o discurso é proferido no interior das Casas Legislativas; fora delas, necessária se faz a comprovação do nexo de pertinência entre o discurso proferido e o mandato parlamentar.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Discurso de ódio. Imunidade parlamentar material. Princípio da não-discriminação. Princípio da igualdade.

THE LEGAL TREATMENT OF FREEDOM OF EXPRESSION, PARLIAMENTARY MATERIAL IMMUNITY AND HATE SPEECH

Abstract: Freedom of thought and expression is an important fundamental right, a characteristic of democratic countries. It is widely guaranteed by the Federal Constitution of 1988, however, in many cases, it has conflicts with fundamental principles, that is, the constitutional principles of non-discrimination and equality, in view of hate speech. On the other hand, in the parliamentary sphere, the material immunity and freedom of expression of parliamentarians has been invoked to cover up conduct that configures defamation. The dividing line between one guarantee and another is fine, but Brazilian doctrine and jurisprudence have a majority view in the sense that, despite the importance of freedom of expression and material parliamentary immunity, these constitutional guarantees cannot serve as an instrument to safeguard for unlawful conduct. In the case of immunity, it is absolute when the speech is given inside the Legislative Houses. Apart from them, it is necessary to prove the pertinence link between the speech and the parliamentary mandate.

Keywords: Freedom of expression. Hate speech. Material parliamentary immunity. Principle of non-discrimination. Principle of equality.

1 – Introdução

A liberdade de expressão é um dos mais importantes direitos fundamentais e “uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 263). Além disso, está ligada, de forma ínsita, à democracia e a uma sociedade plural, em que se abrem oportunidades aos debates de vários temas. Ela pode ser considerada como “termômetro do regime democrático” (FARIAS, 2000, p. 159, apud TASSINARI; MENEZES NETO, 2013, p. 12).

Esse direito fundamental é garantido, de forma ampla, pela Constituição Federal de 1988 que, além disso, extingue a censura e a intervenção do Estado e assegura seu pleno exercício. Ocorre que, ao longo dos anos, essa garantia vem sendo acompanhada da polarização de opiniões, especialmente nas redes sociais, acarretando algumas consequências polêmicas; entre elas o uso do discurso do ódio como uma projeção da liberdade de pensamento e de manifestação.

Entra em questão o conflito entre direitos fundamentais, ou seja, de um lado, a liberdade de expressão; de outro, os direitos da personalidade e os princípios da igualdade e da dignidade humana.

De outra ponta, também em razão da democracia, a Constituição Federal de 1988 assegura aos parlamentares a imunidade material, ou seja, a inviolabilidade por suas opiniões, palavras e votos. Todavia não são raras as situações em que essa garantia constitucional também é invocada para acobertar discursos de ódio proferidos por parlamentares, levando a questionamentos jurídicos, especialmente no Supremo Tribunal Federal – STF.

Portanto, o presente artigo tem por objetivo verificar o tratamento atribuído pela doutrina e pela jurisprudência pátria ao discurso de ódio, proferido por cidadãos em geral e, especialmente, por parlamentares, de forma a se aferir se configura uma exceção à liberdade de expressão, e até que ponto essa liberdade pode ser restringida para proteger outros direitos fundamentais que com ela colidem. Nesse contexto, este artigo visa também observar a amplitude da garantia constitucional da imunidade material, no tocante à exigência do nexo de pertinência com o mandato parlamentar e ao local em que é proferido o discurso.

Nesse contexto, no item 2, abordar-se-á o *status* que a liberdade de expressão ocupa na Constituição Federal, em relação aos outros direitos fundamentais, e como serão solucionadas as questões referentes ao discurso de ódio. Já no item 3, analisar-se-á o alcance da imunidade parlamentar material e, mais especificamente, no item 4, esse alcance quando em contraste com o discurso de ódio.

Para tanto, realizaram-se pesquisas por meio de levantamento bibliográfico, consistentes em livros, periódicos, jurisprudência e, nesse caso, abrangendo-se a análise casuística sobre o tema.

2 – A liberdade de expressão como direito fundamental e o discurso de ódio

A liberdade de manifestação de pensamento e de expressão é a tutela constitucional a toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto. Por isso, alcança, além da transmissão da mensagem falada ou escrita, aquela veiculada por meio de gestos e expressões corporais (FERNANDES, 2017).

No Brasil, a liberdade de expressão tem sua importância evidenciada em razão de que, no período da ditadura militar, persistiu a censura sobre manifestações que contrariassem os interesses do Governo; e mais: a liberdade de expressão custava o direito de ir e vir, a integridade física e até mesmo a vida das pessoas.

Mas a Constituição Federal de 1988 trouxe novos ares para esse direito fundamental, protegendo-o reiteradamente e consagrando-o no art. 5º, IV, X e XIV, respectivamente, a livre manifestação do pensamento; a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; e o direito à informação e à garantia do sigilo da fonte jornalística. Consagra-o também no art. 220, *caput* e §§ 1º e 2º, ou seja, a liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social; e a proibição de qualquer censura de natureza política, artística ou ideológica. Tamanha amplitude de garantia extirpa, de vez, a censura e corrobora a consolidação de um Estado Democrático de Direito, que tem a liberdade de expressão como um de seus pilares.

Contudo o que se observa, mais de 30 anos após, é que o Brasil atravessou o período da censura, abriu as portas para a redemocratização e o consequente direito à livre manifestação e, atualmente, enfrenta problemas complexos, por ocorrer, não raras as vezes, o excesso de manifestação. Esse direito passou a ser visto por muitos de maneira deveras flexível, de forma a se intentar proteger, sob suas hostes, as manifestações de ódio e de intolerância, muitas vezes motivadas por preconceito. Essas manifestações alcançam dimensões estratosféricas, tendo em vista o poder de difusão das redes sociais, via *internet*. Em outras palavras, “o quadro hoje é menos o de um Governo autoritário, tentando calar os críticos e dissidentes, e mais o de juízes e legisladores buscando fórmulas de equilíbrio entre princípios constitucionais colidentes” (SARMENTO, p. 2).

Se, antes, era mais fácil identificar uma afronta à liberdade de expressão, ou seja, a censura e a perseguição de um Governo autoritário contra dissidentes, no regime democrático, essa identificação se torna mais complexa porque colide com outros direitos fundamentais, de igual importância, a exemplo do princípio da igualdade, da dignidade, da honra e da imagem. Entra em questão o discurso de ódio, que se revela como um dos principais dilemas nas democracias constitucionais (PAULINO, 2018).

Os discursos de incitamento ao ódio, chamados de *hate speech*, são definidos como “o exercício da liberdade de expressão para insultar pessoas ou grupos de pessoas, propagando o ódio baseado em motivos como raça, religião, cor, origem, gênero, orientação sexual, etc. Racismo, xenofobia, homofobia, antissemitismo são fenômenos modernos e contemporâneos que constituem, na verdade, variantes do discurso de ódio” (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 18).

As manifestações de ódio envolvem também aquelas que objetivam a cultura da humilhação, a exemplo do *cyberbullying*, do *revenge porn* e do linchamento virtual. Suas consequências são desastrosas, vez que provocam divisões na sociedade, insegurança política e fragilizam a democracia. Nesse sentido, tem-se que a relação entre democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento e assume um caráter complementar, dialético e dinâmico, de forma que, embora mais democracia possa, muitas vezes, significar mais liberdade de expressão e vice-versa, a liberdade de expressão pode acarretar riscos para a democracia que, por sua vez, pode comprometer a liberdade de expressão (MICHELMAN apud SARLET, 2019, p. 1210).

O objetivo do discurso de ódio é insultar, hostilizar, estigmatizar, subjugar, estimular o preconceito, produzir temor, importunar pessoas pertencentes a grupos vulneráveis, a exemplo de negros, LGBT's, militantes de correntes políticas, minorias em geral e, até mesmo, segregá-los e marginalizá-los, de tal forma a restringir sua própria liberdade de expressão e realçar problemas de justiça social.

Nesse ponto, a intensidade e a plenitude atribuídas à liberdade de expressão em uma sociedade servem para avaliar o nível de liberdade e tolerância ali existentes. A problemática se encontra nisto: se há tolerância de ideias, como lidar com expressões radicais de intolerância e preconceito contra minorias so-

ciais – étnicas, religiosas, sexuais, que tem por objetivo discriminar, segregar e excluir esses grupos sociais? (PAULINO, 2018).

Questiona-se, pois, qual o *status* que a liberdade de expressão ocupa na Constituição Federal, máxime, em relação aos outros direitos fundamentais e, por via de consequência, como serão solucionadas as questões referentes ao discurso de ódio.

No tocante ao Brasil, Sarlet (2019) ensina que, em um primeiro momento, a Constituição Federal assegura idêntico *status* protetivo à privacidade e à garantia da liberdade de expressão, mas foi mais explícita e detalhista no que se refere aos critérios de controle e de restrição da liberdade de expressão, ao fixar impedimentos legislativos e proibir categoricamente a censura, além de fixar princípios diretivos que deverão guiar a produção publicitária, de rádio e de televisão (art. 220, §§ 1º ao 6º e art. 221). Essa opção constitucional, segundo ele, pode ser interpretada como um sinal de que o constituinte foi mais seletivo com as restrições a serem aplicadas à liberdade de imprensa, de manifestação de pensamento e de expressão, do que em relação à proteção da intimidade e da privacidade, que será ponderada *a posteriori* para identificar situações de grave e intolerável interferência na esfera de proteção privada. Isso pode indicar a escolha do texto constitucional de tratar as restrições à liberdade de expressão como algo excepcional, exigindo que eventuais restrições adicionais necessitem de um esforço argumentativo diferenciado para justificar a necessidade particular de uma nova limitação. Alude que, por meio de uma interpretação sistêmica, e tendo em vista a importância da liberdade de expressão para o regime democrático, essa ocupa, *a priori*, posição relativamente preferencial em face dos direitos de personalidade, entendimento que tem prevalecido na jurisprudência, especialmente, em casos que não envolvem a veiculação de manifestações inverídicas, ofensivas ou de ódio.

Quando envolvem, por exemplo, palavras ofensivas, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 891.647-SP, manteve condenação imposta ao jornalista Paulo Henrique Amorim, pela prática do crime de injúria contra o também jornalista Merval Pereira. Predito crime consistiu na aposição das expressões *jornalista bandido*, bem como *jornalista bandido, bandido é*, ao lado de sua foto. A Corte Suprema entendeu que “a liberdade de expressão

não traduz franquia constitucional que autorize o exercício abusivo desse direito fundamental”. Desse julgamento, adveio a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) [...] – DELITO DE INJÚRIA (CP, ART. 140) – RECONHECIMENTO, NO CASO, PELO COLÉGIO RECURSAL, DA OCORRÊNCIA DE ABUSO NO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE OPINIÃO – [...]. – O direito à livre manifestação do pensamento, embora reconhecido e assegurado em sede constitucional, não se reveste de caráter absoluto nem ilimitado, expondo-se, por isso mesmo, às restrições que emergem do próprio texto da Constituição, destacando-se, entre essas, aquela que consagra a intangibilidade do patrimônio moral de terceiros, que compreende a preservação do direito à honra e o respeito à integridade da reputação pessoal. – A Constituição da República não protege nem ampara opiniões, escritos ou palavras cuja exteriorização ou divulgação configure hipótese de ilicitude penal, tal como sucede nas situações que caracterizem crimes contra a honra (calúnia, difamação e/ou injúria), pois a liberdade de expressão não traduz franquia constitucional que autorize o exercício abusivo desse direito fundamental [...] (grifo nosso).

Quanto aos casos que envolvem manifestação de ódio, há um julgamento emblemático – o *Habeas Corpus* nº 82.424-RS –, por meio do qual o STF entendeu, por maioria, não ter sustentação a tese da posição preferencial da liberdade de expressão. Todavia não significa dizer categoricamente que, especificamente quanto ao discurso de ódio, esse posicionamento já esteja consolidado (SARLET, 2019).

O caso refere-se a *Siegfried Ellwanger*, que escreveu e publicou a obra *Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da Mentira do Século*, por intermédio da qual incita o ódio aos judeus e procura demonstrar que o extermínio ocorrido na Segunda Guerra teve como vítima os alemães. Em razão disso, denunciou-se por incitação ao racismo (art. 20 da Lei nº 7.716/1989). Absolvido em primeira instância, mas interposto recurso ao Tribunal de Justiça, entendeu-

-se ter havido discriminação racial e foi condenado à pena de dois anos. Impetrado *habeas corpus*, o Superior Tribunal de Justiça – STJ denegou a ordem. Impetrou-se novo *habeas corpus* ao STF, sob a alegação de não cometimento do crime de racismo, mas de discriminação contra os judeus que, portanto, não é imprescritível. Todavia a ordem foi denegada por oito votos a três.

Nesse julgamento, os votos tiveram fundamentos diversos. Alguns ministros abordaram, em seus votos, a questão da liberdade de expressão; uns a favor de sua aplicação ao caso (Ministros Marco Aurélio e Carlos Brito); e outros contra. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes entendeu ser aplicável a ponderação entre a liberdade de expressão e a proibição do racismo; outros entenderam restar prescrita a pretensão punitiva, tendo em vista que os judeus não constituiriam uma raça, tornando-se impossível condenar pelo crime imprescritível de racismo.

Prevaleceram, no julgamento, primeiro, o entendimento de que a liberdade de expressão não é garantia constitucional absoluta, que não pode servir de salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede nos delitos contra a honra. Além disso, contemplaram-se os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. À guisa de corroborar o exposto, transcreva-se a ementa do julgado em tela.

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. [...]
13. *Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.* 14. *As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o direito à incitação ao racismo, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como*

sucedem com os delitos contra a honra. *Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica*. 15. [...]. No estado de Direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. [...] Ordem denegada (grifos nossos).

Reale Júnior (2010) analisa esse julgamento de maneira esclarecedora e didática. Pela importância dessa análise para o tema em discussão, sobreleva descrevê-la, ainda que sinteticamente. Ele classificou os votos proferidos da seguinte forma: primeiro aquela que reconhece a existência de sobreprincípios, ou seja, os limites imanentes, que seriam, no caso, a primazia ao valor da dignidade da pessoa humana e da igualdade, em face do valor da liberdade de expressão. Nesse aspecto, os sobreprincípios seriam concebidos, no conjunto dos valores constitucionais, em forma de uma hierarquia material, e interferem até na hermenêutica. Assim, na hipótese, não haveria colisão de direitos, mas, *valores elementares*, que não podem ser perturbados diante do exercício de um outro direito fundamental. Em outras palavras, existe um núcleo fundamental intocável, e não há conflito de valores que exija um exame de ponderação no caso concreto. Existem, apenas, limites imanentes e uma preferência abstrata.

Nesse contexto, verifica-se que, nos primeiros artigos da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da República, que tem como objetivo fundamental “[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Além disso, o art. 5º, *caput*, reitera a igualdade de todos independentemente de distinção de qualquer natureza. Portanto, essa igualdade, por possuir o mesmo predicado de portadores da dignidade como pessoa humana, é pressuposto essencial para a fruição dos demais direitos fundamentais. Agrega-se a isso que a ofensa mais grave à dignidade da pessoa humana é a discriminação.

Esse foi, ao ver de Reale Júnior, o entendimento assumido por diversos Ministros da Corte Suprema, que não recorreram à colisão de princípios e nem

ao critério da proporcionalidade. Nesse sentido, segue o excerto do voto do Ministro Celso de Mello.

Cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode e não deve ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas. [e mais adiante] [...] A liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quanto às expressões de ódio racial.

O Ministro Carlos Velloso foi mais enfático ainda em seu voto, afirmando que “a liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito”.

Sob a ótica desse entendimento, a liberdade de expressão encontra um limite, qual seja, a proibição de sua utilização para propósitos de ódio racial.

Alguns outros votos proferidos nesse mesmo julgamento tiveram por supedâneo a aplicação do postulado da proporcionalidade ante a colisão de princípios. Nessa quadra, é imprescindível a ponderação, e os princípios em colisão possuem peso de acordo com as circunstâncias concretas de cada caso. Haveria, então, segundo Sanchis (apud REALE JÚNIOR, 2010), uma hierarquia móvel, ou seja, formula-se um enunciado referido ao caso concreto, sem se fixar uma hierarquia de direitos a priori. Ao contrário, formula-se uma preferência relativa ao caso concreto, havendo possibilidade de uma solução diferente em outra hipótese.

Há de se ressaltar que, à luz da ponderação de princípios, o Ministro Gilmar Mendes consignou em seu voto ser evidente a adequação da condenação para se salvaguardar uma sociedade pluralista. Além disso, a condenação se fazia necessária em razão da impossibilidade de se encontrar um meio menos gravoso, que não fosse a punição penal. No tocante ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito, considerou o ônus imposto à liberdade de expressão proporcional ao fim de preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista e da dignidade humana.

Ainda ponderando princípios, mas de forma antagônica, o Ministro Marco Aurélio de Mello entendeu não ser crime a defesa de uma ideologia, e não haverá, por isso, uma revolução nacional. Portanto, ante a colisão entre liberdade de manifestação e a dignidade do povo judeu, a condenação pela publicação de livros contra os judeus como crime imprescritível não foi o meio mais adequado, necessário e razoável. A propósito:

[...] o confronto entre a liberdade de expressão e proteção da dignidade humana é de se realizar, não de forma abstrata, mas diante da hipótese concreta, para se verificar se a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão.

No entender de Reale Júnior, as decisões díspares em matéria de confronto de valores da liberdade de expressão e da proteção da dignidade da pessoa humana contra a discriminação ocorreram porque foi atribuído peso diferente pelos Ministros ao valor da liberdade de expressão, considerado um dos pilares da vida democrática, enquanto, por outro lado, elegeu-se o pluralismo social, expresso no tratamento de todos com igual dignidade social, o que ditou a solução da aplicação dos critérios da proporcionalidade.

Por fim, a aplicação da máxima da proporcionalidade por via da análise das três máximas parciais – adequação, necessidade e proporcionalidade, embora importantes, não é suficiente para dotar o juízo de ponderação de objetividade e de certeza, pois, cada intérprete realiza uma ponderação, consoante sua própria percepção do peso que possui cada direito fundamental e o valor que encerra.

Diante disso, verifica-se que não existe um posicionamento solidificado do STF sobre a extensão da liberdade de expressão, que irá variar de acordo com a casuística.

3 – A imunidade parlamentar material

Os arts. 53 a 56 da Constituição Federal cuidam do Estatuto dos Congressistas, que contém normas sobre o regime jurídico dos parlamentares, entre elas a imunidade material, também chamada de inviolabilidade parlamentar ou

imunidade substancial, prevista no *caput* do art. 53, isto é, “Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”.

Isso significa que não importa o conteúdo das opiniões, das palavras e dos votos. Desde que o parlamentar os manifeste no exercício do mandato ou em sua função, estará acobertado pela imunidade e, por isso, não lhe poderá ser imputada prática de crime ou ilicitude em razão das palavras. Nessa esteira, a imunidade material afasta do parlamentar a responsabilização criminal, civil, administrativa ou política (STRECK; DE OLIVEIRA; NUNES, 2013).

A doutrina diferencia as expressões *opiniões e palavras*, esclarecendo o alcance de cada uma delas e enfatizando que nenhuma exterioriza um pleonismo enfático. Assim, opiniões seriam *juízos de valor* e as palavras “podem carregar uma carga emocional sem qualquer juízo de valor” (KURANAKA, 2002, p. 82)

Portanto, a imunidade material visa garantir a liberdade de expressão dos parlamentares, enquanto representantes de cidadãos que os elegeram, tornando suas atividades imunes às pressões externas, que possam macular sua atuação e desconstituir a vontade do eleitor, de forma que se preserve sua liberdade, autonomia e independência em relação aos demais Poderes do Estado e da sociedade e salvaguardando a representatividade democrática (VERONESE; MACHADO, 2017).

Tendo em vista que a imunidade material se refere à instituição Poder Legislativo e visa garantir sua independência, bem assim a plena liberdade do congressista não configura um privilégio pessoal; e dela fazem *jus* os parlamentares que estejam exercendo o mandato legislativo (*prática in officio*), ou quando atuarem em razão do mandato (*prática propter officium*). Essa prerrogativa permite que o parlamentar atue livre da interferência ou da pressão. De outra ponta, se o parlamentar não estiver no exercício do mandato ou não estiver agindo em razão dele, não estará acobertado pela imunidade (STRECK; DE OLIVEIRA; NUNES, 2013).

Veronese e Machado (2017, p. 708) classificam os atos contidos na inviolabilidade como: a) *atos albergados na inviolabilidade*, ou seja, *todas as manifestações proferidas em reuniões, sessões ou eventos convocados pela respectiva câmara ou por ela acreditados*, a exemplo dos discursos proferidos, votos,

manifestações escritas, realizadas no exercício da função, dotados da oficialidade. Ademais, existem b) os *atos que não são invioláveis*, isto é, sobre eles não incide a garantia porque a situação em que se insere está a atuar o cidadão, e não o parlamentar, por exemplo, uma ofensa proferida em uma festa de final de semana. Depois, há c) os *atos invioláveis ou não, de acordo com a leitura feita da garantia*, quais sejam, aqueles em que a incidência da inviolabilidade fica na dependência do alcance dado ao instituto pelo intérprete, quando por exemplo, existe, ainda que remotamente, algum nexo entre o parlamentar cidadão e sua função pública.

Sobreleva consignar que o Poder Legislativo, nas democracias atuais, sofre constantes crises, máxime, por não conseguir responder, em tempo real, às crescentes demandas do modelo de Estado de bem-estar social que, por sua vez, são atendidas mais rapidamente pela função executiva. Não obstante isso, o Poder Legislativo preserva força representativa, congrega diversidades, não se constituindo um óbice, antes é suporte das liberdades e do Estado Democrático de Direito e, portanto, suas prerrogativas são *conditio sine qua non* de sua existência no regime demoliberal (VERONESE; MACHADO, 2017).

Importante registrar que, no cenário atual, a comunicação, de extrema importância, tornou-se um prolongamento necessário da atividade parlamentar e, dessa forma, a inviolabilidade alcança toda manifestação do parlamentar, desde que se identifique um nexo entre o ato praticado e a qualidade de mandatário político, inclusive pela imprensa. Nesse contexto, o STF já entendeu que “a publicação de nota em jornal e esclarecimento em rádio, contendo calúnias e injúrias contra delegado de polícia, porque relacionadas com o exercício da atividade parlamentar, configuram-se como invioláveis”. A propósito, a ementa do julgado.

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. VEREADORES. INVOLABILIDADE (CF, art. 29, VIII). O texto da atual Constituição, relativamente aos Vereadores, refere à inviolabilidade no exercício do mandato e na circunscrição do Município. Há necessidade, portanto, de se verificar a existência do nexo entre o mandato e as manifestações que ele faça na Câmara Municipal, ou fora dela, observados os limites do Município. No caso,

esses requisitos foram atendidos. As manifestações do *paciente* visavam proteger o mandato parlamentar e a sua própria honra. Utilizou-se, para tanto, de instrumentos condizentes com o tipo de acusação e denúncia que lhe foram feitas pelo Delegado de Polícia. Ficou evidenciado que as referidas acusações e ameaças só ocorreram porque o *paciente* é Vereador. A nota por ele publicada no jornal, bem como a manifestação através do rádio, estão absolutamente ligadas ao exercício parlamentar. Caracterizado o nexo entre o exercício do mandato e as manifestações do *paciente* Vereador, prepondera a inviolabilidade. *Habeas de ferido* (grifos do autor).

Saliente-se que as imunidades materiais são prerrogativas dos deputados estaduais e distritais (respectivamente, art. 27, § 1º, e art. 32, § 3º, ambos da Constituição Federal), sendo norma de observância obrigatória.

A Constituição Federal de 1988 não exige expressamente a existência do nexo entre a imunidade e o exercício do mandato parlamentar, o que tem gerado polêmica sobre ser absoluta ou relativa, e se existe a questão espacial. Bem por isso o STF tem, por meio de seus julgados, interpretado o alcance dessa garantia constitucional. Assim, alguns precedentes serão mencionados a seguir e mostram que a inviolabilidade parlamentar tem, na prática do Direito brasileiro, natureza notoriamente funcional, ou seja, há um núcleo absoluto – o voto, as opiniões e as palavras – proferidos da tribuna parlamentar. Além disso, a imunidade material exige a existência de um *nexo de implicação recíproca* entre o que é falado e o exercício do mandato parlamentar. Assim, o voto integra o núcleo duro da inviolabilidade parlamentar porque é intrinsecamente funcional. Já as palavras e as opiniões expressas da tribuna parlamentar integram o núcleo duro porque pressupõem que seja usada no exercício do mandato parlamentar (AMARAL JÚNIOR, 2020).

Portanto, o nexo de implicação recíproca é demonstrado no caso concreto, situação a que o Ministro Nelson Jobim chama de *contextualidade da questão da inviolabilidade*. A propósito:

[...] o voto do Ministro Sepúlveda Pertence soube captar com clareza o *núcleo da nova contextualidade da questão da inviolabilidade*. A questão é a identificação caso a caso – e aí não vai poder-se fugir – no que diz respeito ao exercício daquilo que ele chamou uma relação de pertinência entre a atividade parlamentar e o ato político [...] (grifo nosso).

Na esteira do que foi exposto, o STF, no Inquérito nº 1.958-5/AC, consigna a necessidade de se distinguirem as situações em que eventuais ofensas são proferidas, isto é, se dentro ou fora do Parlamento, sendo que somente fora é que haverá de se perquirir a chamada *conexão com o exercício do mandato ou com a condição parlamentar*. Já para os pronunciamentos feitos no interior das Casas Legislativas, não cabe indagar o conteúdo das ofensas ou a conexão do mandato, tendo em vista que estarão acobertadas com o manto da inviolabilidade. Nesse caso, caberá à própria Casa a que pertencer o parlamentar coibir eventuais excessos no desempenho dessa prerrogativa. À guisa de corroborar o exposto, a ementa do julgado, que se refere ao caso de deputado estadual que, em discurso no Plenário da Assembleia Legislativa do Acre, e em entrevistas concedidas à imprensa, teria caluniado, injuriado e difamado um juiz federal.

INQUÉRITO. DENÚNCIA QUE FAZ IMPUTAÇÃO A PARLAMENTAR DE PRÁTICA DE CRIMES CONTRA A HONRA, COMETIDOS DURANTE DISCURSO PROFERIDO NO PLENÁRIO DE ASSEMBLEIA LEGISLATIVA E EM ENTREVISTAS CONCEDIDAS À IMPRENSA. INVOLABILIDADE: CONCEITO E EXTENSÃO DENTRO E FORA DO PARLAMENTO.

A palavra *inviolabilidade* significa intocabilidade, intangibilidade do parlamentar quanto ao cometimento de crime ou contravenção. Tal inviolabilidade é de natureza material e decorre da função parlamentar, porque em jogo a representatividade do povo.

O art. 53 da Constituição Federal, com a redação da Emenda nº 35, não reeditou a ressalva quanto aos crimes contra a hon-

ra, prevista no art. 32 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Assim, é de se distinguir as situações em que as supostas ofensas são proferidas dentro e fora do Parlamento. Somente nessas últimas ofensas irrogadas fora do Parlamento é de se perquirir da chamada conexão como exercício do mandato ou com a condição parlamentar (INQ 390 e 1.710). Para os pronunciamentos feitos no interior das Casas Legislativas não cabe indagar sobre o conteúdo das ofensas ou a conexão com o mandato, dado que acobertadas com o manto da inviolabilidade. Em tal seara, caberá à própria Casa a que pertencer o parlamentar coibir eventuais excessos no desempenho dessa prerrogativa.

No caso, o discurso se deu no plenário da Assembleia Legislativa, estando, portanto, abarcado pela inviolabilidade. Por outro lado, as entrevistas concedidas à imprensa pelo acusado restringiram-se a resumir e comentar a citada manifestação da tribuna, consistindo, por isso, em mera extensão da imunidade material. Denúncia rejeitada (grifo nosso).

Dessa forma, tem-se que, no interior de uma Casa Legislativa, a imunidade é absoluta, não podendo ser questionada.

Na seara dos entendimentos já consignados, importante registrar que o STF entende que a garantia constitucional da imunidade material não protege o parlamentar, quando candidato, em pronunciamentos motivados por propósitos exclusivamente eleitorais e que não guardam vinculação com o exercício do mandato legislativo. A propósito:

IMUNIDADE PARLAMENTAR EM SENTIDO MATERIAL (CF, ART. 53, *CAPUT*) – ALCANCE, SIGNIFICADO E FUNÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DA CLÁUSULA DE INVIOABILIDADE – GARANTIA CONSTITUCIONAL QUE NÃO PROTEGE O PARLAMENTAR, QUANDO CANDIDATO, EM PRONUNCIAMENTOS MOTIVADOS POR PROPÓSITOS EXCLUSIVAMENTE ELEITORAIS E QUE NÃO GUAR-

DAM VINCULAÇÃO COM O EXERCÍCIO DO MANDATO LEGISLATIVO – PROPOSTA DE CONCESSÃO, DE OFÍCIO, DA ORDEM DE HABEAS CORPUS, QUE SE REJEITA. – *A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, caput) – destinada a viabilizar a prática independente, pelo membro do Congresso Nacional, do mandato legislativo de que é titular – não se estende ao congressista, quando, na condição de candidato a qualquer cargo eletivo, vem a ofender, moralmente, a honra de terceira pessoa, inclusive a de outros candidatos, em pronunciamento motivado por finalidade exclusivamente eleitoral, que não guarda qualquer conexão com o exercício das funções congressuais.* Precedentes. – O postulado republicano – que repele privilégios e não tolera discriminações – impede que o parlamentar-candidato tenha, sobre seus concorrentes, qualquer vantagem de ordem jurídico-penal resultante da garantia da imunidade parlamentar, sob pena de dispensar-se, ao congressista, nos pronunciamentos estranhos à atividade legislativa, tratamento diferenciado e seletivo, capaz de gerar, no contexto do processo eleitoral, inaceitável quebra da essencial igualdade que deve existir entre todos aqueles que, parlamentares ou não, disputam mandatos eletivos (grifo nosso).

Ademais, sobreleva registrar o entendimento do então Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, no Inquérito nº 390/RO, na esteira de ser importante distinguir a ação do congressista e a ação do político.

Se não se quiser confundir a imunidade material com o privilégio de irresponsabilidade pessoal é preciso o cuidado de distinguir entre a ação do congressista e a ação do político.

A pregação de ideias, o apoio e a crítica a atos dos governos, a qualificação positiva ou negativa de homens públicos são a matéria prima do aliciamento e da mobilização de opiniões, que constituem o empenho cotidiano dos políticos, sejam eles mandatários

ou não: estender a inviolabilidade ao que, nesse trabalho essencialmente competitivo, diga o político, que seja parlamentar, fora do exercício do mandato e sem concessão com ele, é dar-lhe uma situação privilegiada em relação aos concorrentes, que briga com princípios fundamentais da Constituição.

4 – Imunidade parlamentar e discurso de ódio

O discurso de ódio, ademais de ser encontrado em manifestações de cidadãos, pode ocorrer também no Parlamento, o que leva à estigmatização de alguns grupos da sociedade. Atualmente, têm sido encontrados, na prática, vários excessos, sempre sob o fundamento de estarem sob o manto da imunidade material, levando-se ao questionamento dos limites do discurso parlamentar em si, limites esses que têm como paradigma a Constituição Federal de 1988 e a própria democracia e que não podem ser ultrapassados sob pena de responsabilização.

Com efeito, a forma de muitos compreenderem a imunidade parlamentar, ou seja, como sendo uma garantia absoluta, tem se mostrado como um axioma e gerado polêmicas no mundo político, jurídico e na sociedade. Assim, muitos parlamentares têm se respaldado nesse conceito para se manifestar, de forma odiosa, contra minorias e contra grupos vulneráveis.

Resta sublinhar que o alcance da inviolabilidade é tarefa tormentosa porque transita na fronteira entre a impunidade e a imunidade. Se, de um lado, a imunidade parlamentar é inerente ao Estado Democrático de Direito, esse abarca também os direitos fundamentais. Portanto, não é possível aceitar, na *era dos direitos*, o aniquilamento dos direitos fundamentais para que se flexibilize desproporcionalmente a inviolabilidade parlamentar, de forma a se proteger qualquer manifestação (VERONESE; MACHADO, 2017).

Na verdade, o discurso de ódio tornou-se prática recorrente no âmbito parlamentar e fora dele, e sua divulgação está cada vez mais fácil, assim como está mais fácil alcançar o grande público, por meio das mídias sociais. Ocorre que a imunidade parlamentar dificulta a apresentação de uma solução para o caso. E o constituinte, quando assegurou a imunidade material, não previu a ocorrência do discurso de ódio por parte dos parlamentares, nem sua ampla

divulgação, tendo em vista que esse não era um tema recorrente à época. Isso porque as imunidades decorrem da repressão ocorrida durante o período militar, em que a censura política e artística era livremente praticada (LENZ, 2017).

Portanto, fica a pergunta: o discurso de ódio mostra-se como uma exceção à liberdade de expressão parlamentar, ou mais especificamente, relativiza a imunidade parlamentar?

Indo mais além: “quais são os limites jurídico-constitucionais e democráticos hábeis a compreender a imunidade parlamentar como um desdobramento da liberdade de expressão dos parlamentares, sem que os mesmos sejam responsabilizados por suas afirmações?” (COSTA; PINTO, 2019, p. 3)

Para responder a essa pergunta, importante consignar algumas decisões do STF em casos que envolvem a possibilidade de aplicação da imunidade parlamentar, sendo importante comentar algumas delas. Nessa seara, a ação penal promovida contra o ex-Deputado Federal e Pastor Marco Feliciano, por ter feito declarações preconceituosas e discriminatórias e incitar o ódio entre grupos, direcionadas à comunidade LGBT. Entre as declarações, publicou na sua conta do *Twitter* que “a podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam ao ódio, ao crime, à rejeição”. A Corte Suprema afirmou que o ordenamento jurídico repudia falas como essas, inclusive o Ministro Luís Roberto Barroso mencionou em seu voto a existência do discurso de ódio, mas considerou o fato atípico, em razão de que a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, não tipifica o crime de discriminação decorrente de opção sexual. A propósito, a amenta do julgado:

TIPO PENAL – DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO – ARTIGO 20 DA LEI Nº 7.716/89 – ALCANCE. O disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção sexual.

Porém, quanto à incidência da imunidade parlamentar, o Ministro Relator entendeu que “[...] descabe cogitar da configuração. A imunidade pressupõe elo entre o que veiculado e o desempenho do cargo eletivo”.

Outro julgamento mais recente versa sobre a conduta do Deputado Federal Daniel Silveira, que gerou polêmicas entre juristas e entre os próprios ci-

dados; isso tendo em vista o direito fundamental à liberdade de expressão e a imunidade parlamentar. Por ordem do Ministro do STF Alexandre de Moraes, a Polícia Federal prendeu o parlamentar, após ele ter divulgado um vídeo em que, “durante 19m9s, além de atacar frontalmente os Ministros do STF, por meio de diversas ameaças e ofensas à honra, expressamente propaga a adoção de medidas antidemocráticas contra o STF, defendendo o AI-5”. Além disso, defendia a substituição imediata de todos os Ministros e instigava a adoção de medidas violentas contra a vida e a segurança deles em clara afronta aos princípios democráticos, republicanos e da separação de poderes.

O Ministro Alexandre de Moraes entendeu que as revelações do Deputado Daniel Silveira, via redes sociais, foram gravíssimas porque atingiram a honorabilidade dos Ministros do STF e constituem ameaça ilegal à sua segurança. Ademais, mostram o claro intuito de impedir o exercício da judicatura, especialmente, a independência do Poder Judiciários e a manutenção do Estado Democrático de Direito, que vincula a todos, máxime, as autoridades públicas, ao absoluto respeito aos direitos e às garantias fundamentais; isso de forma a se afastar qualquer tendência de autoritarismo e concentração de poder.

O Ministro pontuou também que a Constituição Federal não permite a propagação de ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático (arts. 5º, XLIV; 34, III e IV) e nem mesmo a realização de manifestações nas redes sociais que tenham por fito romper o Estado de Direito e extinguir a separação de poderes, uma das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º).

Abordando a questão da liberdade de expressão, afirmou que esse direito fundamental mais o pluralismo de ideias são valores estruturantes do sistema democrático. Assim, a livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático encontram-se interligados com liberdade e expressão e visam não somente proteger pensamentos e ideias, como também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos; isso para garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva. Portanto, asseverou serem inconstitucionais as condutas e as manifestações que tenham o claro objetivo de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático, ou até mesmo aquelas que pretendam destruí-lo, juntamente com suas instituições republicanas, que preguem a violência, o arbítrio, o desrespeito à separação de poderes e aos direitos fundamentais.

Do julgamento adveio a seguinte ementa que enfatizou a necessidade de conexão entre as manifestações do parlamentar e o desempenho de sua função legislativa para configuração da imunidade material; bem como que a Constituição Federal não permite a propagação de ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático.

PENAL E PROCESSO PENAL. NÃO INCIDÊNCIA DE INVIOABILIDADE PARLAMENTAR (CF, ART. 53, *CAPUT*). POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO DE DEPUTADO FEDERAL PELA PRÁTICA DE CRIME INAFIANÇÁVEL (CF, ARTIGO 53, §2º). NECESSIDADE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS DELIBERAR *SOBRE SUA MANUTENÇÃO. DECISÃO REFERENDADA. 1. A Constituição Federal não permite a propagação de ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático (CF, art. 5º, XLIV; 34, III e IV), nem tampouco a realização de manifestações nas redes sociais visando ao rompimento do Estado de Direito, com a extinção das cláusulas pétreas constitucionais – Separação de Poderes (CF, art. 60, §4º), com a consequente, instalação do arbítrio. 2. Não incidência da imunidade parlamentar prevista no caput, do art. 53, da Constituição Federal. A jurisprudência da CORTE é pacífica no sentido de que a garantia constitucional da imunidade parlamentar material somente incide no caso de as manifestações guardarem conexão com o desempenho da função legislativa ou que sejam proferidas em razão desta; não sendo possível utilizá-la como verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas. Precedentes. 3. As condutas praticadas pelo parlamentar foram perpetradas em âmbito virtual, por meio da publicação e divulgação de vídeos em mídia digital (YouTube) durante todo o dia, com constante interação do mesmo, situação que configura crime permanente enquanto disponível ao acesso de todos, ainda que por curto espaço de tempo, permitindo a prisão em flagrante do agente [...] (grifos nossos).*

Outro caso julgado pelo STF refere-se à palestra proferida, em abril de 2017, pelo então Deputado Federal Jair Messias Bolsonaro, no Clube Hebraica do Rio de Janeiro, em que, segundo narra a denúncia oferecida pela Procuradora-Geral da República, manifestou-se de forma negativa e discriminatória sobre quilombolas, indígenas, refugiados, mulheres e LGBTs. Aponta que as falas do então Deputado caracterizariam discurso de ódio. Imputa-lhe, pois, a prática do crime definido no art. 20, *caput*, da Lei nº 7.716, isto é, “praticar, induzir ou incitar discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Narra que, no discurso, comparou os integrantes da comunidade quilombola a animais, vez que foi utilizada a palavra *arroba* para referir-se a essas pessoas. Transcreva-se, entre outras falas, o seguinte excerto do discurso questionado: “[...] Eu fui em um quilombola em El Dourado Paulista. Olha, o afrodescendente mais leve lá pesava sete arrobas. Não fazem nada! Eu acho que nem para procriador eles servem mais [...]”.

O STF entendeu que as declarações do então Deputado Federal não tinham finalidade de repressão, dominação, supressão ou eliminação, não tendo, portanto, caráter discriminatório e, por sua vez, não se amoldam ao crime definido no art. 20 da Lei nº 7.716. No tocante à imunidade parlamentar, o Presidente do Clube Hebraica do Rio de Janeiro assinou declaração de que o convite para a palestra se deu para proceder à exposição de visão geopolítica e econômica do País, portanto, em razão do exercício do cargo de deputado federal. Dessa forma, incidiria a imunidade parlamentar.

DECLARAÇÕES – CARÁTER DISCRIMINATÓRIO – INEXISTÊNCIA. Declarações desprovidas da finalidade de repressão, dominação, supressão ou eliminação não se investem de caráter discriminatório, sendo insuscetíveis a caracterizarem o crime previsto no artigo 20, cabeça, da Lei nº 7.716/1989. DENÚNCIA – IMUNIDADE PARLAMENTAR – ARTIGO 53 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INCIDÊNCIA. A imunidade parlamentar pressupõe nexo de causalidade com o exercício do mandato. Declarações proferidas em razão do cargo de Deputado Federal encontram-se cobertas pela imunidade material.

Depreende-se dos julgados acima comentados que a aplicação da imunidade material dependerá da casuística, ou seja, examinando-se, no caso concreto, se as palavras foram proferidas pelo parlamentar no interior da Casa Legislativa ou, se fora dela, se guardam pertinência com o mandato parlamentar.

5 – Conclusão

A liberdade de pensamento e de manifestação, como direito fundamental, é garantia sobremodo importante em um Estado Democrático, sendo até mesmo um de seus pilares. Contudo tem sido invocada para, muitas vezes, ser o manto protetor de discursos ofensivos, os chamados *hate speech*. Nesses casos, implica sempre a colisão de direitos fundamentais, ou seja, a liberdade de expressão, de um lado e, de outro, os princípios constitucionais da não-discriminação e de proteção da dignidade humana. Já foram julgados pelo STF casos emblemáticos envolvendo esse conflito, o qual tem decidido que, seja por hierarquia constitucional, seja pela ponderação de princípios, a liberdade de expressão não pode salvaguardar condutas ilícitas.

O mesmo tem ocorrido no uso da imunidade parlamentar material, que deve estar em consonância com os já referidos princípios constitucionais. Para alcançar esse mister, é necessária uma delimitação do alcance da liberdade de expressão, de forma que, também nesse caso, a imunidade material não sirva para proteger condutas configuradoras de injúria, calúnia, difamação bem como o discurso de ódio.

Do presente estudo verifica-se a impossibilidade de haver limitações prévias ao direito fundamental de liberdade de manifestação e de expressão, tendo em vista que poderá caracterizar censura. Todavia, não obstante sua importância para a consolidação da democracia, o excesso no exercício dessa liberdade, que não dispõe de caráter absoluto, pode trazer consequências negativas para as minorias.

O debate e a perspectiva jurisprudencial sobre a importância da liberdade de expressão refletem, diretamente, a maneira como os questionamentos relativos aos discursos de ódio serão enfrentados. Dependem, ainda, da análise casuística. De toda a forma, segue sendo um desafio encontrar um ponto de equilíbrio entre o pleno exercício da liberdade de pensamento e de manifestação

e a plena proteção da dignidade da pessoa humana, da não-discriminação e da igualdade, seja pelos cidadãos em geral, seja pelos parlamentares.

Nesse último aspecto, como já tem se posicionado o STF, essa garantia é absoluta apenas quando o discurso é proferido no interior da Casa Legislativa. Quando proferido fora dela, há necessidade de se comprovar o nexo de implicação recíproca entre o que é falado e o exercício do mandato parlamentar, para que se possa aplicar a imunidade material, que, por sua vez, é garantia de autonomia do Poder Legislativo frente aos outros Poderes, e não instrumento para salvaguardar condutas ilícitas.

6 – Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jan. 2022.

_____. Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da União. Brasília, 1989. Disponível em: <[L7716 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 26 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário com Agravo nº 891.647. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 15 de setembro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 20 out. 2015. nº 209. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307955492&ext=.pdf>>. Acesso em 10 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 81.730. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 18 de junho de 2002. Diário da Justiça. Brasília, 1º ago 2003. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78839>>. Acesso em: 10 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424. Relator: Ministro Moreira Alves. Redator de acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003, Diário da Justiça. Brasília, 19 mar 2004. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em 10 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 390. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 30 de outubro de 2021. Diário da Justiça. Brasília, 6 dez 1991. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80570>>. Acesso em: 10 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 1.958-5. Relator: Ministro Carlos Velloso. Redator para o Acórdão: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 29 de outubro de 2003. Diário da Justiça. Brasília, 18 fev. 2005. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80671>>. Acesso em: 10 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3.590. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de agosto de 2014. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 12 set. 2014. nº 177. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176>>. Acesso em: 10 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4.694. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de setembro de 2018. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 1º ago 2019. nº 167. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750302384>>. Acesso em: 10 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4.781. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2021. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 14 mai 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755857214>>. Acesso em: 10 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 210.917-7. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 12 de agosto de 1998, Diário da Justiça. Brasília, 18 jun 2001. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=210917&classe=RE>>. Acesso em: 10 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Inquérito nº 1400-2. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 4 de dezembro de 2002, Diário da Justiça. Brasília, 10 out 2003. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80803>>. Acesso em: 10 out. 2021.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da

liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP: Linha Pesquisa Acadêmica).

COSTA, Fabrício Veiga; PINTO, Alisson Alves. Discurso de ódio e os Limites Jurídico-Constitucional-democráticos da imunidade parlamentar na Constituição Federal de 1988. In: Revista Faculdade de Direito. UFG, v. 43, p. 1-21, 2019. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/60487>>. Acesso em: 15 out. 2021.

FARIAS, Edilsom. Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. 208p, apud TASSINARI, Clarissa; MENEZES NETO, Elias Jacob de. Liberdade de expressão e hate speeches: as influências da jurisprudência dos valores e as consequências da ponderação de princípios no julgamento do caso Ellwanger. In: Vol. 9, nº 2, jul.-dez. 2013. Revista Brasileira de Direito – IMED. Disponível em: < <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/461/435>>. Acesso em: 13 out. 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. Inviolabilidade parlamentar. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

KURANAKA, Jorge. Imunidades parlamentares. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

LENZ, Fernanda Schirmer. O tratamento jurídico da imunidade parlamentar em face do discurso do ódio. Curitiba: CRV, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2017.

MICHELMAN, Frank. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, apud SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. vol 5, nº 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019. Journal of Institutional Studies. Revista de Estudos Institucionais.

Disponível em: <file:///C:/Users/regia/Downloads/428-1767-1-PB.pdf>. Acesso em: 13 out. 2021.

PAULINO, Lucas Azevedo. Imunidade material parlamentar, liberdade de expressão e discurso do ódio: parâmetros para o tratamento jurídico do hate speech parlamentar. In: PEREIRA, Rodolf Viana (Org). Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio. Vol. 1. Belho Horizonte: IDDE, 2018, p. 137-162. Disponível em: <<https://goo.pl/8SWk2d>>. Acesso em: 13 out. 2021.

PRIETO SANCHIS, Luís. El juicio de ponderación constitucional. In: LAPOR-TA, Francisco (Coord.). Constitución: problemas filosóficos. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2003, apud REALE Júnior, M. (2010). Limites à liberdade de expressão. Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], 11(2), 374–401. Recuperado. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1954>>. Acesso em: 13 out. 2021.

REALE Júnior, M. (2010). Limites à liberdade de expressão. Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], 11(2), 374–401. Recuperado. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1954>>. Acesso em: 13 out. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. vol 5, nº 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019. Journal of Institutional Studies. Revista de Estudos Institucionais. Disponível em: <file:///C:/Users/regia/Downloads/428-1767-1-PB.pdf>. Acesso em: 13 out. 2021.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em 15 out 2021.

STRECK, Leno Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; NUNES, Dierle. Comentário ao art. 53. In: CANOTILHO, J. J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

VERONESE, Osmar; MACHADO, Marsal Cordeiro. Inviolabilidade parlamentar na era da informação. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; JÚNIOR, Nelson Nery (coords). Crise dos poderes da república; Judiciário, Legislativo e Executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DA VINCULAÇÃO LEGAL DAS MANIFESTAÇÕES DO CIDADÃO ÀS INDICAÇÕES E AO REQUERIMENTO DE ACESSO À INFORMAÇÃO NO PODER LEGISLATIVO

Douglas Stravos Diniz Moreno

Procurador Legislativo e Ouvidor Executivo da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco, Recife-PE, Brasil. *Master of Law (LLM) Victoria University of Wellington*, Nova Zelândia. Especialista em Direito Público e Privado, Faculdade de Lisboa, Portugal. Bacharel em Direito pela UFPE, Recife-PE.
dstravos@gmail.com

Sumário: 1 – Introdução. 2 – As indicações no Poder Legislativo. 3 – Como funcionam as indicações. 4 – Como as manifestações dos cidadãos podem se transformar em indicações. 5 – Da boa prática das indicações: caso concreto. 6 – Do requerimento de acesso à informação de iniciativa do parlamento. 7 – Dificuldades com o requerimento de acesso à informação de iniciativa do parlamento. 8 – Perspectivas do requerimento de acesso à informação de iniciativa do parlamento. 9 – Da vinculação legal pretendida. 10 – Conclusão. 11 – Referências.

Resumo: Este artigo explora como as manifestações dos cidadãos apresentadas nas ouvidorias legislativas podem se transformar em indicações ou em requerimento de acesso à informação pelo parlamento. Os dois institutos são apresentados de forma comparativa com base nos regimentos internos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Assembleia Legislativa do estado de Pernambuco e da Câmara Municipal de Recife para demonstrar o seu funcionamento, os seus limites e as suas dificuldades e como repercutem tanto nas esferas federal,

estadual e municipal. Ao final, a pesquisa refletiu sobre um possível redirecionamento das manifestações do cidadão pelas ouvidorias legislativas, em determinadas circunstâncias, para o formato dessas proposições legislativas como forma de otimizar o exercício do controle externo da Administração Pública, cuja titularidade é do Poder Legislativo.

Palavras-Chave: Indicações. Acesso à informação. Poder Legislativo. Ouvidoria legislativa.

LINKING CITIZENS COMPLAINTS TO OVERSIGHT TOOLS AND REQUEST TO ACCESS TO INFORMATION FROM LEGISLATIVE BRANCH

Abstract: This article aims to explore how the citizens complaints are applied to the Legislative Ombudsman's offices and how they can become recommendations or request for access to information. There are two institutes that are presented comparatively based on the internal regulations of the Chamber of Deputies, the Federal Senate, the Legislative Assembly of the State of Pernambuco and Local Parliament of Recife, to demonstrate their functionality, limits and difficulties and how they have repercussion at the federal, state and local levels. In the end, this paper instigates the reflection on a possible redirection of citizen's application by Legislative Ombudsmen, in certain circumstances, to the format of these legislative proposals as a way to optimize the exercise of external control by the public administration, which duties lies on the Legislative Branch.

Keywords: Recommendations. Complaints. Access to Information. Parliament, Ombudsmen.

1 – Introdução

O presente estudo visa a analisar dois institutos que são bem peculiares no dia a dia do Poder Legislativo: as Indicações e o Requerimento de Acesso à Informação pelo Parlamento. O objetivo é averiguar quais os pontos de conexão e as dificuldades que podem ser encontradas para que se vinculem às manifestações do cidadão perante as Ouvidorias Legislativas e o uso desses tipos de intervenção muito representativos do exercício do poder fiscalizatório no controle externo da Administração Pública.

Como é cediço, o modelo de separação de poderes e de suas funções típicas no Estado brasileiro atribuiu ao Poder Executivo a função administrativa, ou seja, a de executar as atividades dentro da sua competência, conforme distribuição prevista no texto constitucional. Ao Poder Legislativo, além da função de inovação legislativa, definiu-se como sua a função fiscalizatória de controle externo da Administração Pública, cabendo ao Poder Judiciário a função judicante (CANOTILHO, 2013, p. 145).

Por esse motivo, o caminho primário para se buscar informações ou formalizar insatisfações contra a omissão ou a má atuação do Poder Executivo, por meio dos seus órgãos, é por intermédio das suas respectivas Ouvidorias. Nelas, o cidadão espera que a sua demanda seja ouvida pelo próprio órgão reclamado e/ou que seja devidamente tratada, em sede de controle interno, para uma possível solução ou atuação que lhe compete.

Nada obstante, nem sempre a informação é fornecida ou a insatisfação é corrigida pelo órgão reclamado após esgotados todos os recursos. Pode ocorrer que uma informação seja negada ou uma decisão mantida, sem nenhum ato de gestão praticado, por questões meramente de política local, alianças e compromissos eleitorais, corporativismo, perseguição política, dificuldades orçamentárias, dentre outras influências de natureza político-administrativa que impedem a solução do caso, e o cidadão se sente com *as mãos atadas*.

É nesse cenário que o cidadão pode provocar a atuação do Poder Legislativo, uma vez que, além do exercício do controle financeiro-orçamentário, a cargo dos Tribunais de Contas (arts. 70 e 71 da Constituição Federal), cabe-lhe o exercício do controle político-administrativo sobre todos os atos praticados pela Administração Pública.

Reza a Constituição Federal como competência exclusiva do Congresso Nacional: “art. 49, X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; [...]”

Com esse fundamento constitucional, o cidadão pode protocolar a sua manifestação perante as Ouvidorias Legislativas instaladas na Câmara dos Deputados, no Senado Federal, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais (MORENO, 2017/2018).

Por conseguinte, a questão a ser enfrentada diz respeito ao *modus operandi*, ou seja, como essas manifestações do cidadão que chegam às Ouvidorias Legislativas podem ser melhor otimizadas dentro do ambiente parlamentar. É possível que uma reclamação do cidadão possa assumir o trâmite de uma proposição legislativa denominada Indicação? O pedido de acesso à informação negado ao cidadão, com esgotamento de todos os recursos, pode ser reiterado e convertido em um requerimento de acesso à informação formulado pelo Parlamento?

Enfim, o presente artigo ilustra ainda, nos anexos, exemplos práticos dessas duas alternativas que vigoram nas Casas Legislativas, tomando como fonte de estudo os Regimentos Internos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Assembleia Legislativa do estado de Pernambuco e da Câmara Municipal do Recife, para desenvolver o tema sob a ótica do que acontece no Poder Legislativo, nas esferas federal, estadual e municipal.

2 – As indicações no Poder Legislativo

As Indicações no Poder Legislativo estão previstas nos Regimentos Internos do Parlamento brasileiro. Elas surgiram em comunhão com o processo de redemocratização brasileiro e visam a dar concretude ao comando constitucional relativo ao poder fiscalizatório da Administração Pública, que é titularizado pelo Poder Legislativo (CAMINO, 2010).

Inicialmente, as Indicações foram tímidas no ambiente legislativo e não tiveram muito impacto como manobra importante de atuação parlamentar. Na Câmara dos Deputados, entre 1992 e 2005, obteve-se um total 13.401 indicações, apresentadas entre 1992 e 2005. Entretanto, nos dias atuais, o instituto tem sido bastante acionado em todas as Casas Legislativas. Nos últimos anos,

na Assembleia Legislativa do estado de Pernambuco, desde 2015 até março de 2021, os Deputados Estaduais elaboraram mais de 18.882 pedidos de Indicação.

No plano federal, no Regimento da Câmara dos Deputados Federais e no Regimento do Senado Federal, as Indicações têm previsão semelhante; isso porque, no Senado Federal, o Regimento Interno foi recentemente alterado pela Resolução nº 14/2019, passando as Indicações a ter não somente efeitos internos, mas também externos, sendo ambas as previsões referências para que o procedimento seja replicado nas demais Casas Legislativas do País.

Na Câmara dos Deputados:

art. 113. Indicação é a proposição através da qual o deputado:

I – sugere a outro Poder a adoção de providência, a realização de ato administrativo ou de gestão, ou o envio de projeto sobre a matéria de sua iniciativa exclusiva;

II – sugere a manifestação de uma ou mais Comissões acerca de determinado assunto, visando à elaboração de projeto sobre matéria de iniciativa da Câmara.

No Senado Federal:

art. 224. Indicação é a proposição por meio da qual o Senador ou a comissão: (Redação dada pela Resolução nº 14 de 2019)

I – sugere a outro Poder a adoção de providência, a realização de ato administrativo ou de gestão ou o envio de projeto sobre matéria de sua iniciativa exclusiva; (Incluído pela Resolução nº 14 de 2019)

II – sugere que o assunto focalizado seja objeto de providência ou estudo pelo órgão ou pela comissão competente da Casa, com a finalidade de seu esclarecimento ou de formulação de proposição legislativa. (Incluído pela Resolução nº 14 de 2019)

No âmbito estadual, pode-se exemplificar o instituto disciplinado pelo art. 213 e seguintes do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do estado de Pernambuco.

Na Assembleia Legislativa do estado de Pernambuco (ALEPE):

art. 213. As indicações, de iniciativa de Deputado ou de Comissão, encaminham sugestões ou apelos:

I – aos Poderes Executivo e Judiciário, para providências, prática de ato administrativo ou envio de proposição, no âmbito de suas competências privativas;

II – ao Ministério Público, Tribunal de Contas e Defensoria Pública, para providências, prática de ato administrativo ou envio de proposição, no âmbito de suas competências privativas;

III – à Comissão ou à Mesa Diretora, para elaboração de Projeto ou outras providências, relacionados a matéria de competência da Assembleia.

E, na esfera municipal, toma-se o modelo da Câmara Municipal do Recife, consoante previsão no seu Regimento Interno, para reafirmar o uso frequente das Indicações pelos Vereadores (anexos do Regimento Interno da Câmara).

Na Câmara Municipal do Recife:

art. 264. Serão obrigatoriamente escritos, sujeitos à deliberação do Plenário, com possibilidade de discussão, os requerimentos que solicitem:

[...]

VI – envio de indicação ao Prefeito ou a órgãos da administração direta ou indireta, sugerindo a execução de obras, serviços públicos e melhoramentos reclamados pelo interesse público;

VII – apelo à autoridade pública federal ou estadual, ou a entidade paraestatal ou particular, para a realização de empreendimento público ou de iniciativa privada, intimamente relacionado com reivindicações de munícipes.

A Indicação tem natureza de uma proposição legislativa e se situa no mesmo rol dos projetos de lei, dos requerimentos e das emendas (art. 211, IV do Regimento Interno do Senado Federal). Ela pode ter autoria individual, se for promovida por um parlamentar; ou coletiva, se for proposta por uma Comissão. Na prática, não tem sido observada a coautoria para que a Indicação tenha maior suporte, com mais de um deputado subscritor, mas é possível ocorrer. Em destaque, é comum acompanhar a Indicação uma justificativa do subscritor que esclarece qual a motivação da proposição (anexos do Regimento Interno da Câmara).

Uma preocupação relevante diz respeito ao aprimoramento do texto das Indicações, de modo que o Parlamentar e sua assessoria devem ser capacitados para que o conteúdo das Indicações seja apropriado para registrar e despertar com clareza o problema; que esteja dentro da sua competência fiscalizadora; bem como que a autoridade a quem ela é dirigida seja a responsável para tratar do assunto.

Um ponto de fragilidade das Indicações diz respeito ao caráter de sugestão ou apelo que lhe é emprestado, ou seja, as Indicações não compelem a autoridade destinatária a atender compulsoriamente ao reclame, sendo discricionário o seu cumprimento. Entrementes, não se pode negar que as Indicações podem causar incômodo, uma vez que é uma proposição legislativa subscrita por um parlamentar eleito ou por uma Comissão Parlamentar e aprovada pelo Parlamento, sendo publicada em Diário Oficial, tendo, portanto, substrato político relevante para produzir efeitos.

3 – Como funcionam as indicações

Quanto ao alcance da medida, a Indicação pode produzir efeitos internos, ou seja, quando é voltada para instigar o próprio órgão do Legislativo a exercer a sua competência legislativa de produzir ou emendar uma lei; ou com efeitos

externos quando se materializa como uma sugestão ou apelo a outro órgão da Administração Pública ou até mesmo do exterior.

As indicações podem depender de aprovação de Comissões ou do Plenário (art. 264 do Regimento Interno da Câmara de Vereadores do Recife), a depender do Regimento Interno de cada Casa Legislativa. Normalmente, as Indicações com efeitos externos são colocadas na ordem do dia e despachadas pela Presidência, recebem uma numeração de controle e são submetidas à publicação no Diário Oficial, sendo o conteúdo do apelo ou da sugestão remetido à autoridade destinatária. As indicações com efeitos internos dirigidas à análise das Comissões Parlamentares provocam normalmente a elaboração de um Parecer, uma vez que podem se tornar um projeto legislativo, caso o opinativo seja favorável; ou arquivadas, caso contrário (art. 113 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados).

Por sua vez, nem sempre a Indicação tem sua tramitação livre, ou seja, alguns Regimentos impõem controle da Presidência/Mesa Diretora e/ou da submissão a decisão do Plenário, o que dificulta a atuação parlamentar, sobretudo quando há interesse contrário das forças políticas envolvidas. Todavia, na sua grande maioria, as Indicações são despachadas normalmente e encaminhadas às autoridades, sem restrições.

Conforme se observa, há algumas variações de procedimento das Indicações a depender da Casa Legislativa a que se refere, todavia, em maior ou menor grau burocrático, as Indicações são vistas, de modo geral, como uma forma de prestação de contas da atividade parlamentar, ou seja, um meio que os parlamentares utilizam para demonstrar que estão atendendo aos pleitos que lhe chegam normalmente de suas bases eleitorais.

4 – Como as manifestações dos cidadãos podem se transformar em indicações

No cenário atual, não há uma vinculação legal entre as manifestações dos cidadãos que são apresentadas nas Ouvidorias Legislativas e essas Indicações. O que se observa é que as reclamações que surgem nas Ouvidorias Legislativas são encaminhadas tão somente aos seus órgãos diretivos como a Mesa Diretora e a Presidência e nem sempre se transformam em pleitos efetivos ou Indicações, sobretudo quando essas autoridades acima mencionadas estão alinhadas com o

Governo vigente, pelo que não há expectativa de que as questões, muitas vezes relevantes, contidas nessas manifestações, sejam transformadas em Indicações.

Por sua vez, o que alimenta a elaboração das Indicações por iniciativa própria do parlamentar são as demandas que surgem das suas próprias bases eleitorais, atuando o deputado ou vereador em prol de uma causa subjacente, trazida diretamente pelo seu eleitorado mais próximo. Por consequência, existe uma lacuna para o cidadão que não tem acesso aos parlamentares, e essa vinculação sugerida nesse trabalho seria essencial.

Nesse compasso, quando o indivíduo reclama nas Ouvidorias Legislativas que a sua rua está esburacada ou que não foi pavimentada; ou que está repleta de lixo não recolhido; ou que a fiação da praça pública está exposta; ou que o saneamento se encontra insuficiente ou que há falta de água na comunidade, sem que o Governo (Poder Executivo) tenha lhe dado uma justificativa satisfatória, sem previsão de qualquer solução para a sua reclamação, a melhor prática para esse tipo de manifestação que chega às Ouvidorias Legislativas seria o seu envio para parlamentares e/ou Comissões para que fossem avaliadas e transformadas em Indicações após as formalidades regimentais.

Por sua vez, as sugestões de projetos de lei e emendas que são protocoladas pelos cidadãos também podem ser transformadas em Indicações, uma vez que foi visto nos Regimentos Internos acima transcritos que essa proposta legislativa pode ser utilizada para instigar que o próprio parlamento, por intermédio de suas comissões permanentes, realize a função que lhe é inerente de inovação legislativa, sendo uma forma de controle interno importante.

Noutra via, há de ser estabelecida uma rotina de repostas obrigatórias a essas Indicações oriundas do Poder Legislativo pelas autoridades destinatárias, tenham ela fonte nas manifestações do cidadão perante as Ouvidorias Legislativas ou por iniciativa do próprio parlamentar, como uma prestação de contas a ser cumprida, uma vez que se trata de atuação típica de controle externo, com suporte na aplicação do princípio da transparência em toda a sua plenitude.

5 – Da boa prática das indicações: caso concreto

Apenas para ilustrar como esse meio pode ser muito bem adotado, cumpre registrar a prática bem sucedida da Ouvidoria Municipal da Prefeitura de

Campo Grande, que foi vencedora recentemente do 2º Lugar do Concurso de Boas Práticas promovido pela Controladoria-Geral da União em 2020, quanto ao tratamento das Indicações com o Projeto intitulado: *Integração entre a Prefeitura e a Câmara de Vereadores de Campo Grande, MS para atendimento das Indicações das necessidades de Obras e Serviço à população.*

Após caracterizar a Indicação como uma ponte relevante entre os cidadãos e a Prefeitura de Campo Grande, intermediada pelos Vereadores, a prática demonstrou que houve a integração dos Sistemas denominados Sistema de Gerenciamento das *Indicações* utilizada pela Câmara dos Vereadores (SGL4) e Sistema utilizado pela Prefeitura de Campo Grande para gerenciar todas as Ordens de Serviços abertas pelos munícipes, assim como as *Indicações* dos vereadores (FALA CAMPO GRANDE), que permitiram maior organização, celeridade e transparência para que o Prefeito deliberasse sobre as Indicações recebidas das Câmaras dos Vereadores, permitindo, inclusive, a consulta sobre o andamento dessas proposições.

Assim, do total de 193.785 manifestações dirigidas à Prefeitura Municipal para uma resposta, e recolhidas pelos sistemas SGL4 e FALA CAMPO GRANDE, 54% foram Indicações das Câmaras de Vereadores, sendo 46% as Ordens de Serviço provenientes de Munícipes. Esses dados revelam o uso acentuado das Indicações no Poder Legislativo, reafirmando a sua função típica de órgão fiscalizador da Administração Pública.

Os referidos sistemas que foram implementados integrando o Poder Executivo e o Poder Legislativo em Campo Grande eliminaram a duplicidade e a burocracia das manifestações, minimizando os esforços dos vereadores para fazer uma Indicação, melhorando o índice de reposta a essas Indicações e, assim, contribuíram para a melhoria da imagem da Câmara Municipal.

Essa boa prática revelou a importância das Indicações propostas pelos Vereadores como uma ponte de comunicação relevante entre os cidadãos e o Prefeito Municipal e conferiu significado não somente ao seu registro, mas também ao seu acompanhamento pelos Vereadores pelos sistemas que foram implementados, fazendo com que o Prefeito passe a incluir na sua pauta de deliberações a resposta necessária a essas Indicações.

Desse modo, observa-se que as Indicações, caso sejam efetivamente im-

plementadas com essa característica, representem um instrumento valioso para o cidadão e um serviço legislativo relevante prestado pelos vereadores ou pelos deputados, pois são manifestações dos cidadãos com o aditivo político necessário, fazendo com que o destinatário dessas Indicações se sinta compelido a apresentar uma resposta em obediência ao princípio da transparência.

Em destaque, a prática chama à atenção pela importância da consolidação das Ouvidorias nas Câmaras Municipais, uma vez que elas poderão realizar esse redirecionamento das manifestações para que elas ganhem esse reforço político no plano local, com a sua conversão em Indicações, a exemplo do que ocorreu de forma bem-sucedida no Município de Campo Grande/MS.

6 – Do requerimento de acesso à informação de iniciativa do parlamento

Um outro mecanismo de controle previsto nos regimentos das Casas Legislativas diz respeito ao requerimento de acesso à informação formulado pelo Parlamento, por meio dos seus órgãos diretivos e das comissões.

Ao contrário das Indicações que possuem fonte regimental, a prerrogativa de acessar informações de órgãos públicos pelo Parlamento foi atribuída desde a Constituição de 1988 aos órgãos legislativos, ou seja, bem antes de vigorar a Lei de Acesso à Informação (LAI). Com suporte no texto constitucional, o parlamentar tinha uma posição privilegiada como *cidadão parlamentar*, uma vez que havia um prazo de resposta e a configuração de crime de responsabilidade caso não atendida, o que não ocorria para os cidadãos não parlamentares.

Eis o que determina a Constituição Federal:

art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando em crime de responsabilidade a ausência sem justificção adequada.

[...]

§ 2º As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informação a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no *caput* deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não-atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas.

Esse instituto foi replicado pelo princípio da simetria para os estados e os Municípios, nas suas Constituições Estaduais e suas Leis Orgânicas, conferindo poderes às Assembleias Legislativas e às Câmara de Vereadores, por suas Mesas Diretoras, para demandar informações do Poder Executivo, seus órgãos e suas secretarias correspondentes (art. 13, § 2º e § 3º da Constituição do estado de Pernambuco).

De modo peremptório, o pedido de acesso à informação, apesar de poder ser requerido por um parlamentar individualmente, deve ser examinado e deliberado por Comissão Parlamentar de Inquérito ou pela Presidência (art. 214, I Parágrafo único do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do estado de Pernambuco e art. 259, V do Regimento Interno da Câmara Municipal de Vereadores do Recife) ou Mesa Diretora (art. 116, IV do Regimento Interno da Câmara dos Deputados Federais), não sendo possível que o Parlamentar ingresse diretamente com pedido de acesso à informação, atuando em nome do Parlamento, por meio do órgão destinatário, ou seja, sem o aval positivo dos que dirigem as Casas Legislativas.

Em diapasão, os regimentos internos reproduziram e regulamentaram a regra de matriz constitucional, sendo possível observar como o instituto está disciplinado nos exemplos trazidos neste estudo no Legislativo, seja na esfera federal, na estadual ou na municipal.

Eis o Regimento Interno da Câmara dos Deputados Federais: “art. 116. Os pedidos escritos de informação a Ministro de Estado, importando crime de responsabilidade a recusa ou o não-atendimento no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas, serão encaminhados pelo Primeiro-Secretário da Câmara, observadas as seguintes regras”.

O Regimento Interno da Assembleia Legislativa do estado de Pernambuco prevê:

art. 214. Os requerimentos, escritos ou verbais, são proposições de iniciativa dos Deputados, de Comissões Parlamentares, que encaminham solicitações relativas a providências de competência exclusiva da Assembleia.

Parágrafo único. Os requerimentos de pedidos de informações têm por finalidade solicitar esclarecimentos sobre fatos relacionados a matérias legislativas, em tramitação, ou sujeitas à fiscalização da Assembleia.

O Regimento Interno da Câmara Municipal do Recife prescreve que: “art. 259. Serão despachados pelo Presidente os requerimentos escritos que solicitem: [...] V – informações ao Prefeito ou, por seu intermédio, a órgão da administração direta ou indireta, no qual não se tenha pedido, expressamente, audiência do Plenário.

7 – Dificuldades com requerimento de acesso à informação de iniciativa do parlamento

Muito se discute se, com o advento da Lei de Acesso à Informação, essa modalidade de obtenção de informação pelo Poder Legislativo teria sido revogada ou estaria incompatível com o novo procedimento consagrado na Lei de Acesso à Informação.

Como já foi dito, o pedido parlamentar de acesso à informação tem matriz constitucional, e há previsão de sua utilização nos diversos regimentos internos das Casas Legislativas no nosso País. A sua titularidade pertence ao Parlamento, e não ao cidadão ou ao parlamentar *per se*. Em que pese o parlamentar possa apresentar o requerimento, ele será submetido ao crivo da Mesa Diretora e/ou da Presidência do órgão legislativo e, somente após despachado, enviar-se-á para a autoridade destinatária com *status* de proposição legislativa oriunda do Parlamento.

Assim, existe um procedimento específico e limitador quanto à obtenção dessas informações que divergem bastante da Lei de Acesso à Informação (art 116, II, a, b, c do Regimento da Câmara dos Deputados). O prazo para reposta

da autoridade destinatária, por exemplo, é de 30 (trinta) dias, sem possibilidade de prorrogação e, na Lei de Acesso à Informação, o prazo é de 20 (vinte) dias, prorrogáveis por mais 10 (dez) dias, sendo possível, nesse último caso, a oposição de recurso (art.11 da LAI).

Há inclusive certa dose de subjetividade na recusa dos requerimentos de informação de parlamentares apreciados pelas Mesas Diretoras, caso eles sejam considerados *inconvenientes* (art. 116, IV do Regimento Interno da Câmara dos Deputados Federais), utilizem expressões inadequadas ou que possam causar algum constrangimento à Casa Legislativa e aos seus membros (art. 259, § 1º do Regimento Interno da Câmara de Vereadores do Recife). Noutro sentido, na Lei de Acesso à Informação prevalece a premissa de que estão proibidas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informação de interesse público (art.10, § 3º da LAI).

De modo incisivo, ainda, o requerimento de acesso à informação pelo Parlamento, desde que cumpridos todos os trâmites regimentais, caso não respondido no prazo legal ou se respondido de forma falsa, caracteriza crime de responsabilidade. Na LAI, o descumprimento do pedido de acesso à informação, além da responsabilização do agente público, a conduta apurada pode vir a ser caracterizada não só como crime de responsabilidade, mas também de improbidade administrativa (art. 32 e seguintes da LAI).

Assim, em que pese a distância procedimental do requerimento de acesso à informação pelo Parlamento com a Lei de Acesso à Informação (LAI) e o abismo que se observa, sobretudo em virtude dos novos princípios e dos paradigmas implementados pela Lei de Acesso à Informação, a proposição legislativa permanece ainda no Legislativo brasileiro como uma alternativa válida à obtenção de informação, com densidade política relevante, uma vez que o seu descumprimento, além de crime de responsabilidade, pode importar em uma grave afronta ao Parlamento.

8 – Perspectivas do requerimento de acesso à informação de iniciativa do parlamento

O que se indaga naturalmente é como esse procedimento previsto no âmbito do Poder Legislativo pode ainda sobreviver ou não cair em desuso, tendo em

vista a desburocratização e os novos ditames trazidos pela Lei de Acesso à Informação que faculta ao cidadão, inclusive o parlamentar, a obter o mesmo resultado.

Em recente decisão do STF, adiante transcrita, ficou ainda mais evidente a mitigação dessa atividade em sede Parlamentar, uma vez que, mesmo tendo sido negado pela Mesa Diretora o requerimento de informações formulado por um parlamentar, ele pode realizar idêntico pedido como todo e qualquer cidadão, utilizando-se da Lei de Acesso à Informação.

Nessa hipótese, que se tornou um *leading case*, um vereador de município de Guiricema/MG ingressou com requerimento na Mesa Diretora da Câmara Municipal respectiva para obtenção de informações do Poder Executivo local, o que lhe foi negado, tendo, em seguida, formulado o mesmo pedido com base na Lei de Acesso à Informação, tendo o mesmo órgão lhe negado novamente a informação, sob o argumento de que, pela sua condição de parlamentar, o pedido já tinha sido obstado pela Câmara Municipal a que pertence, restando precluso o seu interesse em formular o mesmo pedido pela Lei de Acesso à Informação (LAI).

Vindo a julgamento, a recusa foi considerada indevida, e o STF pugnou pela possibilidade de o parlamentar, na condição de cidadão, poder exercer plenamente seu direito fundamental de acesso a informações de interesse pessoal ou coletivo, nos termos do art. 5º, inciso XXXIII da CF, não existindo uma diferenciação ou uma perda da condição de cidadão pelo simples fato de ser parlamentar.

Portanto aquilo se almejava obter do Poder Executivo, por intermédio do pedido parlamentar de acesso, mesmo se não for autorizado pelos órgãos diretivos do Parlamento, pode ser identicamente obtido por protocolo, pelos Vereadores, pelos Senadores ou pelos Deputados, de pedido de acesso à informação junto aos serviços de informação ao cidadão, nas Ouvidoria do Poder Executivo, devendo o órgão público prestar as informações solicitadas, desde que não restritas pela Lei de Acesso à Informação.

Eis a ementa do Recurso Extraordinário nº 865.401 de Minas Gerais, tendo como Relator o Ministro Dias Toffoli, julgado em 25 de abril de 2018, considerado de repercussão geral pela Corte Suprema:

EMENTA. Direito Constitucional. Direito fundamental de acesso à informação de interesse coletivo ou geral. Recurso extraordinário que se funda na violação do art. 5º, inciso XXXIII da Consti-

tuição Federal. Pedido de vereador, como parlamentar e cidadão, formulado diretamente ao chefe do Poder Executivo solicitando informações e documentos sobre a gestão municipal. Pleito indeferido. Invocação do direito fundamental de acesso à informação, do dever do poder público de transparência e dos princípios republicano e da publicidade. Tese da municipalidade fundada na separação dos poderes e na diferença entre prerrogativas da casa legislativa e dos parlamentares. Repercussão geral reconhecida

1. O tribunal de origem acolheu a tese de que o pedido do vereador para que informações e documentos fossem requisitados pela Casa Legislativa foi, de fato, analisado e negado por decisão do colegiado do parlamento. 2. O jogo político há de ser jogado coletivamente, devendo suas regras ser respeitadas, sob pena de se violar a institucionalidade das relações e o princípio previsto no art. 2º da Carta da República. Entretanto o controle político não pode ser resultado apenas da decisão da maioria. 3. *O parlamentar não se despe de sua condição de cidadão no exercício do direito de acesso a informações de interesse pessoal ou coletivo. Não há como se autorizar que seja o parlamentar transformado em cidadão de segunda categoria.* 4. *Distinguishing* em relação ao caso julgado na ADI nº 3.046, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence. 5. Fixada a seguinte tese de repercussão geral: o parlamentar, na condição de cidadão, pode exercer plenamente seu direito fundamental de acesso a informações de interesse pessoal ou coletivo, nos termos do art. 5º, inciso XXXIII da CF e das normas de regência desse direito. 6. Recurso extraordinário a que se dá provimento (grifo nosso).

Desse modo, parece ser indiscutível que o caminho de solicitar informação por intermédio do Parlamento pode representar um desgaste deveras desnecessário para o parlamentar, que poderá ter que se desdobrar, inclusive politicamente, para obter um posicionamento que lhe seja favorável quando na via disciplinada pela Lei de Acesso à Informação pode se obter o mesmo resultado sem maiores entraves e desgastes.

Em suma, o requerimento de acesso à informação pelo Parlamento pode vir a sofrer maior esvaziamento, estando mais reservado a situações específicas que são inerentes à atividade político-parlamentar, como é o caso dos Parlamentares que desejam prestar contas do seu mandato e elaboram requerimentos nesse sentido para registrar a sua atuação fiscalizadora; ou das Comissões Parlamentares de Inquérito que utilizam com frequência essa prerrogativa, de forma solene, não sendo esperado que o Presidente de uma Comissão Parlamentar de Inquérito ingresse com pedido de acesso à informação na condição de cidadão, pela Lei de Acesso à Informação, mas sim como autoridade representante do Parlamento.

Em Municípios menores, onde todos se conhecem, pode ser que o cidadão Munícipe tenha receio de pedir informações de natureza fiscalizadora da administração do Prefeito e de seus secretários municipais, ou medo de sofrer alguma represália, uma vez que é facilmente identificado no meio social daquela localidade. Nesses casos, pode ser uma alternativa interessante instigar o Vereador de sua cidade a requerer informações do Poder Executivo na forma regimental, pelo Parlamento, o que neutralizaria a exposição do Munícipe interessado.

Afora essas situações específicas, restringe-se muito a estratégia do parlamentar em obter informações pela via do parlamento, ainda que não dependa de deliberação do Plenário, mas sim de ajuste com a Presidência da Casa Legislativa. A tendência mais óbvia por uma questão de celeridade e amplitude de tratamento é obtê-las nas Ouvidorias Públicas atuando como cidadão, utilizando a Lei de Acesso à Informação, caso não queira enfrentar o trâmite burocrático do acesso pelo Parlamento.

9 – Da vinculação legal pretendida

Para atrelar as manifestações dos cidadãos que tenham potencial de se tornar Indicações, faz-se necessário uma mudança do Regimento Interno das Casas Legislativas, em conjunto com as alterações necessárias na legislação que instituiu e disciplinou o funcionamento das Ouvidorias Legislativas nessas entidades.

Nesse sentido, no capítulo destinado ao tratamento das Indicações existente em cada Regimento Interno, seria importante inserir um dispositivo prevendo que, na hipótese de manifestação do cidadão perante as Ouvidorias

Legislativas, com característica de sugestão legislativa ou reclamação contra a atuação governamental, esta deveria ser necessariamente encaminhada aos parlamentares e/ou à Comissão de Cidadania (ou equivalente) da Casa para avaliar a sua transformação em proposição legislativa na modalidade de Indicação, com resposta da autoridade destinatária no prazo de 30 (trinta) dias, em analogia ao que prescreve o Código de Defesa do Usuário do Serviço Público para as reclamações.

De suma importância, para a eficácia dessa vinculação, seria a elaboração de uma Lei Ordinária para a fixação de prazo de 30 (trinta) dias para resposta da autoridade destinatária relativa ao teor das Indicações dos parlamentares. Não seria obviamente exigir o cumprimento compulsório da medida requerida, mas alguma resposta a ser devolvida ao Autor da proposição legislativa nesse prazo, com ciência ao cidadão que provocou a iniciativa, em homenagem ao princípio da transparência.

Após essas medidas, como exemplo, no prazo de 30 (trinta) dias, o cidadão que reclamou perante a Ouvidoria da Câmara Municipal que o Prefeito não atende aos reclames da comunidade quanto à coleta do lixo no seu bairro poderia ter a sua demanda transformada em Indicação por algum Vereador, tendo o Prefeito o prazo de 30 dias, contados do seu recebimento, para dar alguma resposta ou até mesmo anunciar medidas para a solução do problema.

No que diz respeito ao pedido de acesso à informação por intermédio do Parlamento, uma nova orientação poderia constar nas Cartas de Serviços das Casas Legislativas e no Serviço de Informação ao Cidadão, sobretudo das Ouvidorias das Câmaras Municipais, como uma alternativa que o cidadão possui para obter alguma informação que lhe tenha sido negada ou que, por algum motivo, tenha receio de se expor.

10 – Conclusão

Após a análise das duas práticas examinadas neste estudo, observa-se que há uma tendência de trilharem por caminhos paradoxalmente opostos.

No que tange às Indicações, caso o redirecionamento sugerido neste artigo ocorra, vinculando-as às manifestações dos cidadãos, notadamente as reclamações e as sugestões legislativas realizadas perante as Ouvidorias Legislativas,

o uso desse canal será bem mais prestigiado nas Casas Legislativas, com maior engajamento do cidadão a participar dessa atividade de controle, podendo fiscalizar o seu manejo pelo parlamento e o desfecho do destrave político da sua manifestação pela autoridade destinatária.

Advirta-se, porém, que o regime das Indicações precisa de um melhor disciplinamento pelas Casas Legislativas e, na sua interação, com as autoridades destinatárias, notadamente do Poder Executivo, sendo uma referência observar a experiência positiva da Ouvidoria do Município de Campo Grande/MS.

Torna-se imprescindível, ainda, o estabelecimento de parâmetros claros quando ao procedimento de envio dessa proposição para as autoridades destinatárias, com a previsão legal de prazos e do envio de uma resposta obrigatória, pois, mesmo que não seja possível compelir a autoridade a cumprir o contido na Indicação, é fundamental que se tenha pelo menos uma definição sobre o apelo que lhe foi feito, em respeito à atividade fiscalizatória do Poder Legislativo e em obediência ao princípio da transparência que norteia a Administração Pública.

Noutro patamar, o requerimento de acesso à informação pelo Parlamentar tende a ser mais ofuscado devido ao desenvolvimento alcançado pela Lei de Acesso à Informação (LAI). Apesar de presente nos regimentos internos, com fundamento constitucional, se o parlamentar individualmente ou mesmo o Presidente de Comissões Parlamentares pode obter informações de interesse geral ou coletivo, de maneira direta, dos órgãos públicos e das demais entidades estatais, conforme lhe ampara decisão do STF, a escolha pela via parlamentar de acesso pode ser tornar burocrática, desgastante e inócua.

Assim, ressalvada nos casos que se deseja imprimir um caráter mais institucional e solene aos pedidos de acesso à informação provenientes do próprio Parlamento, como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito, ou quando a sua obtenção é mais eficiente para não expor o cidadão a riscos de perseguição e vingança política, como pode ocorrer em pequenas Municipalidades, essa prática pode ser considerada ainda uma alternativa válida.

Em suma, essas reflexões neste estudo importam em uma mudança de paradigma importante que se propõe aqui como diretriz para as Cartas de Serviços ao Cidadão e para as Ouvidorias Legislativas que atuam no nosso País. Essas podem propor alterações nos Regimentos Internos de suas Casas Legislativas respectivas

de modo a redirecionar as manifestações dos cidadãos para que ganhem o *status* de uma proposição legislativa, caso adotadas pelos seus membros, para que se tornem Indicações ou requerimento de acesso à informação pelo Parlamento. O processo de vinculação dessas manifestações representa uma otimização do controle externo que é atividade típica do Poder Legislativo, devendo as Ouvidorias Legislativas assumirem importante papel na viabilização dessa boa prática.

11 – Referências

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Resolução nº 905 de 22 de dezembro de 2008. Institui o Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco (Redação alterada pelo art. 1º da Resolução nº 1.001, de 14 de junho de 2010). Diário Oficial de Pernambuco. Pernambuco, 2008. Disponível em: <<https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=1660>>. Acesso em: 21 maio 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Resolução nº 17 de 1989. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Diário Oficial da União. Brasília, 1989. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizacao%20ate%20RCD%2021-2021.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2021.

_____. Câmara dos Deputados. Sistema de informações legislativas: projetos de lei e outras proposições. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação. Disponível em: <www.camara.gov.br/sileg/>. Acesso em: 20 jan 2022.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: <[Constituicao-Compilado \(planalto.gov.br\)](http://Constituicao-Compilado(planalto.gov.br))>. Acesso em: 20 jan. 2022.

_____. Controladoria-Geral da União. Publicado resultado do IV Concurso de Boas Práticas da Rede Nacional de Ouvidorias. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/ouvidorias/pt-br/assuntos/noticias/publicado-resultado-do-iv-concurso-de-boas-praticas-da-rede-nacional-de-ouvidorias>>. Acesso em: 18 maio 2021.

_____. Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990;

revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 2011. Disponível em: <L12527 (planalto.gov.br)>. Acesso em: 20 jan. 2022.

_____. Senado Federal. Resolução nº 93 de 1970. Dá nova redação ao Regimento Interno do Senado Federal. Diário Oficial da União. Brasília, 1970. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RIS-F+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>>. Acesso em: 21 maio 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. MP nº 2.200-2/2001 de 24 de agosto de 2001. Institui a infraestrutura de chaves públicas brasileira – ICP-Brasil sob o número 14879527. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/>>. Acesso em: 20 jan. 2022.

CÂMARA DE VEREADORES DO RECIFE. Regimento Interno de 2019. Diário Oficial do Recife. Recife, 2019. Disponível em: <Regimento Interno — Câmara Municipal do Recife - PE>. Acesso em: 20 jan. 2022.

CAMINO, Maria Ester. Indicação Parlamentar: proposição legislativa da Câmara dos Deputados, Câmara dos Deputados Federais. Setembro 2010. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/4744>>. Acesso em: 20 maio 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Leilo L. (Coord.) Comentário à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, 2.380 p.

GOVERNO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Carta de serviços da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco (ALEPE). 2019. Disponível em: <<http://www.alepe.pe.gov.br/wp-content/uploads/2019/08/carta-de-servico-02-2019.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2021.

_____. Constituição do Estado de Pernambuco. Diário Oficial de Pernambuco. Pernambuco, 1989. Disponível em: <CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO (lai.pe.gov.br)>. Acesso em: 20 jan. 2022.

_____. Resolução nº 905 de 22 de dezembro de 2008. Institui o Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco (Redação alterada pelo art. 1º da Resolução nº 1.001, de 14 de junho de 2010). Diário Oficial de Pernambuco. Pernambuco, 2008. Disponível em: <<https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=1660>>. Acesso em: 21 maio 2021.

GOVERNO DO MUNICÍPIO DO RECIFE. Resolução nº 2.624 de 2016. Dispõe sobre o Regimento Interno da Câmara Municipal do Recife. Diário Oficial do Município. Recife, 2016. Disponível em: <<http://www.recife.pe.leg.br/atividade-legislativa/regimento-interno-1/regimento-interno-10-19>>. Acesso em: 19 maio 2021.

MORENO, Douglas. As ouvidorias legislativas e o seu papel na reconstrução das atividades típicas do Poder Legislativo. Revista Científica da Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman (ABO). São Paulo, nº 1, ano 1, p. 165-176, 2017. Disponível em: <<http://www.abonacional.org.br/files/revista-abo-ano1-n1-2017-2018.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2021.

_____. *Fake news* e agressões virtuais: o papel das ouvidorias legislativas. Revista Científica da Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman (ABO). São Paulo, nº 3, ano 3, p. 263-275, 2020. Disponível em: <<http://www.abonacional.org.br/files/revista-abo-n3-2020.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2021.

NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. Cidadania e direito de acesso aos documentos administrativos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OUVIDORIA DA PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPO GRANDE/MS. Projeto: Integração entre a Prefeitura e a Câmara de Vereadores de Campo Grande, MS para atendimento das Indicações das necessidades de Obras e Serviço à população, 2021.

_____. Projeto: Integração entre a Prefeitura e a Câmara de Vereadores de Campo Grande, MS para atendimento das Indicações das necessidades de Obras e Serviço à população, 2021

SANTOS, Fabiano. O Poder Legislativo nos estados: diversidade e convergência. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2001.

O PODER LEGISLATIVO FACE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Grhegory Paiva Pires Moreira Maia

Doutorando e Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio. Professor da Escola do Poder Legislativo do Estado de Mato Grosso. Professor da Escola Superior de Contas do Tribunal de Contas de Mato Grosso. Professor voluntário da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso. Procurador de Carreira da Assembleia Legislativa de Mato Grosso, onde exerceu a função de Procurador-Geral (2018-2019).

Atual Consultor Jurídico Geral do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso. grhegory_maia@yahoo.com.br

Lucas Waldow Menezes

Graduando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Colaborador do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, vinculado à Consultoria Jurídica Geral. lucaswmenezes@outlook.com

Sumário: 1 – Introdução. 2 – Precedentalismo brasileiro. 3 – O precedentalismo e seus impactos nas Cortes e na separação dos Poderes. 4 – Postura dos parlamentos face aos precedentes judiciais. 4.1 – Composição das Cortes. 4.2 – Instrumentos do Poder Legislativo. 5 – Conclusão. 6 – Referências.

Resumo: O presente artigo analisa a função do Poder Legislativo na nova sistemática de precedentes consolidada pelo Código de Processo Civil de 2015, que reverbera não apenas no *modus operandi* do Poder Judiciário, mas igualmente na relação constitucional entre o parlamento e os juízes. Apresentam-se possibilidades pragmáticas de atuação influencial dos parlamentos face ao novo paradigma e aos precedentes judiciais, o que contribui para sua formação, modificação e, caso necessário, superação.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Precedentes judiciais. Poder Legislativo. Separação dos Poderes. Relação constitucional.

THE LEGISLATIVE BRANCH IN REGARD TO JUDICIAL PRECEDENT

Abstract: This article analyzes the role of the Legislative Branch in the new system of precedents, consolidated by the 2015 Code of Civil Procedure, which reverberates not only in the *modus operandi* of the Judiciary Branch, but also in the constitutional relationship between parliament and judges. The article presents pragmatic possibilities for influential action by parliaments in the face of the new paradigm and judicial precedents, contributing to its formation, modification, and, if necessary, its overruling.

Keywords: Constitutional law. Judicial precedent. Legislative branch. Separation of powers. Constitutional relationship.

1 – Introdução

O Código de Processo Civil de 2015 consolidou – com certo ar de definitividade – uma mudança paradigmática radical no Direito Processual brasileiro. *A valorização da jurisprudência* [sic] se tornou marco inconfundível do código de 2015, passando a modificar profundamente os modos de atuação do Poder Judiciário e das partes em juízo, não obstante as resistências ainda empreendidas

por setores da doutrina e por *alguns* entendimentos do Supremo Tribunal Federal, mormente os relativos ao cabimento da ação de reclamação.

O novo paradigma trouxe consigo uma leva de produção acadêmica visando explicar e aprofundar esse *modus operandi* em relação aos julgamentos no Poder Judiciário. Há, nisso, uma certa obviedade – a produção acadêmica jurídica no Brasil tem se concentrado no papel dos juízes e do Judiciário desde longa data, e *faz sentido* que um tema relacionado, pela doutrina, precipuamente ao *processo*, concentre-se nos julgadores e nas partes *desses processos*. Acredita-se, contudo, que seja correto que a análise da valorização dos precedentes se concentre apenas no Direito Processual Civil. A nova processualística e o novo papel das cortes supremas traz consigo profunda e irreversível modificação na tripartição *tradicional* dos poderes – modificação essa que, talvez, passará a configurar remodelação da ordem de magnitude trazida pelo *neoconstitucionalismo* brasileiro –, o que explica a imprescindibilidade de se investigar as possibilidades de atuação dos demais *atores constitucionais* nessa peça.

Neste artigo, busca-se compreender como essa ferramenta de garantia de segurança jurídica, que acarreta visão renovada sobre o processo, sobre os juízes, sobre as cortes de vértices e sobre os intérpretes, relaciona-se ao Poder Legislativo – e como garantir que o parlamento não *fique por fora*, relegado a uma posição de mero subalterno dos *verdadeiros hermeneutas* investidos de jurisdição.

Pretende-se, portanto, não apresentar uma crítica à sistemática dos precedentes, mas explicá-la e, tomando-a como pressuposto já solidificado no Direito pátrio, desenhar um caminho *pragmático e realista* para uma atuação influencial dos parlamentos face aos precedentes judiciais. Não há ambição, nem de perto, de se esgotar o tema, mas apenas de lançar, despretensiosamente, um pontapé inicial para uma discussão que será fundamental para o Poder Legislativo nesta década.

2 – Precedentalismo brasileiro

É tarefa difícil apresentar um quadro-resumo minucioso de todas as teses jurídicas referentes a precedentes que atualmente há no Direito brasileiro. Não se almeja, portanto, fazer isso. Não há aspiração de entrar em todas as minúcias que, não obstante serem de extrema relevância para a atuação judicial, não têm ligação direta com o tema central desta pesquisa, que é o Poder Legislativo.

Primeiro, de todo modo, é necessário rememorar um pressuposto teórico interpretativo importantíssimo para toda a teoria dos precedentes.

A interpretação jurídica não é atividade meramente cognitiva – como se o jurista fosse um *cientista* neutro em busca da verdade – mas atividade *argumentativa* profundamente influenciada pela bagagem cultural, dogmática, ideológica, etc., do intérprete. Isso não significa que toda interpretação é correta ou razoável, mas simplesmente que a interpretação, para ser legítima, precisa vir argumentada e fundamentada. Trata-se de uma *construção lógico-argumentativa*.

Para os advogados, muitas vezes tal afirmação é quase truística ante a obviedade. Não causa estranheza que é possível extrair mais de um sentido de dado texto. A questão, todavia, é justamente perceber que isso, do ponto de vista interpretativo, não denota alguma falibilidade do texto, mas apenas a *importância* do intérprete; ele constrói o sentido em colaboração com o texto.

É por isso que não há que se confundir texto com *norma*, conforme ensina Humberto Ávila (2021, p. 50), que sintetiza “*normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos reconstruídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”. A norma é o resultado, portanto, da colaboração entre o texto e o intérprete.

Diga-se, a título de digressão, que a importância do intérprete e a inexistência de sentido unívoco do texto não é *nada novo* na teoria jurídica, pois já percebida por Kelsen (1987, p. 366) em meados do século XX – em célebre capítulo intitulado *A interpretação* contido na *Teoria pura do Direito*, fator que bem demonstra que o positivismo kelseniano não pode ser correlacionado à ideia do juiz como *bouche de la loi* – que denominou de *moldura* as possibilidades interpretativas legítimas.

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. [...]

Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor.

De todo modo, esse pressuposto teórico leva a grave problema quanto à aplicação do Direito – se interpretações distintas podem ser igualmente legítimas, como assegurar segurança jurídica à sociedade e às partes, que, francamente, *nada têm a ver* com as grandiloquentes discussões teóricas jurídicas?

Percebe-se de imediato que, se não há sentido unívoco do texto, então não é por intermédio de *mais textos* que haverá segurança. Desse modo, a mera atividade legislativa – a *produção de mais leis* – não garante segurança jurídica. Se a norma jurídica nasce do contato do texto com o intérprete, e o intérprete influi na sua delimitação, não pode ser *deixado de fora* na busca pela segurança. O intérprete serve, em verdade, como *causador* de insegurança, muitas vezes em razão de interpretações inusitadas, extraindo normas jurídicas *criativas* de textos legislados. A preocupação precisa, dessa forma, centrar-se não apenas no legislador, mas igualmente no intérprete-aplicador.

A teoria dos precedentes origina-se, portanto, nos países de *civil law* por motivo idêntico que surgiu nos países de *common law* – para racionalizar a criatividade jurisdicional, tornando-a vinculada a *algo*, em prol da segurança jurídica e da coerência e unidade do Direito. A racionalidade dos precedentes está, portanto, intrinsecamente ligada “ao fato de que tratar de maneira semelhante os casos similares é uma premissa da vida comum das pessoas” (ZANETI, 2018, p. 107). Isso sem falar nos benefícios indiretos, como o desestímulo à litigância, contribuição à duração razoável do processo e possibilitar maior eficiência ao Poder Judiciário (MARINONI, 2019).

A necessidade de racionalizar a atividade jurisdicional – e, de certo modo, *controlar* as possibilidades do juiz – fica ainda mais clara quando se leva em conta que, no Brasil, todo juiz, intérprete-aplicador, tem o dever de realizar controle difuso de constitucionalidade (e convencionalidade, como bem ressalta Valério Mazzuoli (2011)), o que torna o juiz brasileiro único, pois reúne deveres *interpretativos* pouco comuns nos países de tradição de *civil law* (MARINONI, p. 57). Assim, a aposta no controle difuso torna inevitável a adoção de um

sistema de “precedentes constitucionais de natureza obrigatória”, sob pena de “ausência de previsibilidade” (MARINONI, p. 60).

O que é, então, um precedente?

O precedente não é o mesmo que jurisprudência, pois não há necessidade alguma que se trate de entendimento *reiterado* de determinado tribunal. Em verdade, basta, em tese, uma única decisão para dele se *extrair* um precedente (fato que é facilmente percebido nos precedentes vinculantes resultantes de ações de controle concentrado de constitucionalidade), mas, em regra, o precedente “não é facilmente extraível, pois há situações em que podem exigir várias decisões para poderem ser precisadas” (FUGA, 2020, p. 62).

O precedente não é, propriamente, a decisão em si, nem sua ementa, mas *razão jurídica* que dela se extrai. Aproxima-se, portanto, à tese do julgado – ou seja, aos seus motivos determinantes (*ratio decidendi*). Por isso nem toda decisão, mesmo unânime ou por maioria, pode configurar um precedente. O que importa para a formação do precedente não é maioria no *resultado*, mas maioria na *fundamentação*, em decisão que reúna “determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados” (MARINONI, p. 153-154).

As especificidades à volta do tema estão em debate na doutrina. Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello (2016, p. 27) parecem sugerir um maior grau de abstratividade à *ratio decidendi* – o que coaduna com a prática do Supremo Tribunal Federal de explicitar, na ementa dos julgados, qual a *tese* jurídica adotada – enquanto, e.g., Hermes Zaneti Jr. (2018, p. 115) critica a separação da *tese* dos *material facts* (fatos relevantes). Daniel Mitidiero (2017, p. 77), em sentido parecido, chega a falar em “unidade fático-normativa da causa”.

Não se adentrará no tópico de *quais* decisões têm o condão de formar precedentes, eis que o debate doutrinário a redor do tema é infinito – há quem diga que, em princípio, todas as decisões do STF e do STJ podem formar precedente vinculante (MITIDIERO, 2017; MARINONI, 2019), e há outros que *escalonom* a eficácia dos precedentes (DIDIER JR., 2020).

O próprio CPC é caótico nesse tema, pois os precedentes que podem embasar tutela de evidência (art. 311), improcedência liminar (art. 332), desnecessidade de remessa necessária (art. 496), rescisória (art. 966) e reclamação

(art. 988) são diversos (FUGA, 2020). Há afirmação, todavia, categórica de que há vinculação do juiz ao *precedente* (art. 489, § 1º, inciso VI, CPC). Ademais, o *precedentalismo* vem se consolidando, de sua maneira, tanto no STF quanto no STJ. Sublinha-se isso não obstante a rejeição dessas Cortes aos *motivos determinantes* como fundamento de reclamação – entendimento que é, notoriamente, mais relacionado à política de gestão processual que qualquer outra coisa¹ –, até porque ela não tem como sua função precípua a tutela do precedente (MITIDIERO, 2020). Não há ligação intrínseca e necessária entre ser precedente e *ser tutelado por meio de reclamação*.

Frisa-se, todavia, que parece intrínseco apenas às Cortes de vértice (STF, STJ e TST) a *produção* de precedentes. As previsões de entendimentos vinculantes dos tribunais ordinários (considerados por alguns *jurisprudência*, e não *precedente*) (MITIDIERO, 2017; MARINONI, 2019), como o incidente de assunção de competência e o incidente de resolução de demandas repetitivas, configuram exceções, e não a regra.

Por fim, ante algumas confusões no senso-comum jurídico, cabe recordar o que o precedentalismo *não é*.

Em *primeiro lugar*, não tem o condão de transformar nosso sistema – enraizado inequivocadamente na tradição de *civil law* – em *common law* ou em *um misto*.²

No *civil law*, o uso de norma costumeira – que, lembra-se, não é vedada, mas prevista para alguns casos, em regra subsidiariamente, como prevê, e.g., o art. 4º da lei de introdução às normas do direito brasileiro (LINDB) e o § 1º do art. 8º da consolidação de leis trabalhistas (CLT) – depende de norma legal ou constitucional autorizadora (KELSEN, p. 10). A adoção do precedente vinculante não altera essa dinâmica.

O precedente exige uma interpretação judicial, que depende de um julgado, que decorre de uma *lide*, cujo *judgamento* advém de uma norma que *seja* ou *tenha origem* (ao menos mediata) em norma extraída de texto legislado (eventual aplicação de norma costumeira, por exemplo, haveria de ter fundamento em

¹ Cf. conversa particular deste autor como o ministro Gilmar Mendes, em curso *Recursos Especial e Extraordinário*, promovido pela Academia Brasileira de Formação e Pesquisa, no dia 28 de maio de 2021.

² Em sentido contrário: DIDIER JR, Fredie. (2020. p. 67-70)

texto legislado). A dinâmica continua, portanto, diferente do *common law*, em que a norma costumeira independe de ligação alguma com norma legislada.

Ademais, o próprio histórico da vinculação ao *stare decisis* demonstra que não é característica inerente ao sistema de *common law*, eis que surgiu em momento posterior, como forma de garantia da segurança jurídica. O *common law* prescinde, portanto, em seu âmago, do *stare decisis*, tendo existido por séculos sem essa regra (MARINONI, p. 27-29). Conquanto não se pretenda, neste momento, traçar um delineamento histórico do tema, essa afirmação é de importância ímpar, visto que afirma:

o realce da distinção entre *stare decisis* e *common law*, além de necessário para afastar uma vulgar confusão, centra-se na preocupação [...] em sustentar que o sistema de precedentes pode constituir parte do sistema brasileiro. Com efeito, o *stare decisis* constitui apenas um elemento do moderno *common law*, que também não se confunde com o *common law* de tempos imemoriais ou com os costumes gerais, de natureza secular, que dirigiam o comportamento dos *Englishmen* (MARINONI, 2019).

Desse modo, apreende-se que não ocorre a *importação* do sistema de *common law* ao Direito brasileiro, mas apenas de um instrumento que – inobstante seja característico do *common law* moderno – não se confunde com o próprio *common law*.

Na síntese de Alexandre Freitas Câmara (2018, p. 56), “não obstante a adoção de institutos que têm origem no Direito anglo-saxônico, o Brasil não abandonou sua tradição de *civil law* para passar a integrar-se ao *common law* (ou mesmo para passar a adotar um sistema híbrido, uma espécie de *civil law* commonlizado)”.

Em *segundo lugar*, não há como se confundir *precedente judicial* com *ativismo judicial*. A teoria dos precedentes não é sinônimo de *permissão* à legitimação judicial ou à criação originária do Direito pelos tribunais. Não se trata de *carte blanche* aos tribunais para que criem e modifiquem o direito ao seu talante.

O problema do ativismo judicial está na interpretação, relacionando-se às crenças ideológicas e dogmáticas dos julgadores; enquanto o precedente judi-

cial configura, simplesmente, os motivos determinantes (*holding/stare decisis/ratio decidendi*) de dada decisão judicial, constituindo *resultado interpretativo* a ser observado horizontal e verticalmente, visando garantir segurança jurídica às partes e à sociedade. O precedente é, portanto, “um dado autônomo”, que “independe da experiência ou do raciocínio que o fez surgir” (MARINONI, p. 81). Um precedente judicial pode ser – ou não – ativista. Percebe-se que são dois temas categoricamente diferentes, situados em *topoi* investigativos diferentes e passíveis de críticas diferentes.

Nesse sentido, deve-se parabenizar o legislador da reforma trabalhista de 2017, que, percebendo tal distinção, inseriu um § 2º ao art. 8º da CLT, não afastando, de modo algum, a existência de precedente judicial na justiça trabalhista, mas rechaçando o ativismo judicial e *reassegurando* que a norma jurídica brasileira tem como ponto de partida mais importante o texto normativo legal emanado do parlamento (fator sistêmico inerente ao *civil law*):

Art. 8º [...]

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos *nem criar obrigações que não estejam previstas em lei*. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (grifo nosso).

Em *terceiro lugar*, cabe explicar que precedente judicial não é sinônimo de enunciado de súmula. A súmula, em verdade, configura pobre resumo abstrato do precedente (um *enunciado-síntese*) (MELLO, 2016 apud MITIDIERO, 2017), o que pode ser muito bem percebido quando se constata a necessidade de *interpretar* uma súmula – o que a aproxima de um texto legal – como se não fosse bastante aplicá-la.

Isso acontece em razão da tentativa de separar a tese *jurídica* dos demais elementos – fático-jurídicos – do caso. É tentativa de retirar apenas uma frase, ou *ordem*, dos motivos determinantes do caso. Todavia a súmula não existe sozinha no mundo jurídico, separada dos fatos determinantes; eis que a vinculação a precedentes não é permissiva para os tribunais *legislarem* por meio de súmula.

A súmula necessariamente se relaciona a um – ou a vários – casos concretos julgados. O que *vincula* não é o enunciado da súmula, mas os motivos determinantes (que configurarem precedentes) dos casos concretos que foram apenas *resumidos* pelo enunciado de súmula.

Nesse sentido, pertinente é a crítica do ministro Gilmar Mendes quanto à equivocada prática do Tribunal Superior de Trabalho de promover *semanas do TST*, modificando, aprovando e revogando súmulas independentemente do julgamento de casos concretos, como se legisladores fossem.

Sem precedentes ou jurisprudência consolidada, o TST resolveu de forma repentina – em um encontro do Tribunal para modernizar sua jurisprudência! – alterar dispositivo constitucional do qual flagrantemente não se poderia extrair o princípio da ultratividade das normas coletivas. [...]

A alteração de entendimento sumular sem a existência de precedentes que a justifiquem é proeza digna de figurar no livro do *Guinness*, tamanho o grau de ineditismo da decisão que a Justiça Trabalhista pretendeu criar.

Tal prática já era alvo de críticas de setores da doutrina do Direito Processual Trabalhista, que percebiam a imprescindibilidade de se relacionar o enunciado de súmula (e a OJ, orientação jurisprudencial) aos casos julgados.

Tudo isso resulta na conclusão que o sistema atual de formação das súmulas e dos precedentes do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais deverá sofrer uma verdadeira revolução. Atualmente, a formação das súmulas não observa os fatos da causa, mas apenas as suas razões jurídicas, com pretensão de generalização, de modo que é bastante comum a redação final do verbete não guardar relação direta com os julgados que lhes deram causa (se é que deram). E ao aplicá-las aos casos futuros, os julgadores não investigam e não se atentam à identificação dos fatos subjacentes, satisfazendo-se em citar *ementas* de outros ca-

sos parecidos ou o texto sintético das súmulas, para materializar um modo de julgamento *sui generis*, como se o fosse o do modelo de precedentes, mas que está muito longe de sê-lo (MOLINA, 2020, p. 26, grifo nosso).

A proliferação de enunciados sumulares, embora *seja um pouco útil para o estudo de jurisprudência*, constitui uma prática judiciária de pouca técnica, trazendo mais problemas que soluções, ante a excessiva abstrativização. Pode, ainda, incentivar atitudes equivocadas como a do TST, dando margem a um julgador-legislador.

3 – O precedentalismo e seus impactos nas Cortes e na separação dos Poderes

Não deveria causar espanto algum, ante o exposto, que a *ascensão dos precedentes* tem o condão de alterar – direta e indiretamente – a dialética *tradicional* da separação dos Poderes. Novos mecanismos de interação são necessários. Não basta mais ao Legislativo apenas elaborar e votar *textos*, isolado do Judiciário, até porque a mera elaboração e a votação de *textos* não cria, *de per se*, norma jurídica aplicável. O texto não se confunde com a norma. A norma jurídica depende, nesse sentido, do intérprete, que reconstrói seu sentido a fim de aplicá-la.

Acreditamos, todavia, que o impacto *processual* do precedentalismo é, em verdade, bastante proveitoso para o Parlamento.

Isso por um motivo simples, mas central. Em um País de *civil law* que adota o controle difuso de constitucionalidade (e convencionalidade), e que atualmente perpassa um cenário neoconstitucionalista – em que há inevitável incremento do protagonismo do Judiciário, “já que o juiz passa a desempenhar a função de conferir significado concreto e aplicação aos valores constitucionais” (FILIPPO, 2015, p. 101-102) –, a vinculação dos juízes a entendimentos emanados de *cortes de vértice* tem como consequências mais fortes a redução da insegurança jurídica e a contenção judicial, valorizando os demais Poderes. Conforme o didático raciocínio de Thiago Baldani Gomes de Filippo (2015, p. 109), na verdade, os precedentes obrigatórios, ao contrário de infringirem a separação de

poderes, representam medida que se conformaria a esse princípio, resultando em valorização da função do Legislativo e provável contenção judicial.

Ora, contemporaneamente, sob a perspectiva neoconstitucionalista, verificamos que as leis apresentam tessitura aberta, influenciada pelos princípios que veicula ou, mesmo no caso das regras, que teriam, em tese, maior densidade normativa, a abertura se dá pela presença de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados. Essas circunstâncias fazem aguçar o poder criativo dos juízes, que passam a interpretar livremente esses enunciados ou, até mesmo, dispõem-se a afastá-los, par reputá-los inconstitucionais, decidindo os casos que lhes são submetidos a julgamento sem que existam as *amarras* trazidas par enunciados de conteúdo fechado. Os precedentes vinculantes passariam a ocupar justamente esses vácuos legislativos, imprimindo maior previsibilidade às decisões, ao mesmo tempo que inibiriam um sem-número de interpretações que poderiam ser afrontosas ao texto de lei (grifo nosso).

A priori, portanto, destaca-se o efeito de auto-contenção judicial, que caracteriza a vinculação a precedentes no âmbito processual.

Há, todavia, também efeitos extra-processuais, que têm profundo impacto sobretudo no esqueleto constitucional dos tribunais de vértice, fazendo que passem a desempenhar um papel crescentemente *político*, e não apenas técnico-jurídico. De fato, está ocorrendo, paulatinamente, uma transformação funcional do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e, em menor grau, do Tribunal Superior do Trabalho, visto que deixam de atuar como meros *revisores* de decisões – meras Cortes de cassação – para figurar como Cortes de *precedentes*, fixadores de entendimentos que hão de ser observados pelos demais juízes e tribunais. Esse efeito é profundo e modifica substancialmente não apenas a relação das *Cortes supremas* com os demais órgãos do Judiciário, mas também a relação que essas altas Cortes *deveriam ter* com o Legislativo.

O raciocínio que leva a uma necessária mutação das Cortes de cúpula tem íntima ligação com a possibilidade, já exposta, de se obter, na interpretação do

Direito, “uma pluralidade de significados, dada a equivocidade da linguagem jurídica” e, portanto, “a inevitável necessidade de escolhas para a determinação do seu sentido normativo” (MITIDIERO, 2017, p. 70). Se há de escolher – e há sim uma escolha, por mais que haja intérpretes iluminados por divindades, que insistem que suas interpretações são as *únicas corretas* – é basilar à segurança jurídica que seja incumbido *a alguém* tal escolha. Dito de modo simples, enquanto todos os juízes intérpretes podem fazer surgir norma jurídica, ao interpretar e aplicar um texto legislado, o precedente serve como limitação à criatividade – no sentido mais basilar, de *criação* – eis que os juízes estariam vinculados ao precedente, essa *norma jurídica qualificada*, surgida da escolha interpretativa da Corte suprema. A recusa de aplicação do precedente é, portanto, em verdade, recusa de vinculação à ordem jurídica.

Na precisa clarificação de Daniel Mitidiero (2017, p. 119),

uma teoria que pressupõe que a norma é a interpretação da norma, que todos devem ser tratados de forma isonômica perante o Direito e que é preciso promover a cognoscibilidade, a estabilidade, a confiabilidade e a efetividade das normas como condição para que possa existir liberdade de autodeterminação não pode sustentar a inexistência de precedentes vinculantes. Isso porque, sendo o Direito potencialmente indeterminado e paulatinamente precisado pela atuação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, *a recusa da autoridade à interpretação judicial empreendida por essas cortes significa recusa de vinculação à própria ordem jurídica*. Portanto, do ponto de vista institucional, que é justamente aquele que deve ser levado em consideração pelo sistema encarregado de tutelar judicialmente os direitos, o Direito encontra sua expressão na interpretação que é dada à Constituição e à legislação pelas Cortes Supremas a partir de casos concretos (grifo nosso).

A *Corte-guia* fixa, portanto, o caminho interpretativo, o precedente, desempenhando “papel político de fundamental importância” (MITIDIERO, 2017, p. 75). Papel *verdadeiramente* político, pois envolve escolhas. Os ministros do

STF e do STJ não são, pois, *cientistas* à busca de verdade cognoscível, mas agentes político-jurídicos, que fazem escolhas *de sentido* diante do texto legislado, a depender de uma miríade de inclinações ideológicas, dogmáticas, culturais, pessoais, dentre outros. E o precedente nasce dessa interação do intérprete com o texto. Ele não preexiste à interpretação.

Precisa-se apreender, nessa senda, que, se não há uma única escolha interpretativa correta – eis que “a teoria cognitivista deu lugar à teoria lógico-argumentativa da interpretação”, passando-se a ter Cortes de precedentes que, interpretando o Direito, fixam entendimento vinculantes – então o isolamento das atividades de legislação e jurisdição *precisa ser* rompido “a favor de uma relação de colaboração entre essas duas funções estatais” (MITIDIERO, 2017, p. 66). É aqui que se compreende que a modificação de funções das Cortes não é efeito isolado, interno, do Judiciário, mas repercute na relação das Cortes com o Parlamento. Se texto e intérprete agem juntos para a produção da norma, é imprescindível que quem interpreta o texto esteja em diálogo com quem o elaborou e votou.

É por isso que a concentração da produção de precedentes *nas Cortes* é fator que precisa ser percebido pelos parlamentos. Há necessidade de um estabelecimento de diálogo interinstitucional para a produção das normas jurídicas. Um diálogo mais franco entre o escritor e o intérprete, por assim dizer.

Visto assim, a nova mecânica judiciária pode ser de grande vantagem para o Legislativo, pois, em vez de dialogar com milhares de juízes, tarefa hercúlea e impossível, os parlamentos podem concentrar seus esforços no estabelecimento de pontes de diálogo e controle – por meio dos mais diversos instrumentos, que serão abordados no tópico seguinte – com as Cortes de precedentes, que são, *de per si*, mais abertas à interação interinstitucional. “Na eventualidade de desacertos, haveria muito mais facilidade de reversão da situação, mediante pedido de revisão do precedente *a um único órgão*”, na feliz síntese de Thiago Filippo (2015, p. 110).

Por fim, cabe salientar que, no Brasil, as *escolhas* de interpretação constitucional federal competem ao Supremo Tribunal Federal; as *escolhas* de interpretação infraconstitucional federal competem ao Superior Tribunal de Justiça; as *escolhas* de interpretação da legislação trabalhista competem ao Tribunal

Superior do Trabalho; e – não obstante frequentemente esquecido – em menor grau, as *escolhas* de interpretação constitucional e infraconstitucional estadual competem aos Tribunais de Justiça, *Cortes supremas estaduais* quando estiver diante de Direito estadual, fazendo-se uma adaptação da acepção do termo usado por Daniel Mitidiero.

4 – Postura dos parlamentos face aos precedentes judiciais

Antes de se adentrar especificamente no tópico, imperioso dois alertas.

Um, nota-se, quase a título de digressão, que a atuação dos tribunais de vértice como Cortes de precedentes não substitui (ou substituiu) o papel típico do legislador. Isso porque “a criação da norma [texto] – geral e *abstrata* – é e continuará sendo uma prática privativa do Poder Legislativo” (ZANETI; PEREIRA, 2016, p. 4-5), enquanto ao Judiciário compete uma espécie de reconstrução da norma – geral (no tocante ao precedente), mas *concreta*. Na esteira de Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 4-5),

não é a intenção de um modelo de precedente proliferar o número de normas no ordenamento jurídico, pois não se quer introduzir no sistema normas gerais e abstratas equivalentes à lei, mas o que se busca é, por uma questão de racionalidade, vincular a solução jurídica de determinados juízes e tribunais às circunstâncias fáticas do caso concreto: é a vinculação *aos material facts* do caso que torna a norma-precedente geral e concreta e não geral e abstrata.

Não há o intuito de apresentar, portanto, uma espécie de *resgate de um poder perdido*. A preocupação se centra em apresentar propostas para uma atuação influencial dos parlamentos quando da formação, da modificação e da superação de precedentes, e não uma forma com que o Legislativo possa *combater* o precedentalismo, voltando a um *status quo ante*.

Esse novo paradigma *impõe*, todavia, uma maior integração entre o Legislativo e o Judiciário, sob pena, caso contrário, de se dar espaço para um Judiciário crescentemente hipertrofiado e super-poderoso.

Dois, registra-se que esse debate, que permeia toda a ideia de separação

dos Poderes, principalmente sua atual e futura configuração, não tem definições apriorísticas. Isso porque a própria ideia de *separation of powers* é um conceito abstrato e amorfo, que adquire forma apenas na concretude das constituições e das relações institucionais (PEDRA, 2013, p. 120 e 124). E, mesmo assim, a verdade é que mesmo na Constituição da República não é possível vislumbrar uma clara e inequívoca *divisão* de funções, fator que tem sido utilizado há muito pelas Cortes para justificar decisões que adentram nas funções típicas do Executivo e do Legislativo. Isso tudo demonstra como a noção tradicional, de clara divisão entre os Poderes – próprio do senso-comum jurídico – é ilusória, e cede espaço a novas formas de interação entre os Poderes que privilegiam a *limitação* e *legitimação* do poder, conforme Anderson Pedra (2013, p. 123-124).

O primeiro objetivo – limitação do poder – cuida de preservar a liberdade individual, combatendo a concentração de poder, isto é, o exercício do poder político pela mesma pessoa ou órgão. A separação de poderes busca esse objetivo impondo a colaboração e o consenso de mais de um órgão estatal na tomada das decisões mais importantes, e também estabelecendo mecanismos de fiscalização (controle) recíprocos entre os órgãos, conforme o modelo de freios e contrapesos (*checks and balances*) institucionalizado pela Constituição do respectivo Estado. [...]

O segundo objetivo — legitimação do poder — é alcançado em face da especialização de cada órgão no exercício da competência que foi atribuída pela Constituição, permitindo a melhoria no desempenho da sua atividade. Como cada órgão tem como competência preponderante uma função específica, a cláusula da separação de poderes contribui então para o aperfeiçoamento do exercício dessa competência, aumentando sua eficiência e, por consectário lógico, a aceitação popular dessa atuação.

Essa concepção é passível de lapidação no *Direito Constitucional organizatório* hodierno brasileiro; eis que é difícil vislumbrar mecanismos concretos para o uso de freios e contrapesos quando se entender que um Poder esteja ati-

vamente transbordando sua função. Em outros termos, quando o Judiciário estiver transbordando sua função. Isso porque, como percebido por Roberto Gargarella (2016, p. 65), a submissão das Cortes apenas a alguma *abertura social* (exemplo: audiências públicas para temas que, francamente, deveriam ser tratadas nos parlamentos) muitas vezes não passa de mecanismo retórico, porquanto “é difícil chamar de ‘diálogo democrático’ a um diálogo cujos participantes se encontram situados em posições desiguais. [...] o fato é que uma das partes desse diálogo grita, se queixa, escreve nos jornais, e litiga... enquanto a outra simplesmente decide”.

Nesse sentido, é preciso imaginar mecanismos *concretos e eficazes* para a atuação do Poder Legislativo, que esteja em consonância tanto com sua função *limitadora* quanto *legitimadora*. Há de se apresentar limites para o Judiciário (tal constatação é passível de causar controvérsia), intervindo o Legislativo nos momentos em que sua estrutura e capacidade institucional inerentemente democrática o legitima para tanto. Não para *resgatar* um poder perdido, mas para *aprimorar* o esqueleto constitucional, as relações institucionais, e o *diálogo constitucional*, sublinhando a harmonia – frequentemente esquecida – que deverá existir entre os Poderes.

Inclusive o conceito de *diálogo constitucional* é tão importante que pode ser alçado como um mecanismo que possa vir a substituir os *checks and balances* (GARGARELLA, p. 44).

[...] o funcionamento de um sistema de democracia deliberativa requer uma lógica de organização institucional diferente da que oferece o sistema de freios e contrapesos. Enquanto que o tradicional sistema de *checks and balances*, segundo veremos, se orienta a evitar e canalizar a guerra social; um sistema dialógico se orienta em direção aos fins, de modo a organizar e facilitar um diálogo estendido e entre iguais.

A título de digressão, um exemplo singelo desse fenômeno é o instituto do *compromisso significativo* (*meaningful engagement*), presente na jurisprudência da Corte Constitucional da África do Sul, em que, para a solução de problemas referentes à formulação de políticas públicas num *estado de coisas inconstitucionais*, em vez de o Judiciário *tomar as rédeas*, estabelece-se um diá-

logo entre o Judiciário, o Executivo e as pessoas afetadas pela ação ou omissão, desejando “a construção de uma solução pactuada, participativa, sob a fiscalização do Poder Judiciário” (VIEIRA JR., 2015, p. 30).

De todo modo, pretende-se, portanto, lançar um pontapé inicial para tal discussão, no tocante aos precedentes judiciais.

4.1 – Composição das Cortes

Nessa toada, antes mesmo de uma etapa de eventual ação influencial dos parlamentos na própria *formação* dos precedentes, cabe destacar a atuação absolutamente essencial do Congresso Nacional na escolha de ministros das Cortes de precedentes. Atuação essa que precisa, desesperadamente, ser repensada, a fim de que o Senado não passe mais a apenas *carimbar* as escolhas do Presidente da República, mas passe a influir concretamente para a indicação de ministros que tenham posições ideológicas e dogmáticas que não apenas se aproximem às dos parlamentares (e, portanto, por uma via indireta, às da sociedade), mas, sobretudo, que demonstrem respeito às prerrogativas do Legislativo, reverência à autocontenção judicial e abertura ao diálogo interinstitucional.

Não há necessidade, propriamente, de reforma constitucional do *mecanismo* de indicação para o STF e o STJ. O que é necessário é uma mudança de postura do Senado – e dos senadores, *magistrados da República* – mais combativa e assertiva face ao chefe do Executivo. Não pode o Executivo sozinho definir a composição dessas Cortes. Tal prática pode, para as escolhas ao STF, levar a uma “indesejável ligação entre o Supremo Tribunal Federal e o Presidente da República, caso o Senado Federal não exerça de forma efetiva a sabatina dos indicados”, conforme apontado por excelente texto da própria Consultoria do Senado (RIBEIRO, 2015, p. 13).

Contudo, se for para falar de reforma constitucional, a fim de aperfeiçoar o sistema de indicação, registra-se que a atuação dessas Cortes como *Cortes de precedentes* pressupõe indicação política, em razão do *papel político de fundamental importância* que os julgadores exercem. É uma afronta à democracia haver *concurso para juiz do Supremo*, como tem se popularizado. Se o julgador das Cortes de vértice faz escolhas interpretativas – escolhas essas político-jurídicas, pois, conforme já se expôs, os ministros não são cientistas à busca de uma

verdade cognoscível, mas juristas que constroem sofisticados argumentos jurídicos, sociais, e políticos – seria desastroso não haver um mínimo de controle político sobre as indicações. Na lição de Daniel Mitidiero (2017, p. 75),

uma Corte Suprema deve ter seus membros colhidos nos vários extratos sociais ligados à experiência jurídica. O ideal é que a nomeação de seus membros ocorra por indicação política, obedecendo a mecanismos que assegurem tendencialmente a influência das várias inclinações ideológicas representadas politicamente no Poder Legislativo e no Poder Executivo, dentre juristas com sólida formação e experiência no campo do Direito.

Nesse sentido, poder-se-ia pensar em reforma que expandisse a atuação do Congresso na formação da composição, ao menos, do Supremo Tribunal Federal, permitindo-lhe, por intermédio de cada uma das duas casas, uma participação mais direta – como, aliás, acontece com o Tribunal Constitucional Federal alemão, em que (SOUSA FILHO, 2017, p. 421)

os membros [...] são eleitos em partes iguais pelo *Bundestag* (Parlamento Federal – Câmara dos Deputados) e pelo *Bundesrat* (Conselho Federal – Senado). No *Bundesrat* os magistrados são eleitos por voto direto e maioria qualificada de dois terços, enquanto no *Bundestag* elege-se primeiro doze membros do Parlamento Federal que, então, escolhem os juízes por maioria de dois terços dos votos.

Também é interessante a proposta italiana (recomendada pelo supracitado estudo da Consultoria do Senado), em que há uma “participação igualitária dos três Poderes na composição da Corte Constitucional” (RIBEIRO, 2015, p. 13) que, sem dúvidas, propiciaria, ao menos em tese, uma relação harmoniosa entre os Poderes.

De todo modo, trouxeram-se tais possibilidades mais para fins de conhecimento; eis que não se entende que o modelo brasileiro atual – embasado no estadunidense – seja ruim. O que é preciso, todavia, é uma atuação mais asser-

tiva do Senado na busca de influir em indicações que respeitem as atribuições dos parlamentos. O Senado tem de ter consciência do novo papel das Cortes de vértice, para que deem guarida apenas a escolhas que – longe de serem enclausurados numa torre de marfim – aceitem dialogar e debater com os legisladores, os escritores do Direito. A sabatina, por exemplo, é um excelente momento para identificar e rejeitar pretendentes ao cargo que, “sob o manto da aplicação hipertrofiada de teses acadêmicas de vanguarda” (FIGUEIREDO, 2014, p. 62), violariam o núcleo de prerrogativas do Parlamento e usurpariam suas atribuições legislativas.

Ademais, a fim de registro, como já destacado por Mitidiero (2017, p. 75-76), é de muito bom proveito a indicação de juristas de experiências diversas, para que se propicie o debate e a busca do consenso mediante visões plúrimas. Acadêmicos, advogados, juízes, defensores públicos, membros do *parquet*, parlamentares – todos têm algo a contribuir com as Cortes supremas, principalmente com a Corte constitucional.

No Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais de Justiça, por outro lado, o tópico da composição se revela bem mais complexa, razão pela qual não se adentrará neste artigo. Ressalta-se, apenas, que as assembleias legislativas deveriam ter voz na escolha dos desembargadores; eis que os tribunais de justiça funcionam como Cortes supremas estaduais em relação à Constituição Estadual. Todavia esse papel nos tribunais estaduais é, francamente, pequeno – ante a pouca expressividade do constitucionalismo estadual em razão dos atuais precedentes e entendimentos do Supremo Tribunal Federal – o que significa que, ao menos por ora, não se trata de imperativo.

4.2 – Instrumentos do Legislativo

Quanto aos meios mais diretos para influência na dinâmica dos precedentes, nas escolhas interpretativas das Cortes supremas, destaca-se, sobretudo, que, ao menos quanto às formas influenciáveis relativos à *formação* de precedentes, todas têm íntima conexão com a ideia de *diálogo constitucional* entre as instituições.

Nesse sentido, frisa-se, primeiramente, o impacto que análises e prognoses legislativas *deveriam ter* para a escolha interpretativa feita pelas Cortes de

vértice. Os debates, os pareceres das comissões – especialmente da comissão encarregada da análise de juridicidade –, as AILs (Análises de Impacto Legislativo), as manifestações das Consultorias e das Procuradorias, etc. deveriam servir como poderoso norte interpretativo para o Judiciário – não para que chegue a uma *mens legislatoris*, como se ela fosse a única interpretação autêntica, mas para servir de primeiro contato para o diálogo interinstitucional que há de acontecer. Isso precisa ser promovido pelos parlamentos mediante a informatização de seus acervos e a disponibilização – de maneira ordenada e de fácil acesso – de tudo que acontece *por trás da cortina* antes da efetiva votação do projeto de lei.

Inclusive, para os parlamentos estaduais, tal importância é redobrada, ante os conhecidos precedentes do STF limitadores da atuação legislativa estadual.³ Para gerar respeito ao processo legislativo estadual, precisa haver meios para demonstrar às Cortes que as assembleias legislativas desempenham um trabalho sério. O exame, pelo STF, das razões jurídicas, sociais, políticas e econômicas por trás de determinadas normas constitucionais e legais estaduais é o primeiro contato que precisa acontecer entre a Corte e o Parlamento estadual.

Interessante, ainda, pensar numa possibilidade de *consulta* feita pelas Cortes de vértice aos Parlamentos. Não uma consulta vinculante – pois não se pretende advogar pela volta da *vedação à interpretação* –, mas opinativa, para que se colha a opinião dos senadores, dos deputados e, eventualmente, dos vereadores, acerca da posição institucional do respectivo órgão legislativo. Em verdade, poder-se-ia emitir tal *parecer*, tornando-o público e conhecido, mesmo *se ninguém perguntar*, ante a legitimidade democrática inerente aos parlamentos.

Ademais, há campo de atuação nas manifestações *processuais* dos parlamentos, feitas por meio das advocacias e das procuradorias. Há espaço para incremento dessa atuação, para que os advogados legislativos, a pedido da mesa diretora do Parlamento, ingressem, na condição de *amicus curiae*, nos feitos que possam vir a gerar precedentes, que forem de interesse jurídico do Parlamento, para servir como uma espécie de *custos legislatoris*, defendendo eventual *escolha interpretativa* feita pelo Legislativo. Não para *impor ao Judiciário* uma única escolha interpretativa, mas para possibilitar esta troca dialética, de opiniões

³ Verdadeira bagunça de entendimentos, v.g: ADIs 2435, 6575, 2663, 3874, 1060-MC, 2872, 2314, 845, 1007, 1042.

e impressões, com as Cortes. É um convite para a deliberação interinstitucional no processo judicial.

Esse primeiro plano de atuação tem como pressuposto basilar, portanto, a existência de integrantes nessas Cortes de precedentes que valorizem o espírito democrático do Legislativo, e passem a estimar, por tal motivo, um diálogo constitucional, aberto e franco, com o Parlamento. Caso não preenchidas essas *condições de temperatura e pressão*, não há, sinceramente, nada que se possa fazer. O diálogo requer ao menos dois participantes.

Em segundo plano, quando for verificado precedente já existente que seriamente destoaria da escolha interpretativa do parlamento – ou, pior, que possivelmente fuja completamente da moldura de possibilidades interpretativas bem-vistas pelo Legislativo, como em casos de *criatividade excessiva* diante de texto de baixa dubiedade – há como se proceder a uma atuação concreta e direta, não obstante certamente mais assertiva, que pode vir a gerar tensões entre os Poderes.

O Legislativo pode, simplesmente, impor a mudança, por meio de lei modificativa, aprimorando ou revogando o texto legal. Se o precedente nasce de dois elementos imprescindíveis – texto e intérprete –, e o texto é alterado substancialmente, não há como manter o precedente. Em verdade, esse *ouerruling* de precedente por *impulso do Legislativo* é simplesmente a modificação do arcabouço legal, fazendo com que seja necessário que o Judiciário julgue novos casos a partir do novo parâmetro normativo. E, diferentemente da recusa ao diálogo constitucional, a recusa de aplicação de texto legal configura, sim, grave inconstitucionalidade e usurpação das funções do Legislativo. Uma Corte não pode continuar aplicando um precedente – uma escolha interpretativa – que se embasa em texto legal modificado ou revogado.

Por outro lado, caso se decidir pela desnecessidade de modificação da redação legal, há também a possibilidade de o Legislativo modificar um precedente por meio de lei interpretativa. Tratar-se-ia de escolha inusual e peculiar para muitos ramos do Direito, mas que ocorre no âmbito do Direito Tributário; v.g., o art. 3º da lei complementar nº 118/2005, e, para alguns, o art. 9º da Lei Complementar nº 160 de 7 de agosto de 2017 (GASPERIN, 2018).

A lei interpretativa reduz as possibilidades de escolha interpretativa, encalhando a *moldura* dentre qual se pode optar. Não se trata, portanto, própria-

mente, de interpretação prévia por parte do legislador – até porque legislador não é intérprete no sentido que ora interessa – mas um *limite* à interpretação jurídica (FERRAZ JR., 2010, p. 3). Assim, novos casos não poderiam ser julgados tomando em conta uma escolha interpretativa prévia que se embasasse em leitura incompatível com as restrições estabelecidas pela lei interpretativa. Ocorreria, efetivamente, um *overruling*, ou ao menos um *overriding* (“o *overriding* apenas limita ou restringe a incidência do precedente, aproximando-se, nesse sentido, de uma revogação parcial” (MARINONI, p. 243)).

O cuidado, todavia, a se tomar com as leis interpretativas é para que não se tente, por meio de norma legal – que deverá ser geral e abstrata – regulamentar uma questão específica, que é dever interpretativo e aplicativo do Judiciário (FILIPPO, p. 103). Por esse motivo, diferentemente da lei modificativa, a lei interpretativa é mais propensa a gerar inconstitucionalidade por usurpação das atribuições do Poder Judiciário.

Como último ponto referente à atividade legislativa, registra-se que as profundas modificações da lei de introdução às normas do Direito brasileiro promovidas pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, é excelente exemplo de *legislação* capaz de modificar a lógica da interpretação jurídica – fator que leva, também, à modificação dos precedentes que lhes são contrários. A Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, nesse sentido, tem elementos de lei interpretativa, conquanto não seja possível reduzi-la a isso.

Por fim, salienta-se que caso ocorra situação em que houver, efetivamente, claro desrespeito à legislação emanada do Parlamento (por exemplo, continuar a aplicar escolha interpretativa – precedente – cuja base legal já sofreu modificação e/ou revogação incompatível com sua contínua aplicação), o Legislativo deve, com base no art. 49, XI, da Constituição da República, e por meio de Decreto Legislativo, suspender a eficácia dos atos do Poder Judiciário que estejam em violação às suas atribuições normativas (FIGUEIREDO, p. 67).

Outra hipótese extremamente plausível na qual o Congresso Nacional possa se valer de um decreto legislativo para preservação de sua competência normativa seria um ato judicial, súmula vinculante, sentença ou acórdão, fundamentado em norma jurídica emanada de órgão flagrantemente incompetente para tanto, ou ainda exa-

rar um dos provimentos jurisdicionais retro sem base legal prévia, bem como fora de exercício de integração normativa, a saber, sem valer-se de analogia, princípios gerais ou costumes. Nesse caso, surge a seguinte indagação: pode o magistrado colocar-se acima do sistema de Direito, do ordenamento jurídico e da lei? A resposta, sem maiores dúvidas e digressões, obviamente, é não.

É possível cogitar, na dinâmica contemporânea dos tribunais, a suspensão, p. ex., de enunciado de súmula ou de *tese* numerada, caso a situação chegue a um limite intolerável.

A regulamentação e o uso do art. 49, inciso XI, da CF face a ato do Judiciário têm sido tema que provoca verdadeiro temor entre os operadores do Direito; fator que tem, inevitavelmente, contribuído à ascensão do Judiciário – e do Supremo Tribunal Federal em particular – ao posto de protagonista político principal do País, que *quase tudo pode*. Não há, contudo, razão para ter *medo* de uma norma constitucional. Há, apenas, de se ter extremo receio na sua implementação, ante o inevitável desgaste que poderá ocorrer com o seu uso. Trata-se de uma *bomba atômica* institucional que pouco se assemelha, em termos de repercussão, ao instrumento previsto no art. 49, inciso V da CF, de sustação de ato do Executivo que exorbite do poder regulamentar ou da delegação legislativa.

5 – Conclusão

Acredita-se que o percurso ora caminhado demonstra que a nova sistemática de precedentes tem muito a contribuir para uma salutar convivência entre os Poderes. Fundamenta-se em pressupostos teóricos sólidos, realistas e democráticos, eis que reconhece que a interpretação jurídica não é meramente cognitiva – à busca de uma verdade cognoscível – mas argumentativa. Reconhece que a norma nasce do contato do texto com o intérprete, que não é – e nem poderia ser – neutro. E reconhece que o valor da segurança jurídica, para a sociedade, é de importância ímpar.

Sem falar, claro, nos inúmeros outros *benefícios* que a sistemática de precedentes, corretamente entendida e aplicada, traz – autocontenção judicial, celeridade processual, desestímulo à litigância, entre outros.

Também se notou, todavia, que tal sistemática *impõe* que seja repensada a dinâmica tradicional de *freios e contrapesos*, a favor de uma dialética institucional aberta e franca, em que escritor e intérprete possam *juntos* contribuir para a formação do precedente. Nesse sentido, o diálogo entre os Parlamentos e as Cortes, mormente as de vértice, precisa ser estimulado, por todos os meios juridicamente plausíveis, mesmo atípicos. É preferível que os Parlamentos influem na formação e consigam uma mudança de precedente com base em respostas a consultas e em manifestações processuais que pela via estreita da legislação modificativa ou interpretativa, aberta se necessária.

Há uma marcha paulatina em direção ao *constitucionalismo dialógico*; e o precedentalismo pode servir de grande aliado para chegar a tal fim, aproximando os legisladores e as Cortes.

6 – Referências

- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 mar. 2020.
- _____. Lei nº 13.655 de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União. Brasília, 2018. Disponível em: <[L13655 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 25 jan. 2022.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Pet nº 12.344/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgamento em 28/10/2020, DJe 13/11/2020.
- _____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. ADPF nº 323, relator ministro Gilmar Mendes. Julgamento não concluso (19/8/2021).
- _____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 655.265, Relator(a): Luiz Fux, Relator(a) p/ Acórdão: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgamento em 13/4/2016.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo do conhecimento. 22. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Lei interpretativa em sede tributária sobre o art. 106 – I do CTN, ao ensejo da Lei Complementar nº 118/05. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT, ano 18, nº 47, p. página inicial-página final, set./out. 2010. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/142/20961/35216>>. Acesso em: 25 jan. 2022.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Dos instrumentos constitucionais de preservação de competência legislativa. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, ano 18, nº 45, p. página inicial-página final, abr./jun. 2014. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/129/10498/17113>>. Acesso em: 25 jan. 2022.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes judiciais e separação dos poderes. Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, ano 16, nº 40, p. 97-114, Abril-Junho/2015.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Novo paradigma da reclamação e o não cabimento para garantir a observância de acórdão proferido em embargos de divergência. In: NERY Jr, Nelson; ALVIM, Tereza Arruda (coord.). Aspectos polêmicos nos recursos cíveis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico frente ao sistema de freios e contrapesos. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. Jurisdição Constitucional e Direito Constitucional Internacional. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GASPERIN, Carlos Eduardo Makoul. O caráter interpretativo e retrospectivo da lc n. 160/2017: consequências. Revista Direito Tributário Atual, nº 39, p. 56-77 - 2018.

KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. 2. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, nº 3, p. 9-52, jul./set. 2016.

MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2017.

_____. Reclamação nas cortes supremas. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MOLINA, André Araújo. Compreensão e aplicação dos precedentes na Justiça do trabalho. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia, Salvador, BA, v. 9, nº 12, p. 6-38, ago. 2020.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Por uma separação de poderes à brasileira: Constituição de 1988 e a teoria tripartite de Montesquieu – uma conta que não fecha. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, nº 78, p. 117-141, mar./abr. 2013.

RIBEIRO, R. S. O Processo de Indicação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: uma análise crítica. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Maio/2015 (Texto para Discussão nº 174). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 25 jan. 2022.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. In: BRANDÃO, Rodrigo (org.). Cortes constitucionais e supremas cortes. Salvador: Juspodivm, 2017.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 25 jan. 2022.

ZANETI JR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015? Revista de Processo, Revista dos Tribunais, vol. 257/2016, p. 371 – 388, Jul / 2016.

ZANETI JR, Hermes. O modelo dos precedentes no código de processo civil brasileiro. In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (org.). Precedentes judiciais: diálogos judiciais. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.



ALGUMAS NOTAS SOBRE A PÓS-PRODUÇÃO LEGISLATIVA E SUA ANÁLISE PELO PODER EXECUTIVO ANTES DA DECISÃO DE SANÇÃO OU VETO (E SEU ABUSO): uma fronteira da teoria federalista ainda desconhecida

Marco Antonio Hatem Beneton

Doutor em Direito Financeiro pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie. Especialista em Direito Eleitoral pela Escola Judiciária Eleitoral Paulista do TRE-SP. Ex-Secretário Geral Parlamentar da ALESP e ex-Chefe de Gabinete da Secretaria de Estado da Justiça e Defesa da Cidadania. Procurador da Assembleia Legislativa de São Paulo.

mabeneton@uol.com.br

Sumário: 1 – Introdução. 2 – Da sanção e do veto. 3 – Veto e suas razões: veto por interesse público (VP) ou veto por inconstitucionalidade (VJ). 4 – Tudo é inconstitucional: o abuso do poder de veto, a separação de poderes e o desequilíbrio dos Poderes como ato anti-federalista? 5 – Necessidade do diálogo intragovernamental como corolário do Estado Democrático de Direito: um intercâmbio técnico-político entre Poderes em prol da sociedade. O papel das assessorias técnicas e o interesse político: estratégia institucional a ser repensada. 6 – Conclusão. 7 – Referências.

Resumo: Esta pesquisa visa a analisar, sob um ponto de vista crítico da teoria

jurídica, a grande concentração de poder que o Chefe do Executivo detém de, por exemplo, vetar projetos de lei e conseqüentemente poder fazer uso abusivo desse poder, o que conclama a necessidade de um diálogo entre os Poderes (envolvendo suas assessorias) para superar eventuais desajustes e conflitos e fazer assim fazer prevalecer um consenso em prol do povo.

Palavras-chaves: Processo legislativo. Veto. Abuso de poder. Diálogo.

NOTES ON LEGISLATIVE POST-PRODUCTION AND ITS ANALYSIS BY THE EXECUTIVE BRANCH BEFORE THE SANCTION OR VETO BILLS (AND ITS ABUSE): THE STILL UNKNOWN FRONTIER OF FEDERALIST THEORY

Abstract: This research aims to analyze, from a critical legislative theory, the great power concentration that the Head of Executive holds to veto bills and consequently be able to make abusive use of this power. This example calls the need for a dialogue between the Powers (involving their advisors) to overcome possible disagreements and conflicts and thus make a consensus prevail in favor of the people.

Keywords: Legislative process. Veto. Abuse. Dialogue between Powers.

1 – Introdução

Neste estudo, desenvolveremos algumas breves considerações a respeito da tensão jurídica que ocorre entre a pós-produção legislativa (não o encerramento do processo legislativo em si, mas após as fases do processo terem se exaurido no Poder Legislativo) e sua análise pelo Poder Executivo antes da decisão de sanção ou veto. Essa é uma *fronteira* ainda desconhecida da teoria federalista e, diríamos, um tanto negligenciada pela doutrina, que somente deita ensinamentos teóricos sem apontar os desequilíbrios e subjetivismos exacerbados concentrados no poder de análise na chamada fase de positivação, que pertence ao Chefe do Poder Executivo.

Há uma premente necessidade se de jogarem luzes sobre essa questão

essencial dentro do diálogo entre os Poderes e as instituições no Estado de Direito, uma vez que a decisão a respeito de um projeto tornar-se lei¹ fica ao total alvedrio do Chefe do Poder Executivo, mesmo diante das balizas constitucionais fincadas no *caput* e no § 1º do art. 66 da Constituição da República. Logicamente, não se ignora que se trata de uma prerrogativa constitucional inata ao jogo de poder e ao sistema de freios e contrapesos, de um poder controlar o outro, com vistas a evitar o abuso ou a prepotência ou preponderância de um poder sobre o outro ou sobre os demais. Não, isso não se ignora. Mas o que se ignora, no âmbito geral dos estudos, é o extremo poder subjetivo, volitivo, sem precisos esteios, que o Chefe do Poder Executivo detém para cancelar uma proposição legislativa que, muitas vezes, não viola o desenho de competências e de iniciativas legislativas estruturadas na Constituição Federal e nas Constituições estaduais, mas é vetada, seja por interpretações jurídicas, ou seja, conveniências políticas nada transparentes.

Tudo isso acaba por revelar uma espécie de acomodação intelectual e – pior – constitucional, que entorpece as relações institucionais e bloqueia inovações, arrojadas e arejadas, de aperfeiçoamento das autonomias estaduais. Em uma só palavra, a manutenção desse estado de coisas impede avanços mais ousados no sentido de se estabelecer um verdadeiro Estado federal, um federalismo conforme nos foi ensinado pelos *founding fathers* americanos, no século XVIII, nos Estados Unidos, onde a concepção federalista detém uma força de linguagem de fixação de poderes mais autênticos aos estados membros.

É preciso reequilibrar o sistema dos Poderes do Estado, retirando do Poder Executivo a pecha rançosa, ainda contaminada pela ideia monarquista, de concentração de poderes políticos e jurídicos nas mãos do soberano. Temos que enterrar a herança monárquica que grassou no Brasil por mais de três séculos. Aliás, a monarquia como forma de governo foi estupidamente rejeitada no plebiscito de 1993 e, rejeitada a volta da monarquia, devem ser arrastados para os anais da História os poderes do monarca.

Esse estudo visa a lançar luzes em um tema pouco explorado: o Chefe do Poder Executivo e o seu poder de decidir, ilustrado na prerrogativa *se sanciona*

¹ Utilizaremos neste estudo apenas a palavra lei em sentido amplo, abarcando lei e lei complementar.

ou *se* veta um projeto de lei, estudo este encetado dentro do contexto jurídico de encerramento do processo legislativo. Pergunta-se: há um parâmetro jurídico para sancionar ou vetar projetos de lei? A resposta parece simples. De pronto, dir-se-á: sim, o parâmetro é a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do projeto de lei ante o cotejo da sua iniciativa ou matéria com a Constituição Federal ou com a Constituição estadual, ou sua conveniência ou inconveniência perante o interesse público. Essa resposta é correta, até porque advém do texto constitucional, residente no art. 66 e seus parágrafos. Se aquiescer, sanciona; se considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente.

É valiosa a lição de José Afonso da Silva:

são dois os motivos constitucionais para o veto: a) existência de inconstitucionalidade; b) contrariedade aos interesses nacionais. Mas esses motivos dependem do julgamento do titular do poder de veto; subordinam-se a um juízo subjetivo e particular, no momento de sua atuação [...] Por aí se vê que se trata de um poder sem limites, no que tange ao seu exercício (SILVA, 2006).

Dentro desse contexto apresentado por José Afonso da Silva (2006), vê-se que existem outras questões que incidem nesse momento entre o protocolo do autógrafo legislativo no setor competente do Poder Executivo e a decisão publicada no Diário Oficial. São 15 (quinze) dias úteis de suspense? São 15 (quinze) dias úteis de negociações entre o Legislativo e o Executivo? São 15 (quinze) dias úteis de um jogo político ou de análise técnica sobre o tema sobre o qual o Chefe do Poder Executivo está debruçado?

Assim, as razões do veto por interesse público são de fato derivadas da ausência desse interesse público, ou fatores subjetivos imperam, como, por exemplo, a retaliação política? Se é por inconstitucionalidade, advém a pergunta: *tudo é inconstitucional?*; daí reclamando o papel das assessorias técnicas e a presença do interesse político. O que disso tudo prevalece? Trata-se de uma estratégia a ser repensada? Ao se esticar ainda mais a discussão, podemos dizer que há um possível abuso do poder de veto? Mas e a separação de poderes? E o federalismo? E a harmonia? E a impessoalidade? Tudo isso pode denotar em

um desequilíbrio dos Poderes expondo, como resultado, um ato antifederalista e, por consequência, um ato antidemocrático. O Estado não é mais unitário; é, há muito, federal, e a essência do federalismo não é somente um conceito geográfico; a essência do federalismo é a democracia, pois induz obrigatoriamente a participação das partes na decisão do todo. Há uma ilusão monarquista a ser extirpada de vez do nosso sistema político e constitucional, e há uma necessidade urgente de se estabelecer um diálogo intragovernamental, como corolário do Estado Democrático de Direito, um diálogo não só político, mas um intercâmbio técnico-político entre Poderes em prol da sociedade.

Antes de entrarmos no tema proposto, advertimos que não o esgotaremos, por ser ele uma fronteira ainda inóspita no constitucionalismo pátrio. Lancemos indicações de caminho para avivar um debate sobre a necessária atualização da interpretação do *caput* e do § 1º do art. 66, da Constituição da República, uma vez que o valor democrático não se encerra com as eleições, mas subjaz em tudo que é feito em nome do Estado, a favor da sociedade e em benefício do Povo.

2 – Da sanção e do veto

Em primeiro lugar, devemos situar o tema dentro do sistema de freios e contrapesos que anima a separação de poderes. Prevista no art. 2º da Constituição Federal, são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Cada poder freia o outro, ou faz um contrapeso, uma vez que na sempre atual lição de Montesquieu, um poder sem freios tende ao abuso, à usurpação de funções do outro. A ideia de desconcentração de poderes é justamente esta: dividir organicamente as funções de Governo (produção das leis, execução das leis e aplicação das leis para a solução de conflitos) para que um poder não se sobreponha ao outro, para não se retornar à antiga concentração (e abuso) de poderes enfeixados nas mãos de um único soberano (rei, imperador) ou de uma casta ou elite (nobreza, alto clero, aristocracia).

Por isso, a ideia de separação de poderes contém, para além da independência que é inata a cada um que age dentro da sua tarefa específica de ou produzir leis, ou de executar leis, ou de aplicar as leis para a solução de conflitos, há também a ideia de que haja harmonia na convivência para a condução

do governo de um Estado, de que um poder não se sobreponha ao outro, ou um usurpe as funções do outro, ou que um anule, de forma antijurídica e à margem das exceções constitucionais, as atividades e os atos do outro.

Recortando nossa análise à relação Legislativo/Executivo, podemos dizer que a sanção e o veto inserem-se dentro da concepção de separação e de harmonia. São dois atos políticos (atos de governo que emanam diretamente da Constituição) que encerram o processo legislativo, ou, no caso dos vetos, prolongam-no, pois dependem de nova análise pelo Legislativo, que pode manter ou derrubar o veto. Por isso que se trata de um prolongamento do processo legislativo. Aliás, interessante a lição de Waldemar Martins Ferreira.

Não fulmina o veto de pronto o projeto ou os dispositivos não sancionados. Suspende-os. Deixa-os no ar, como advertência, a reclamar novo exame por parte dos representantes do povo; eis porque o veto tem que ser justificado (2019, p. 210).

E o que a sanção e o veto significam juridicamente? Rafael Vargas Hetsper nos dá um sintético panorama jurídico sobre esses dois institutos condizentes com o processo legislativo.

A alternativa que se contrapõe ao veto é a sanção. Tal medida significa a identificação dos interesses entre Legislativo e Executivo, e, regra geral, é por sua incidência que o projeto de lei transforma-se em lei de fato e de direito. Diferentemente do veto, que só se materializa por meio de uma manifestação de vontade formal expressa, a sanção pode ser tanto expressa quanto tácita: ela é expressa quando o Presidente aquiesce com o projeto de lei lhe enviado à deliberação pelo Legislativo, e tácita quando o Presidente não se manifesta sobre o projeto de lei que foi a ele remetido no prazo constitucional de 15 dias úteis, os quais são contados da data de recebimento (art. 66, § 3º, da CF de 1988). Por ser a sanção, juntamente com o veto, uma das duas possibilidades de manifestação do Presidente quando da etapa do processo legislativo que lhe compete deliberar, em não sendo essa efetuada

no momento oportuno, está prescrita a possibilidade de confirmação do projeto de lei aprovado no Legislativo por parte do chefe do Executivo. Mesmo que o Congresso Nacional delibere em reunião conjunta pela superação do veto, o destino processual da nova lei é a imediata promulgação, consoante prescreve o art. 66, §§ 5º e 7º, da CF de 1988. Com a intenção de caracterizar o poder de veto em sentido amplo, com vistas a evidenciar a sua natureza dual (misto de jurídico e político) e o seu regramento atualmente vigente no Brasil, o presente artigo apresentou seus conceitos e enfatizou o papel por ele desempenhado como um dos elementos do sistema de freios e contrapesos no Estado moderno, o qual tem como função precípua a estabilidade dos sistemas de governo fundados nos princípios da teoria da separação dos poderes concebida por Montesquieu em meados do século XVIII. Na mesma medida, indicou alguns elementos relativos à trajetória histórica do veto e distinguiu os seus tipos, ainda que não existentes no modelo brasileiro. Fundamentalmente, a complexificação das relações sociais ao longo do tempo promoveu o aperfeiçoamento do instituto conforme as necessidades e os interesses particulares de cada Estado, o que gerou a multiplicação das maneiras pelas quais o seu detentor poderia fazer uso dessa prerrogativa institucional. Demais, o trabalho buscou detalhar o modo como o poder de veto está presentemente disciplinado no ordenamento jurídico nacional, para isso amparando-se na CF de 1988. Basicamente, a forma prevista é a expressa, nos tipos total ou parcial, por razões de inconstitucionalidade e/ou contrariedade ao interesse público. Em relação aos termos, os prazos do Executivo são de 15 dias úteis para a análise do projeto de lei e 48 horas para a comunicação do veto ao Legislativo. Da parte do Legislativo, por sua vez, o prazo para reflexão sobre razões de veto advindas do Executivo é de 30 dias, sendo que a sua apreciação ocorre sob a forma secreta, na qual o quórum para a derrubada é a maioria absoluta (2012, p. 224-225).

Portanto, a sanção é a aquiescência, é a aceitação do projeto. Ao aquiescer, o Chefe do Poder Executivo adere à iniciativa legislativa do Poder Legislativo; ou do Poder Judiciário (naqueles projetos que sejam da iniciativa exclusiva dos tribunais); ou chancela a sua própria iniciativa, nos casos mais comuns de projetos de organização da Administração Pública (Direta ou Indireta); ou de projetos de conteúdo eminentemente financeiro, como aqueles que veiculam as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual. Sancionado, ocorrerá a proclamação, que é o ato conjugado ao ato de sanção do projeto de lei e que significa a ordem de sua divulgação, qual seja, de tornar público e cogente o que era projeto e transformou-se em lei, deflagrando seus efeitos próprios: vinculação, abstração e generalidade.

Já em relação ao veto, as razões de sua existência se ampliam. Aqui, há nítido conflito entre os Poderes, uma vez que um impede que uma determinada proposição ganhe foros de vinculação, abstração e generalidade, tendo em vista a imposição de poder, como obstáculo à veiculação de norma inconstitucional ou de norma que viole o interesse público. Alexandre de Moraes, em seu *Presidencialismo*, didaticamente conceitua e explica a razão de existência do poder de veto.

No tocante ao veto presidencial, consagra-se essa possibilidade como importante instrumento de controle do exercício da competência legislativa do Congresso, permitindo-se ao Presidente da República, como lembrado por Montesquieu, a faculdade de impedir eventuais abusos na produção legislativa, pois, *se o Poder Executivo não tiver direito de frear as iniciativas do corpo legislativo, este será despótico. Porque, podendo atribuir-se todo poder imaginável, aniquilará os demais poderes.* O veto, portanto, será a manifestação de discordância do Presidente da República com o projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo, consagrando-se como técnica de controle de exercício do poder político, para garantia do Estado de Direito (2004, p. 192-193, grifo do autor).

Explicada a razão política da existência da sanção e do veto, vejamos agora os motivos pelos quais um projeto de lei poderá ser obstado pelo Chefe do

Poder Executivo.

3 – Veto e suas razões: veto por interesse público (VP) ou veto por inconstitucionalidade (VJ)

Muito bem. Apresentados os atos de sanção e veto como atos inerentes ao processo legislativo e como prerrogativa e poder do Chefe do Poder Executivo, analisemos, rapidamente, os motivos que induzem ao veto e, com isso, aproximamo-nos do núcleo central deste estudo, da nossa indagação.

Sanção, como vimos, é adesão à proposta que foi aprovada pelo Poder Legislativo, seja ela expressa ou em sua forma tácita, o que demonstra, por si, não existirem tantas dúvidas sobre essa prerrogativa-poder, contudo o mesmo não se pode dizer quanto ao veto. Pelo sistema constitucional de prerrogativas do Chefe do Poder Executivo, a Casa na qual tenha sido conclusa a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República que, não sendo motivo de sanção, poderá considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente (art. 66 e § 1º, CR).

Assim, existem dois motivos que poderão fundamentar o veto do Executivo: veto por interesse público, ou também denominado veto político (VP); ou veto por inconstitucionalidade (VJ), ou denominado veto jurídico. Embora o veto seja o obstáculo que impede a conversão de um projeto em uma lei efetivamente, os motivos e as razões que os escudam são díspares. O projeto ou é inconstitucional ou é inconveniente, a despeito da sua constitucionalidade. E poderá o projeto ser parcialmente vetado pelos dois motivos, parte dele sendo inconstitucional e parte dele sendo inconveniente. Essa é uma possibilidade resistente no chamado veto parcial, no qual o Chefe do Executivo, com autorização advinda do §1º do art. 66 da Constituição Federal, poderá aquiescer parcialmente em relação ao projeto de lei, sendo que a Constituição não distingue ou proíbe o uso concomitante dos dois motivos em um mesmo projeto. Nesse sentido, mais uma vez Alexandre de Moraes.

O Presidente da República poderá discordar do projeto de lei, ou por entendê-lo inconstitucional (aspecto formal) ou contrário ao interesse público (aspecto material). No primeiro caso teremos o chamado veto jurídico, enquanto no segundo, o veto político.

Note-se que poderá existir o veto jurídico-político (2004, p. 194).

O veto por interesse público, ou por inconveniência, Tem uma natureza nitidamente política, embasado naquele poder de frear comportamentos do Poder Legislativo que excedam, sobretudo, os aspectos financeiros; que extrapolem os limites orçamentários ao aumentarem, por exemplo, benefícios previdenciários ou sociais que, apesar de não serem inconstitucionais tais benesses – uma vez que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, conforme prevê o art. 203 da CF – devem se ater à responsabilidade fiscal e ao limite de gastos em correspondência com o montante arrecadado em receitas.

Por outro lado, é inegável que o poder de veto político detenha uma carga subjetiva muito grande e, como apontou José Afonso da Silva (2006), sem limites, e, lamentavelmente, não poderá ser confrontado esse poder perante o Poder Judiciário, exceto em seus aspectos formais.

O veto político, malgrado não possa ser enfrentado pelo Poder Legislativo ou por outros interessados, perante o Poder Judiciário poderá ser apreciado novamente pelo Legislativo que, por força de interpretação do disposto no artigo 66 e nos parágrafos desse mesmo artigo, após ser comunicado pelo Chefe do Executivo sobre os motivos do veto, aprecia-lo-á no prazo constitucional e poderá, por maioria absoluta, rejeitar o veto, devolvendo o projeto para nova apreciação do Executivo, ou poderá manter o veto, com o conseqüente arquivamento da proposição legislativa. De tudo isso, em nosso modo de ver, extrai-se uma interpretação do texto constitucional que dá dicas sobre a sobrevivência do projeto enquanto existir o veto, e a regulamentação a miúdo do procedimento de apreciação do veto, guardados os preceptivos constitucionais de quórum e prazo, que se dará na forma do regimento da respectiva Casa de Leis (no caso, se for no âmbito federal, competirá ao Congresso, união das Casas alta e baixa, apreciar o veto; no âmbito dos estados e dos municípios, onde vigora o sistema unicameral, a apreciação competirá, respectivamente, às Assembleias Legislativas e às Câmaras Municipais).

Já em relação ao veto jurídico, por inconstitucionalidade, a questão, a princípio, seria mais fácil de vislumbrar, uma vez que basta o cotejo do projeto de lei com o texto da Constituição e, como resultado, verificar, dentre os aspec-

tos de constitucionalidade formal e material, se o projeto se coaduna com o texto máximo do ordenamento jurídico. Trata-se de uma aparente espécie de controle preventivo de constitucionalidade.

Porém, como dissemos, só a princípio é que a questão transpira certa facilidade; isso porque a questão do veto jurídico (e aqui inserimos também, em igualdade de gravidade, o veto político) demanda preocupações institucionais maiores, que desde há muito atormentam a vida política e constitucional brasileira.

Essa preocupação encontra explicação plausível Waldemar Martins Ferreira, que, dentro de uma narrativa histórica do Direito Constitucional brasileiro, expõe:

o veto é privativo do presidente da República. Ato é esse por via do qual ele se recusa a cooperar com a sua sanção para que o projeto se transfigure em lei ou dele extirpe os dispositivos inconstitucionais ou inconvenientes. [...] Não era comum o veto no regime da Constituição de 1891. Não o era porque somente poderia abranger todo o projeto de lei. Tinha que ser integral. Dispunha ela, no § 1º do art. 37, que se o presidente da República julgasse inconstitucional, ou contrário aos interesses da Nação, o projeto enviado a sua sanção, negá-la-ia dentro de dez dias úteis, com os motivos da recusa. Exigia essa circunstância que o presidente da República acompanhasse de perto e atentamente o os trabalhos parlamentares, de molde a evitar os dispositivos ou emendas inconvenientes. Criou-se, para isso, a figura do líder da maioria, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal [...] Era aquele o porta-voz do governo. Era ele quem orientava as votações. Por isso, antes do início das sessões, ele ouvia o governo, cujo pensamento representava [...] (2019, p. 210-211).

A oposição de veto é algo politicamente delicado; não se discute. Concorre, entretanto, ao lado da harmonia entre os Poderes, seja no palco dos acontecimentos ou seja nos bastidores, com uma real tensão entre os Poderes, capaz de deflagrar crises políticas e institucionais. Waldemar Martins Ferreira (2019) bem observou essa tensão, que vem de longa data e está localizada, até de forma natural, nos países de regime democrático, onde o convívio entre os contrários e

os debates gerados revelam normalidade, um debate entre teses, antíteses até se chegar – o que sempre se espera – a uma síntese. O debate gerado por imposição de vetos há de ser tido como natural, pois há liberdade no ambiente político, institucional e constitucional. Sociedades nas quais esse debate não ocorre podem ser sinônimo de falta de liberdade política, sinônimo de regime de exceção, de falta de democracia; em suma, ditaduras.

Assim, o que se espera de um debate a respeito da imposição de um veto, total ou parcial, é, ao final, alcançar o consenso, ou a pacificação política. O que não se pode concordar é quando esse poder de veto extrapola ou se excede dentro da normalidade institucional e constitucional, a revelar um desequilíbrio de forças políticas em prol do governo e em detrimento do Parlamento e das minorias políticas. Exemplo desse desequilíbrio se dá quando há um expressivo aumento de vetos em face da produção legislativa do Legislativo fundados os motivos que ensejam o veto em inconstitucionalidade, mas uma alegada *inconstitucionalidade desenfreada*.

Daí surge a indagação que reputamos o núcleo central deste estudo: tudo é inconstitucional? Ou será que há um império da técnica em contraste com o respeito à vontade dos representantes do Povo? Ou ainda: será que não há um comodismo em não se inovar dentro do federalismo, sobretudo do nosso federalismo brasileiro, no qual o espaço da competência legislativa dos Estados membros é apertado, é exíguo ou concorre com demasiada preponderância das competências legislativas da União, sendo o art. 24 da Constituição Federal um exemplo disso? Ou é a conveniência do jogo de poder, diga-se, de um grande poder subjetivo enfeixado nas mãos do Chefe do Executivo?

Tentemos analisar essa indagação e deslocá-la para uma discussão mais ampla, que congregue temas como abuso do poder de veto e a separação de poderes bem como o desequilíbrio entre os Poderes como ato anti-federalista.

4 – Tudo é inconstitucional: o abuso do poder de veto, a separação de poderes e o desequilíbrio dos Poderes como ato anti-federalista?

A indagação é eloquente: *tudo é inconstitucional?* Será que o Poder Legislativo é tão despreparado ou desatento para se desviar dos caminhos traçados na Constituição Federal na seara das competências legislativas, na produção le-

gislativa em prol da sociedade? A resposta é negativa: não! O Poder Legislativo não é nem despreparado, nem desatento para se desviar dos caminhos traçados na Constituição Federal na seara das competências legislativas, muito menos é um mero produtor de normas jurídicas, populistas ou não. Logicamente, outros fatores, de índole jurídico-formal e também material, obstam a produção legislativa na escala pretendida pelos legisladores, mas podemos dizer com toda certeza: nem tudo aquilo que o Chefe do Executivo entende por inconstitucional, para opor o veto, é, de fato, inconstitucional. Falta, sim, com o devido respeito, uma certa dose de coragem bem como a construção de esforços interpretativos para saltar sobre uma espécie de comodismo que se apoderou das instâncias decisórias pertinentes e provoca uma hipertrofia constitucional do poder de veto, seja na ensimesmada prerrogativa do Chefe do Poder Executivo fundada em *raisons d'état* ou por motivações políticas (de estratégia política), ou, seja no seu assessoramento técnico muitas vezes ainda atrelado a um pensamento jurídico conservador, desaguando, no que se pode denominar, de abuso do poder de veto, um defeito do nosso constitucionalismo, uma vez que expõe uma rotina tanto de 1) negação da vontade popular quanto de 2) negação da formação federalista do Estado. Reflitamos um pouco, a seguir, sobre essa dupla negativa que, no fundo, demonstra um invisível incômodo com os preceitos constitucionais republicanos, muito mais presente na figura dos Chefes do Poder Executivo, agastados com as peias parlamentares; peias essas indissociáveis com o regime democrático republicano. Diga-se, aliás, que no âmbito dos estados membros a ânsia pelo veto sobe a alturas maiores, haja vista o estreito campo de competências legislativas concedidas a esses entes e às Assembleias Legislativas. Por isso, o que se diz aqui sobre a relação Presidente da República e Congresso Nacional acentua-se, ainda mais, na relação Governador e Assembleia Legislativa.

E na continuidade das possíveis causas que desarranjam essa relação decorrente de um *aparente* abuso do poder de vetar, comecemos invocando, novamente, Waldemar Martins Ferreira, que sintética mas objetivamente, sem rodeios, esclarece, por meio do filtro da história constitucional, a causa desse mal político que fortalece a figura do veto em detrimento de um saudável diálogo entre os poderes:

o veto, até então, abria crise política, pela explosão do conflito entre o poder executivo e o poder legislativo. Mesmo depois de

instituído o veto parcial, que acresceu o poderio do presidente da República, [o veto] constituía raridade. Agora, não. Não se interessa muito o presidente da República pela elaboração legislativa. Num ou noutro caso é que o líder da maioria intervém, de molde a obter, nas comissões e no plenário, o expurgo das leis e disposições inconstitucionais ou inconvenientes. Quando os projetos de leis sobem à sanção é que o presidente da República entra a examiná-los, de molde a vetá-los total ou parcialmente. Ele, por isso, usa e abusa do poder de vetar. [...] a Câmara dos Deputados e o Senado Federal sob a direção da mesa deste reúnem-se em sessão conjunta para deliberar sobre o veto. Representa este força considerável posta nas mãos do presidente da República, pois que, como observou exímio monografista, ela lhe permite, sem maior esforço e no lapso de tempo suficiente para escrever *não* e algumas frases explicativas, amainar o resultado de longa e árdua batalha parlamentar. Pode o presidente, sem riscos e com probabilidades de sucesso, deter as leis que o desagradem; e, pela ameaça do veto, sempre suspensa sobre as cabeças dos representantes, imprimir à legislação o sentido que deseje. E acrescentou: de fato, tal qual se acha organizado, o veto americano tem prestado serviços imensos ao chefe do Executivo, que dele usa com mais frequência do que se poderia esperar, por ser a sua arma de luta eficaz contra o Congresso. A teoria da separação dos poderes levou os constituintes a isolar completamente o executivo do legislativo. O veto representa o ponto de contato entre esses dois poderes; a participação do presidente na legislação resolve-se por esse direito negativo de suspender as leis. E é graças a ele que a doutrina de Montesquieu do controle mútuo e necessário se acha respeitada (MAYER, 1948, grifo do autor).

Na mesma linha, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, escreve que

foi o veto concebido pela doutrina clássica segundo a lição de Montesquieu, ou seja, como *faculté d'empêcher*. Visa, pois, a

habilitar o chefe do governo a impedir, ou pelo menos a dificultar, que se transformem em lei disposições inconstitucionais ou inconvenientes para o bem comum. É, por isso, o veto um meio de controle da ação parlamentar e como tal foi ele recebido e estruturado no Direito Constitucional brasileiro. A experiência, porém, indica um outro uso do poder de vetar parcialmente os projetos de lei. Uso que é verdadeiro abuso. [...] Ora, como o veto exige maioria qualificada para restaurar a fração vetada, se o Presidente lograr apoio [...] conseguirá impor essa mudança, obtida através do veto parcial. Trata-se, indubitavelmente, de um abuso do poder de vetar, contudo esse abuso foi tolerado pela jurisprudência, inclusive pelo STF (2013, p. 537-538).

Por sua vez, com igual brilhantismo, a crítica engenhosa de Gilmar Ferreira Mendes, sob o viés do argumento do veto baseado na inconstitucionalidade:

é fácil ver que o veto de um projeto de lei sob o argumento da inconstitucionalidade outorga ao Executivo uma faculdade de enorme significado num sistema constitucional, que, como visto, privilegia o controle judicial de constitucionalidade de leis.

Não são raros os autores que identificam aqui configuração de um modelo preventivo de controle de constitucionalidade. É verdade que esse poder há de ser exercido *cum grano salis*, não se confundindo com aquele outro, que autoriza o Chefe do Executivo a negar a sanção a projetos de lei manifestamente contrários ao interesse público.

Evidentemente, a vinculação de todos os órgãos públicos à Constituição não permite que o Chefe do Poder Público se valha do veto como fundamento na inconstitucionalidade com a mesma liberdade com que poderá utilizar o veto com base no interesse público.

Dir-se-á, porém, que eventual utilização abusiva do veto com fundamento na suposta inconstitucionalidade da proposição poderia ser sempre reparada, pois estaria sujeita à apreciação e, portanto,

ao controle do organismo parlamentar competente.

Essa resposta é evidentemente insatisfatória, porque admite que um órgão público invoque eventual inconstitucionalidade sem que esteja exatamente convencido da sua procedência. Isto relativiza, de forma inaceitável, a vinculação dos Poderes Públicos à Constituição. Por outro lado, parece inequívoco que a apreciação do veto pela Casa Legislativa não se inspira exatamente em razões de legitimidade. A ausência de maioria qualificada fundada em razões meramente políticas implicará a manutenção do veto ainda que lastreado em uma razão de inconstitucionalidade absolutamente despropositada.

A indagação que subsiste diz respeito à possibilidade de que se pudesse judicializar a questão constitucional, tendo em vista a aferição da legitimidade ou não do fundamento invocado. Em um sistema de rígida vinculação à Constituição, parece plausível admitir, pelo menos, que a maioria que garantiu a aprovação da lei deveria ter a possibilidade de instaurar tal controvérsia. Quanto ao instrumento processual adequado, deve-se mencionar que o STF tem admitido a utilização do mandado de segurança em situações típicas de conflito entre órgãos. Assim, esse controle de legitimidade também estaria submetido ao controle judicial (2013, p. 210-211).

Chegamos, então, conduzidos com segurança acadêmica por intermédio dessa brecha doutrinária aberta pelo ministro Gilmar Mendes, ao ponto que almejamos e donde brotam os questionamentos: qual seria a fonte desse abuso? Seria ele um exacerbado formalismo técnico? Um rigor de intransigência política? Um jogo de cena política, ou *beija mão*? Ou seria um cipoal desses elementos? Enfim: *tudo é inconstitucional*?

A essência do Estado de Direito é a submissão de todos os Poderes à lei em sentido amplo, à Constituição especialmente. Essa ideia de submissão vincula-se à lei, e não à vontade pessoal do Chefe do Executivo, muitas vezes estofada com propósitos políticos, e nem à vontade pessoal do técnico que auxilia o Chefe do

Executivo na análise pós-produção legislativa, até porque vigora o princípio da impessoalidade e por isso não há vontade pessoal, mas vontade geral depositada na Constituição como antídoto *antidespostismo*, como antídoto *antitirânico*.

Como vimos, a Constituição Federal, em seu art. 2º, impõe que os Poderes sejam independentes e harmônicos entre si. São harmônicos, são independentes, mas não podem ser tirânicos, não podem ser usurpadores da representatividade unguida nas urnas ou, em uma palavra, não podem ser poderes abusivos; e desse abuso a doutrina é testemunha, pois acaba por se refletir na prerrogativa do Executivo de barrar projetos de lei que, ressaltados aqueles frontalmente inconstitucionais ou inconvenientes, são produtos dos anseios populares e sociais.

Que o sistema de freios e contrapesos controla e garante a independência entre os Poderes nós sabemos, mas não franqueia o abuso. A harmonia exige e reclama diálogo entre os Poderes, sobretudo na pós-produção legislativa, na fase de análise pelo Poder Executivo antes da decisão de sanção ou veto.

No entanto, a produção pós-legislativa é uma zona cinzenta, praticamente não estudada, seja no processo legislativo, seja no arranjo político-constitucional. As razões de sanção são consideradas despiciendas, uma vez que a sanção significa a adesão ao que foi proposto no projeto de lei e, com a publicação, o que era uma expectativa torna-se uma obrigação de obediência social cogente, mesmo que o conteúdo formal ou material do projeto seja inconstitucional ou inconveniente e o Chefe do Executivo o faça por liberalidade política, afago ao Parlamento, a um grupo partidário (a maioria que aprovou o projeto na Casa Legislativa), ou para acudir, simplesmente, um único parlamentar. Enquanto, pelo menos no que toca ao quesito da inconstitucionalidade, não for a lei contestada pelas vias de controle de constitucionalidade própria perante os tribunais competentes (Supremo Tribunal Federal ou tribunais de justiça quando se atende ao disposto no art. 125, § 2º, da CF²), deve-se obediência à lei e seu cumprimento.

Isso não se pode dizer em relação às razões de veto, que é a justificativa, ou melhor, o motivo pelo qual o Chefe do Poder Executivo adotou para barrar o projeto de lei. A motivação do veto é uma exigência constitucional, advinda do

² Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição: [...] § 2º Cabe aos Estados à instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

§ 1º do art. 66 da Constituição Federal, na qual se lê, com clareza, que, se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. É a motivação do veto que guiará o Parlamento quanto aos próximos passos procedimentais da continuação do processo legislativo: ou acolhe os motivos e acata o veto e por consequência o projeto é arquivado; ou não concorda com os motivos, derruba o veto e devolve, nos termos do § 5º do art. 66, para promulgação, ao Presidente da República, que terá duas alternativas, que são a de promulgar a lei ou silenciar (§ 7º do art. 66, CR), não tendo mais a prerrogativa de devolver com novo veto ao Poder Legislativo, eis que isso poderia gerar um duradouro e pouco produtivo *ping-pong* institucional. Decorrido *in albis* o prazo da promulgação, essa competirá ao Presidente do Senado ou, se este não o fizer, ao Vice-Presidente do Senado.

As razões de veto ou motivos esclarecem ou, pelo menos, procuram esclarecer o que levou o Chefe do Executivo a vetar. Aqui é o outro ponto da nossa inquietação. Esse é um momento delicado e nada explorado, porque demonstra que a oposição de veto é algo a ser melhor analisado, ou reelaborado, para que esse ato privativo do Chefe do Executivo não se torne uma rotina mecânica pautada em interesses políticos ou em comodismos e, principalmente, para que não seja considerado um ato anti-federalista. E por que seria um ato anti-federalista? Porque, ao negar o projeto, pode o Chefe do Executivo estar a negar a própria autonomia do Estado membro ou deixar ousar no sentido do alargamento e da consolidação dessa autonomia, pelo menos no âmbito da autonomia legislativa. Se a autonomia legislativa dos Estados membros é algo inegociável e ínsito ao conceito de federalismo, ela, autonomia legislativa, todavia, sofreu podas pelo constituinte originário, que deixou, todavia, trilhas legislativas que poderiam ser melhor exploradas para reafirmar a autonomia dos entes federados no concerto constitucional.

Estar dentro de um Estado federal significa compartilhar não só o uso de um território nacional comum, mas, também, compartilhar os princípios, republicano e, especialmente, o democrático, uma vez que as partes concorrem, em

igualdade de condições e votos, com a formação da vontade legislativa nacional. Não é à toa que, independentemente do tamanho e da pujança econômica de cada Estado membro, todos serão igualmente representados no Senado Federal, que é Casa representativa dos Estados no Congresso Nacional, sendo que, nos termos do *caput* e do § 1º do art. 46 da CR/88, o Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário, e cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos.

Por isso que, aqui, cai como uma luva a lição de Norberto Bobbio.

A origem do equívoco está em considerar o federalismo pura e simplesmente como uma questão de fato, enquanto, na realidade, é uma questão de princípio. O federalismo é o princípio mais profundamente inovador da era contemporânea e, como tal, ou encarrega-se de toda a sociedade civil e transforma-a acima e abaixo dos Estados nacionais, e então não há razão pra usar de sutilezas a respeito da diferença entre federalismo europeu e federalismo estatal, ou acredita-se ser possível pô-lo em prática nesta ou naquela sociedade, e então o problema que é seu, o problema da transformação da sociedade civil, no sentido de um maior fortalecimento da liberdade, não será resolvido, mas apenas adiado, e pode parecer em um ou outro lugar realmente anacrônico.

Quando se diz que o federalismo marca o rumo da história contemporânea, no sentido de uma maior efetiva ação de liberdade, significa dizer que o federalismo executa, no âmbito da sociedade civil, o acordo entre o poder central e os grupos periféricos, com um maior respeito às autonomias das partes individuais no que se refere ao todo e com um menor fortalecimento do todo no que se refere às partes, levando-se em conta o que ocorreu nos sistemas históricos até aqui conhecidos.

[...]

No federalismo, viam exclusivamente uma questão de fato os

primeiros e logo superados federalistas monárquicos; viam, por sua vez uma questão de princípio, os federalistas republicanos, primeiro entre todos *Cattaneo*, que afirmava o federalismo é a teórica da liberdade, a única possível teórica da liberdade; e ainda mais inflamado: a liberdade é república; e república é pluralidade, ou seja, federação. [...] Deve ficar claro que aquilo que se pode alcançar hoje com o federalismo não é o desmembramento de um Estado unitário, mas a destruição de uma estrutura estatal considerada obstáculo à completa e genuína atuação daquela democracia que, mesmo colorindo-se, ao passar de partido em partido, de todas as cores da íris, é o lugar supremo [...] federalismo como teórica da liberdade e nova democracia são termos indissolúvelmente ligados. O problema, diga-se de passagem, é ficar alerta e velar para que o federalismo de hoje seja realmente a atuação de uma democracia articulada, sinal de vitalidade do novo Estado (2001, p. 16 e 25).

Portanto, o momento de pós-produção legislativa que se entrelaça com a decisão de sanção ou veto reclama, além de ser atrelada à harmonia, reclama diálogo – diálogo político e diálogo técnico; diálogo político e diálogo com espírito federativo, diálogo esse que deve ser perene e incidir, diga-se, permanentemente na tramitação do processo legislativo. Obstar a autonomia sob o pretexto de invasão de competências, sob a capa de inconveniência, sob o argumento de que o STF não permite o aumento de poderes que são inerentes ao Poder Legislativo em seu mister de controlador do Poder Executivo, é premiar o unitarismo, o centralismo, o absolutismo, o despotismo. Somente um diálogo franco, impessoal e transparente, que transcenda o campo político e abrace os aspectos políticos e técnicos é capaz de promover um equilíbrio harmônico na independência que deve imperar entre os poderes. Sair da zona de conforto e ousar, é a atitude que o Povo espera dos seus representantes. Se necessário for, que se institua o conflito intersubjetivo de interesses perante o Supremo Tribunal Federal ou por meio de emendas à Constituição por iniciativa das Assembleias Legislativas para que se amplie o rol de competências dos Estados membros. É essa ousadia que o hoje ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes conclamava aos Estados membros

em uma palestra na Assembleia Legislativa no distante ano de 2003:

se as Assembleias Legislativas – e não apenas uma, mas todas as Assembleias, porque isso interessa a todas elas e a toda a população dos vários Estados – comprarem essa briga e ampliarem a interpretação do que é competência concorrente, é possível puxar, sem tirar as normas gerais da União, e essa é a verticalização de competência, as normas aplicáveis nos dia-a-dia para os estados. [...] Com isso ampliaríamos a força do Parlamento Estadual que representa mais diretamente os anseios do povo. [...] Para encerrar, acredito nestes dois pontos: insistir a Assembleia Legislativa com o apoio dos juristas do Estado, do Poder Judiciário em utilizar até avançando o sinal, porque daí corta o avanço, vai balanceando nas competências concorrentes. Em matérias em que a União ainda não legislou a Constituição autoriza que o estado legisle até em princípios gerais e eu insisto nisso. Se houver Ação Direta de Inconstitucionalidade as Assembleias Legislativas [deverão] levar essa discussão ao Supremo Tribunal Federal também. [...] Nós, agora Estado, como parte importante, queremos assumir a responsabilidade de editar leis com o que a Constituição nos deu. Na Constituição, acreditem, se pegarmos inciso por inciso do art. 24 vamos ver que ela deu muito aos estados, e tudo isso tem que ficar compatibilizado com o princípio geral que rege a distribuição de competências e que é o princípio da predominância do interesse. Interesse geral é da União, interesse local é do Município. Agora, interesse regional é do estado. Então, é uma guerra em que podemos perder algumas batalhas, mas é uma guerra possível de ser vencida desde que as Assembleias Legislativas, como um todo, comprem essa briga, atacando as leis federais, como disse, que são inconstitucionais e levando até o Supremo, ou seja, perde uma, perde duas, mas a cada uma começa um voto vencido aqui, outro voto vencido ali, daí a outra exagerou muito e a declara inconstitucional, criando assim uma jurisprudência (2004, p. 28 e 36).

Devem, assim, os Poderes estaduais avançar em prol da expansão das competências administrativas e legislativas dispostas nos artigos 23, 24 e 25 da Constituição Federal, e não tentar tolerar que o Executivo – a palavra é forte, mas cabal – sabote essas competências advindas da autonomia ínsita do Estado Federal; sabote essas competências em nome de uma hipertrofia executiva. Dialogar é o caminho que decorre da harmonia entre os Poderes e, nesse diálogo, devem ser envolvidos todos aqueles atores, principais ou coadjuvantes, que participam da produção legislativa: os deputados, o Governador, suas respectivas assessorias técnicas e, por que não, a sociedade civil (em forma de audiências públicas com resultados vinculativos), para se chegar a um consenso que respeite, de um lado, as prerrogativas executivas e os limites orçamentários, e, de outro lado, que respeite a vontade popular apurada nos representantes eleitos pelo Povo para a Assembleia Legislativa, Poder que defende os interesses regionais do Estado.

Para finalizar este estudo, discorramos um pouco sobre o possível papel que as assessorias técnicas podem figurar no desejável diálogo intragovernamental na fase pós-produção legislativa e antes da decisão de sanção ou veto.

5 – Necessidade do diálogo intragovernamental como corolário do Estado Democrático de Direito: um intercâmbio técnico-político entre Poderes em prol da sociedade. O papel das assessorias técnicas e o interesse político: estratégia institucional a ser repensada

Para escapar seja do comodismo técnico; ou seja da supremacia do interesse político subjetivo sobre o interesse coletivo; ou seja da mesmice rotineira de vetos que obstam uma frutífera produção legislativa em prol do alargamento da autonomia legislativa dos Estados membros, é preciso estabelecer um diálogo político e técnico permanentes entre as assessorias dos Poderes, insistir em mais e mais compartilhamento, pois nosso federalismo é de cooperação. Portanto, diálogo é compartilhar, cooperar, transigir e acordar entre as pretensões legislativas e as pretensões executivas; firmar um prumo técnico-político na relação entre os Poderes Legislativo e Executivo. Só assim pode-se chegar à real harmonia sonhada pelo constituinte originário. Para se alcançar a harmonia,

reivindica-se um intercâmbio técnico-político entre Poderes em prol da sociedade crucial, um perene diálogo intragovernamental; diálogo esse que reside como corolário do Estado Democrático de Direito.

E para se estabelecer esse diálogo, é fundamental não só repensar a estratégia política, mas incrementar o papel das assessorias técnicas de ambos os Poderes. As assessorias técnicas são unidades inseridas na Secretaria do Poder Legislativo ou no Gabinete do Governador do estado voltadas para prestar, como o nome já induz, assessoramento técnico não somente jurídico, mas de todo o conteúdo administrativo e legislativo disposto dentro das linhas de competência do estado membro. No caso do estado de São Paulo, o Governador do estado recebe o assessoramento técnico-legislativo da Assessoria Técnico-Legislativa (ATL), uma unidade da Procuradoria-Geral do estado criada por Miguel Reale em 1947 para dar todo o suporte técnico-jurídico ao governador nas questões ligadas ao processo legislativo, desde os aspectos redacionais de técnica legislativa até – e mais importante – na análise da produção pós-legislativa, ao sugerir ao Chefe do Executivo a sanção ou o veto e suas razões. Já no âmbito da Assembleia Legislativa, há o assessoramento técnico prestado pela Secretaria-Geral Parlamentar e, nas questões jurídicas, há o assessoramento por parte da Procuradoria da Assembleia Legislativa.

Por vezes, muitas questões conflituosas e duvidosas sobre o alcance desta ou daquela competência poderiam ser resolvidas por intermédio do diálogo técnico entre essas assessorias técnicas, algo que hoje inexistente, mas que poderia ser vital para um relacionamento harmônico entre os Poderes, pelo menos sob o ponto de vista técnico. Por que não criar uma câmara de diálogo intragovernamental técnico envolvendo as duas assessorias técnicas, e mais os assessores parlamentares dos deputados interessados? Por que não criar uma câmara de arbitragem técnico-legislativa, permanente e competente para encontrar caminhos, soluções e superar arestas na fase entre a pós-produção legislativa e a decisão de sanção ou veto? São sugestões que decorrem da propalada e almejada harmonia e que poderá, com habilidade e estudo, viabilizar o concerto entre os Poderes com a superação de obstáculos técnicos.

O papel das assessorias técnicas e o interesse político, portanto, fazem parte de uma estratégia institucional a ser repensada, pois podem afastar o peso de visões

conservadoras e criar um pensamento arrojado e arejado em prol da sociedade.

É verdade, advirta-se, como bem observou Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004, p. 136), que esse papel há de ser calibrado e limitado às questões técnicas que envolvam a dúvida sobre a constitucionalidade ou conveniência de uma matéria a ser transformada em lei, “pois a influência de um departamento assim organizado, sobre o trabalho legislativo, é, como é fácil de prever, extremamente grande”, porém “essa influência, todavia, pode não ser benéfica se os técnicos a ele pertencentes forem além de sua tarefa específica.” Manoel Gonçalves não diz, mas, indiretamente, essa observação quer dizer que os técnicos devem se ater às questões eminentemente técnicas, visto que lhes falta a legitimidade política para decidir, sob a égide da conveniência e oportunidade.

Dessa forma, o labor técnico há de ser delimitado e supervisionado por aqueles que detêm a legitimidade política, deputados e o governador do estado ou seus auxiliares, os Secretários de estado, uma vez que as questões técnicas podem ser superáveis ou insuperáveis pelo critério profissional e/ou científico, porém as questões políticas ultrapassam os lindes específicos e demandam a decisão última da responsabilidade política, a cargo dos legítimos eleitos.

6 – Conclusão

O presente estudo, como se revelou, traduz-se, apenas, em algumas breves notas sobre a pós-produção legislativa e sua análise pelo Poder Executivo antes da decisão de sanção ou veto. O veto, como vimos, pode descambar para o uso abusivo dessa prerrogativa do Chefe do Poder Executivo e fazer preponderar um poder em detrimento de outro, além de fazer com que essa fronteira da teoria federalista, ainda desconhecida, fique marginalmente sombreada pelo muro do despotismo e do autoritarismo, o que desborda do teor democrático que preenche o regime federativo e as relações não só entre os entes federados, mas, substancialmente, também, entre os poderes internos de um Estado, eis que o regime democrático e republicano contamina, obrigatoriamente, as relações entre os Poderes, como reflexo do Estado Democrático de Direito, que deve sempre, sempre, sempre prevalecer, em qualquer hipótese. A vida terrena não se pretende eterna, mas a democracia, sim, deve ser imorredoura, imortal.

7 – Referências

BOBBIO, Norberto. Entre duas repúblicas – às origens da democracia italiana. Imprensa Oficial de SP/UNB, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. 4. ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2004.

_____. O veto parcial no Direito brasileiro, in: Doutrinas essenciais de Direito Constitucional. Vol. IV. Editora RT: 2013.

FERREIRA, Waldemar Martins. História do Direito Constitucional. 2. edição. Editora GEN/Forense: Rio de Janeiro 2019.

HETSPER, Rafael Vargas. O poder de veto no ordenamento jurídico brasileiro, in Revista de Informação Legislativa, nº 193 jan./mar. 2012. Senado Federal: Brasília, 2012.

MAYER, Maurice. Le Veto Legislatif du Chef de L'État. Genebra, 1948.

MENDES, Gilmar Ferreira. Executivo e Legislativo no controle de constitucionalidade, in: Doutrinas essenciais de Direito Constitucional. Vol. V. Editora RT: São Paulo, 2013.

MORAES, Alexandre. Atividade parlamentar e competências legislativas. Edição Própria do Serviço Técnico de Editoração e Produção Gráfica da ALESP, 2004.

_____. Presidencialismo. Editora Atlas, São Paulo: 2004.

SILVA, José Afonso da. Processo constitucional de formação das leis. 2. ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2006.

DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO E QUALIDADE DA DELIBERAÇÃO LEGISLATIVA

Roberta Simões Nascimento

Doutora em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Doutora e mestre em Direito pela UnB. Professora adjunta da Universidade de Brasília (UnB). Advogada do Senado Federal. *Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy* pela *Università degli Studi di Genova* (Itália). *Máster en Argumentación Jurídica* pela *Universidad de Alicante* (Espanha). Pós-Graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho – UGF.

bertasimoes@hotmail.com

Sumário: 1 – Introdução. 2 – Breves notas sobre o devido processo legislativo na literatura brasileira e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3 – O princípio da deliberação suficiente no processo legislativo brasileiro. 4 – Objeções ao controle judicial da qualidade da deliberação legislativa no Brasil. 5 – Conclusão. 6 – Referências.

Resumo: O artigo analisa, de modo exploratório e descritivo, as ideias de devido processo legislativo e do princípio da deliberação suficiente. A primeira jamais recebeu um tratamento claro na literatura ou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; a segunda tem sido utilizada para embasar o controle jurisdicional do processo legislativo, em ascendência na experiência internacional, para aferir a qualidade da deliberação legislativa. Com base no levantamento da literatura produzida sobre o tema e no contraste com o modelo de

jurisdição constitucional adotado na Constituição de 1988, este estudo apresenta 5 objeções que podem ser levantadas em relação ao controle judicial quanto à qualidade da deliberação legislativa no Brasil: 1) a falta de uma base jurídica; 2) a dificuldade institucional da separação de poderes; 3) a ausência de parâmetros objetivos para a avaliação judicial; 4) a jurisprudência contrária do Supremo Tribunal Federal; e 5) os efeitos que esse tipo de controle poderia acarretar no próprio processo decisório dentro do Poder Legislativo. Conclui-se que o exame da qualidade da deliberação poderia servir para reforçar um eventual juízo favorável quanto à legitimidade das escolhas legislativas, sobretudo nos casos em que a Constituição deixa margens de discricionariedade. No entanto, esse tipo de controle jamais poderia servir para apoiar a inconstitucionalidade de leis (ou para determinar, no curso do processo legislativo, que se repita uma etapa) por deliberação insuficiente. Finaliza-se a pesquisa com considerações sobre a importância da justificação das escolhas legislativas como modo de conferir mais racionalidade e prevenir o controle judicial.

Palavras-chave: Devido processo legislativo. Deliberação suficiente. Qualidade da deliberação legislativa. Controle judicial do processo legislativo. Justificação legislativa.

LAW-MAKING PROCESS AND THE QUALITY OF LEGISLATIVE DELIBERATION

Abstract: This article analyses in an exploratory and descriptive approach the ideas of legislative process and the principle of sufficient deliberation. The first one has never received a clear treatment in the literature nor in the jurisprudence of the Supreme Court (STF). The second one has been used as a basis for judicial control of the legislative process, which is on the rise in the international experience, to assess the quality of legislative deliberation. Based on literature review and the contrast with the model of constitutional jurisdiction adopted in the Federal Constitution of 1988, this article presents 5 objections that can be raised, regarding judicial control of the quality of legislative deliberation in Brazil: 1) the lack of a

legal basis; 2) the institutional difficulty to separate the powers; 3) the absence of objective parameters for judicial evaluation; 4) the contrary jurisprudence of the Brazilian Supreme Court; and 5) the effects that this type of control could have on the decision-making process within the Legislative Branch. In conclusion, the examination of the quality of deliberation could serve to reinforce a possible favorable judgment to the legitimacy of the legislative choices, especially in cases which the Constitution leaves room for discretion. However, this type of control could never serve to support the unconstitutionality of laws (or to determine, in the course of the legislative process) due to “insufficient deliberation”. This paper ends with considerations about the importance of justifying legislative choices as a way of conferring more rationality and preventing judicial control.

Keywords: Law-making process. Sufficient deliberation. Quality of legislative deliberation. Judicial control of the legislative process. Legislative justification.

1 – Introdução

O que faz uma lei ser considerada corretamente feita? É uma pergunta que admite pelo menos quatro respostas. Em primeiro lugar, se a lei atendeu as recomendações de técnica legislativa voltadas para o uso da linguagem, do vocabulário, do estilo e da estrutura, com o objetivo de conferir maior clareza às disposições normativas.

Em segundo lugar, se a prévia decisão legislativa resistiu à bateria de perguntas com vistas a tornar claras a necessidade, a eficácia e a inteligibilidade da futura lei (por exemplo: 1) o problema a ser resolvido está definido corretamente? 2) quais são as causas do problema? 3) existem outros fatores que influenciam no problema? 4) é realmente necessário aprovar uma lei? 5) o que acontece se nada for feito? 6) existem alternativas? 7) quais são os objetivos a alcançar com a lei? 8) quais são os melhores instrumentos para a ação legislativa? 9) é necessário aprovar uma lei agora? 10) os benefícios da lei justificam os seus custos? 11) é possível antecipar os efeitos das leis?).

Em terceiro lugar, se a lei cumpriu o que se vem chamando *devido processo legislativo*, uma expressão que apareceu nos acórdãos do Supremo Tribu-

nal Federal (STF) que se voltaram para o controle judicial do processo de produção das espécies legislativas, muito embora não haja uma clareza sobre a sua natureza jurídica, seu significado e seus desdobramentos quanto ao atendimento da marcha processual prevista na Constituição e nas normas regimentais.

Em quarto lugar, se a lei satisfaz o *princípio da deliberação suficiente*, noção também vaga associada à ideia de efetiva deliberação política entre os parlamentares, dentro de um processo democrático calcado na argumentação (leia-se, na prática de dar e pedir razões e argumentos racionais, razoáveis e persuasivos) para alcançar uma decisão comum. Com isso, vê-se o caráter complexo do processo de elaboração das leis, o que exige uma abordagem teórica adequada à dinâmica das atividades legislativas.

Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é apresentar a discussão e apontar alguns problemas em torno das noções de devido processo legislativo e do princípio da deliberação suficiente nos termos do tratamento que vêm recebendo na literatura brasileira e na jurisprudência do STF. O esforço, ao mesmo tempo descritivo e analítico, sugere uma crítica à instrumentalização de categorias abstratas para possibilitar a supervisão judicial da elaboração legislativa bem como à excessiva idealização das práticas parlamentares para a aprovação das leis. De modo subjacente ao raciocínio desenvolvido, estão a preocupação com a soberania do Congresso Nacional, a valorização dos métodos para melhorar a qualidade das leis para além do mero formalismo das etapas procedimentais e o desenvolvimento de uma teoria mais realista do processo legislativo.

O trabalho está estruturado da seguinte forma: uma introdução sobre a noção de devido processo legislativo, explicando seu surgimento e sua evolução jurisprudencial no STF; uma seção dedicada ao princípio da deliberação suficiente, conforme o tratamento dado pela literatura jurídica brasileira, a partir da incorporação da experiência estrangeira para o controle judicial da qualidade da deliberação legislativa; um tópico dedicado às possíveis objeções a essa pretendida modalidade de controle; e, por fim, uma conclusão. Utilizou-se a pesquisa bibliográfica e o método exploratório, porquanto adequados à problemática a ser tratada.

2 – Breves notas sobre o devido processo legislativo na literatura brasileira e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O devido processo legislativo apareceu, primeiramente, na jurisprudência do STF, depois tendo sido incorporado na literatura jurídica brasileira, como uma categoria nebulosa – situação que perdura até os dias atuais –, tendo servido muito mais como elemento para viabilizar o controle judicial preventivo do processo legislativo (e, em algumas situações, também para a declaração de inconstitucionalidade de proposições aprovadas pelo Congresso Nacional), sem que se tenha conferido maior clareza sobre quais são efetivamente as etapas mínimas necessárias para a elaboração legislativa, sequer do ponto de vista normativo de um procedimento ideal.

Convém começar explicando que, muito embora o Mandado de Segurança (MS) nº 20.257 seja constantemente citado como *leading case* do reconhecimento do direito subjetivo dos parlamentares ao chamado devido processo legislativo, na verdade, em nenhum momento tal expressão foi utilizada durante esse julgamento. O referido acórdão entrou como importante marco na jurisprudência do STF, já que a partir dele foi admitido o controle judicial da constitucionalidade de propostas de emenda à Constituição previamente à respectiva aprovação e promulgação, em modalidade de controle não prevista originalmente da Constituição de 1967 (à luz da qual o julgamento foi realizado em 1980).

Na ocasião, os parlamentares Itamar Augusto Cautiero Franco e Antônio Mendes Canale, impetrantes do MS nº 20.257, pretendiam garantir o *direito substantivo de não deliberar* as propostas de emenda à Constituição (PECs) nº 51 e nº 52 e da Emenda nº 3 a tais propostas então em discussão. O art. 47, § 1º da Constituição vigente usava a seguinte expressão para disciplinar o rito: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República”. Com isso, o então ministro Moreira Alves entendeu que a vedação constitucional se dirigia ao próprio andamento do processo legislativo. Na frase que ficou famosa, o ministro afirmou: “a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente” (p. 338).

Desse modo, pela primeira vez no ordenamento brasileiro, o MS nº 20.257 admitiu o cabimento de mandado de segurança impetrado por parlamentar para

permitir o controle judicial da tramitação das PECs. Depois, o próprio STF foi ampliando as hipóteses desse instrumento processual, de modo a garantir a observância, não só das normas constitucionais que disciplinam a reforma constitucional, mas também as demais que disciplinam o processo legislativo em geral. Nesse sentido, por exemplo, cabe citar os MSs nº 20.247, 20.464, 20.452, 20.471, 21.239, 21.303, 21.374, 21.754, 22.487, 22.972, 23.334, 23.565, entre outros.

Nessa primeira noção, nascida no seio da jurisprudência do STF, o devido processo legislativo aparece como um *direito subjetivo* dos parlamentares. Essa natureza ficou mais evidente quando do julgamento do MS nº 21.374, quando o STF admitiu que dentro da noção de devido processo legislativo também estava a observância das normas regimentais, a despeito de, como sabido, os regimentos internos entrarem para a categoria de atos *interna corporis*.

O ministro Celso Mello, em seu voto-vista no MS nº 21.374, afirmou que

os atos interna corporis – não obstante abrangidos pelos círculos de imunidade que excluem a possibilidade de sua revisão judicial – não podem ser invocados, com essa qualidade e sob esse color, para justificar a ofensa ao direito público subjetivo que os congressistas titularizam e que lhes confere a prerrogativa institucional à devida observância, pelo órgão a que pertencem, das normas constitucionais e regimentais pertinentes ao processo de atuação da instituição parlamentar (p.108).

A rigor, a primeira vez que se usa a expressão *devido processo legislativo* em um acórdão do STF é no MS nº 22.503 julgado em 1996. Ao menos não aparecem julgados anteriores a esse quando se usa essa chave de pesquisa na ferramenta oficial de busca de jurisprudência do STF. Assim, pode-se afirmar que foi esse o julgado que consagrou a ideia amplamente disseminada do “direito de cada parlamentar à observância do devido processo legislativo”, devendo-se destacar o voto-vista do ministro Celso de Mello no MS nº 22.503, a despeito de também ter silenciado sobre as etapas indispensáveis à aprovação de medidas legislativas.

Nesses termos em que, articulada pelo STF, a noção de devido processo legislativo se mostra atécnica, na medida em que a observância das regras

constitucionais durante a elaboração das espécies legislativas não deveria ser um direito subjetivo do parlamentar (condicionado à sua iniciativa, permitindo, inclusive, a livre disposição do seu exercício). A rigor, o correto teria sido que o STF simplesmente reconhecesse que “a legitimidade para desencadear o controle jurisdicional de constitucionalidade do processo legislativo é exclusiva dos parlamentares” (NASCIMENTO, 2021b).

Ocorre que, ainda assim o entendimento do STF, criado jurisprudencialmente para permitir tal controle via mandado de segurança, apresenta problemas, o que demonstra a fragilidade e a incoerência dessa construção. É que, a rigor, a observância das normas constitucionais que regem o processo legislativo é um direito indisponível, mas, na prática, esse direito indisponível (que é a validade das leis e demais espécies legislativas) fica a cargo de um instrumento processual que está exclusivamente nas mãos do impetrante. Como sabido, no mandado de segurança, a desistência pode ocorrer a qualquer momento, independentemente da anuência da outra parte, desde que não tenha havido o trânsito em julgado.

Vale recordar que, ao julgar o tema nº 530 da repercussão geral, o STF aprovou a seguinte tese:

é lícito ao impetrante desistir da ação de mandado de segurança, independentemente de aquiescência da autoridade apontada como coatora ou da entidade estatal interessada ou, ainda, quando for o caso, dos litisconsortes passivos necessários, a qualquer momento antes do término do julgamento, mesmo após eventual sentença concessiva do *writ* constitucional, não se aplicando, em tal hipótese, a norma inscrita no art. 267, § 4º, do CPC/1973.

O referido dispositivo, hoje revogado, continha o seguinte teor: “art. 267. [...] § 4º Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação”.

Pela referida construção jurisprudencial, em síntese, tutela-se um direito material indisponível (que é a observância da Constituição) com um instrumento processual que fica ao alvedrio do impetrante. Ocorre que, a rigor, a supremacia da Constituição não poderia ser passível de relativização por essa técnica processual.

Como exemplo dessa situação, cita-se o MS nº 37.227, que tinha sido ajuizado pela mesa da Câmara dos Deputados contra o suposto ato ilegal do presidente do Senado Federal, que teria remetido à sanção presidencial os Projetos de Lei de Conversão (PLVs) nºs 15 e 17, de 2020, aprovados, respectivamente, no bojo da tramitação das Medidas Provisórias (MPs) nº 936, de 1º de abril de 2020, e 932 de 31 de março de 2020, quando deveria ter determinado o retorno das proposições à casa iniciadora, tendo em vista que da deliberação do Senado Federal sobre as matérias resultaram modificações unilaterais supostamente de mérito por intermédio de emenda supressiva, as quais exigiriam apreciação pela Câmara dos Deputados como requisito da conclusão regular do processo legislativo. O Senado tinha excluído *jabutis* (as emendas sem pertinência temática acrescentadas pela Câmara dos Deputados), considerando-as não escritas. A Câmara impugnava o comportamento do Senado nesse MS nº 37.227; e o fato é que no mesmo dia em que foi autuado houve a desistência do *writ*.

Além do mencionado problema da disponibilidade, pode-se citar mais outros dois defeitos técnicos: o primeiro se o impetrante não é reeleito ou perde seu mandato ao longo do julgamento do *writ*; isso implicará a perda superveniente de legitimidade *ad causam*; e o segundo se no curso do processo judicial a proposição é aprovada pelo Poder Legislativo; isso acarretará a falta de interesse de agir superveniente e a perda de objeto da ação, até mesmo em função do verbete nº 266 da Súmula do STF: “não cabe mandado de segurança contra lei em tese”.¹ Nas duas situações, o mandado de segurança será extinto sem resolução de mérito.

Daí a pertinência da crítica no sentido de que “esse mandado de segurança – que apenas encobre uma ‘ADI anômala’, preventiva e com iniciativa excepcional – tem o simples efeito de transferir para o STF a decisão sobre os rumos da lei *in fieri*” (NASCIMENTO, 2021a).

Sem prejuízo da forma como a novidade surgiu nos moldes em que se acaba de explicar, o fato é que, em 2015, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.127, o STF deu um novo *status* ao devido processo legislativo, que agora apareceu como *direito fundamental de*

¹ Nesse mesmo sentido, confira-se, por todos, o MS nº 20.910.

titularidade difusa. Nas palavras da ministra relatora Rosa Weber, trata-se do “direito que têm todos os cidadãos de não sofrer interferência, na sua esfera privada de interesses, senão mediante normas jurídicas produzidas em conformidade com o procedimento constitucionalmente determinado” (p. 32).

A mesma ministra, no entanto, poucos meses antes do julgamento da ADI nº 5.127, tinha lançado mão do devido processo legislativo no MS nº 33.630 como sendo apenas a *correta concatenação* dos atos do processo legislativo no tempo (p. 15). De fato, na maioria das vezes em que o tema é debatido no STF, o devido processo legislativo aparece como sinônimo do simples respeito aos trâmites, aos ritos e aos procedimentos previstos na Constituição para a aprovação das espécies legislativas. A rigor, portanto, não existem diferenças em relação às demais violações de requisitos formais do texto constitucional, ou seja, trata-se de uma inconstitucionalidade formal igual a todas as demais.

Se é assim, o devido processo legislativo como um direito difuso aparece como uma categoria “supérflua, problemática e incoerente” (NASCIMENTO, 2021a). A decisão da ADI nº 5.127 parece ter simplesmente incorporado de forma acrítica tal pretendida natureza jurídica a partir da literatura – no caso, foram transcritos no voto autores como Marrafon, Robl Filho (2013) e Barbosa (2010) –, sem se aperceber para as respectivas consequências jurídicas de ordem prática e, sobretudo, em termos de desenho institucional, notadamente o idealizado pela Constituição de 1988.

Nas democracias constitucionais contemporâneas apenas as normas postas pelos representantes do povo construídas por meio de um processo específico podem obrigar ou proibir uma ação ou omissão, como consta, p. ex. no art. 5º, II, da Constituição Federal. Isso significa que a soberania popular deve ser exercida nos limites determinados pela ordem jurídica, cujas normas apenas são válidas se criadas nos marcos constitucionais do devido processo legislativo. Nessa linha, doutrina e jurisprudência reconhecem que o devido processo legislativo é uma garantia, do parlamentar e do cidadão, inscrita na cláusula do substantive *due process of law* (art. 5º, LIV, da CF/88), envolvendo a correta e regular elaboração das leis. Para além da tramitação formal, a

dimensão substantiva da *due process of law* impõe que o processo legal seja justo e adequado, o que deve ser preservado já na fase de produção das leis (MARRAFON; ROBL FILHO, 2013, p. 236-7).

O direito ao devido processo legislativo é um exemplo de direito fundamental de titularidade difusa, não um direito subjetivo de um ou outro parlamentar, ao menos no que se refere à regularidade do processo de produção das leis. Esse direito funciona simultaneamente como um direito de defesa e como um direito à organização e ao procedimento. Enquanto direito de defesa, o direito ao devido processo legislativo articula, em princípio, pretensões de abstenção e de anulação. As pretensões de abstenção dirigem-se aos órgãos legislativos e exigem que os mesmos se abstenham de exercer sua função em desconformidade com os parâmetros constitucionais e regimentais que a regulam. As pretensões de anulação, por sua vez, são comumente dirigidas ao Poder Judiciário, que delas conhece em sede de controle de constitucionalidade (BARBOSA, 2010).

Isso porque, convém lembrar, os direitos difusos contam com definição no art. 81, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), como sendo os interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. A referida norma garante aos direitos difusos a possibilidade de defesa coletiva em juízo, autorizando a atuação dos legitimados citados no art. 82 do CDC: o Ministério Público, a União, os estados, os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e os órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos difusos.

Então, na prática, conferir ao devido processo legislativo a natureza de direito difuso autorizaria o controle popular do processo legislativo, por exemplo, via ação civil pública, ajuizada por algum dos legitimados legais, tendo

como causa de pedir a própria elaboração legislativa, figurando como ré a União Federal, o que atrairia a competência da justiça federal de primeira instância, nos termos do art. 109, inciso I, da Constituição.

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

No entanto, como se acaba de ver, no que diz respeito às espécies legislativas em trâmite no Congresso Nacional, a mesma pretensão voltada para assegurar o devido processo legislativo poderia ser veiculada por um congressista via mandado de segurança, apontando-se como autoridade coatora o presidente do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados, o que atrairia a competência do STF, nos termos do art. 102, inciso I, alínea d, da CF.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: [...] d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal.

Com isso, restaria atraída a norma do art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, que proíbe a concessão de medidas liminares nessa hipótese. “Art. 1º [...] § 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal”.

Dessa forma, trata-se de uma ação coletiva que já nasce morta ou é inócua, na medida em que não serviria ao propósito de tutelar o processo legislativo das leis em formação no Congresso Nacional, pois a tutela liminar não poderia

ser dada pelo juiz singular e, provavelmente, no curso da demanda o processo legislativo subjacente seria finalizado, acarretando a extinção sem mérito do processo por carência de ação.

“Mesmo que não existissem tais tecnicismos processuais, o fato é que o desenho da Constituição claramente concentrou no STF o julgamento de ações com vistas a discutir as pretensões de cunho eminentemente político” (NASCI-MENTO, 2021a). Dessa forma, tem-se que disseminar o controle das espécies em formação no plano federal aos juízes em todo o território nacional equivaleria a uma deturpação do desenho institucional de controle dos agentes políticos, tal como previsto no texto constitucional, e acarretaria insegurança jurídica.

Seguindo por essa linha de raciocínio, a natureza jurídica de direito fundamental de titularidade difusa é tão inadequada quanto à concepção de que o devido processo legislativo é um direito subjetivo dos parlamentares. Ambas as formulações parecem ter o propósito de ampliar a revisão judicial do processo legislativo, cujo uso é instrumentalizado pelos perdedores na deliberação no Congresso Nacional, para mudar a arena dos debates parlamentares.

Nada obstante as considerações acima, a maior parte da literatura costuma enaltecer o controle da elaboração legislativa de modo geral (BARBOSA, 2010; OLIVEIRA, 2006; MARRAFON, 2021), como ferramenta com potencial para fortalecer o regime democrático e representativo (proteção das minorias) e garantia da legitimidade do Estado de Direito, tanto a partir da aplicação das normas constitucionais, quanto pela utilização das normas regimentais como parâmetro de controle.

Entretanto o controle da regimentalidade estrita foi rejeitado como regra geral pelo STF, considerando-se o julgamento do tema nº 1.120 da repercussão geral, quando se fixou a seguinte tese:

em respeito ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal, quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais pertinentes ao processo legislativo, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação do sentido e do alcance de normas meramente regimentais das Casas Legislativas, por se tratar de matéria *interna corporis*.

Com razão, o conhecimento judicial de ações referentes a disposições regimentais transformaria o STF em uma verdadeira câmara revisora das Casas Legislativas, porquanto em seu leito desaguariam praticamente todas as questões políticas controvertidas. E, nesse ponto, convém recordar as palavras de Ferreira Filho (1995, p. 31):

sem dúvida, grande vantagem haveria em impedir-se de modo absoluto a entrada em vigor de ato inconstitucional. Todavia a experiência revela que toda tentativa de organizar um controle preventivo tem por efeito politizar o órgão incumbido de tal controle, que passa a apreciar a matéria segundo o que entende ser a conveniência pública e não segundo a sua concordância com a lei fundamental. Isso é mais grave ainda no que concerne à lei, que se considera, na democracia representativa, expressão da vontade geral, pois vem a dar a um órgão normalmente de origem não popular uma influência decisiva na elaboração das leis.

Uma postura judicial que não leve em consideração essa perspectiva instrumentaliza o princípio do devido processo legislativo contra si mesmo. Isso porque, em uma democracia, a maioria decide após ouvir e enfrentar os argumentos apresentados pelas minorias. O princípio majoritário é o único método que efetivamente respeita o pluralismo político, e por isso é o que deve conduzir o processo legislativo. Quando grupos minoritários buscam o Poder Judiciário e, além de mudar a arena do debate, conseguem impor essa visão a todos os parlamentares, deixa-se de estar diante de uma democracia e passa-se a viver o que se vem chamado de *juristocracia* (HIRSCHL, 2020).

Diante desse quadro, a evocação do devido processo legislativo, apesar da frequência com que ocorre para controlar a tramitação de espécies legislativas, torna-se insuficiente para a compreensão do conteúdo dessa categoria. Há, na verdade, um uso argumentativamente persuasivo que não resolve o problema de saber quais são os ritos normativos (seja com previsão constitucional, legal ou regimental) justos e adequados para a aprovação das leis em geral. Além disso, sem a devida justificação desse sentido do devido processo legislativo, observa-se a tendência a um engessamento e a uma maior procedimentalização,

como apostas para melhorar a qualidade das decisões do Poder Legislativo e das práticas parlamentares. Ocorre que não é esse o caminho, como apontado em Nascimento (2021a).

3 – O princípio da deliberação suficiente no processo legislativo brasileiro

Paralelamente à noção de devido processo legislativo, vem sendo sustentado o chamado *princípio da deliberação suficiente* – extraível a partir dos arts. 58, § 2º, inciso II; 60, § 2º; 64 e 65, todos da Constituição – como de observância obrigatória nos parlamentos, de modo a garantir tempo razoável para as discussões e debate parlamentar substancial, isto é, que se aprofunde no mérito da proposta legislativa. Assim, a ausência absoluta de debate legislativo (nas comissões, especialmente) ou a manifesta insuficiência (má qualidade) desses debates justificariam o controle judicial e a declaração de inconstitucionalidade respectiva.

Art. 58. [...] § 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: [...] II – realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

Art. 60. [...] § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados. [...]

Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

Na prática, trata-se de um terceiro tipo de controle judicial do processo legislativo (voltado para a qualidade da deliberação legislativa ou do processo de justificação legislativa), ao lado dos já tradicionais tipos de controle formal (quanto ao procedimento e às demais condições objetivas para a sua elaboração das espécies legislativas, conforme as previsões da própria Constituição, como, por exemplo, a competência, a iniciativa, o quórum, etc.) e material (ou seja, quanto ao conteúdo das disposições legais aprovadas). Inclusive o conteúdo sequer é relevante para esse controle.

Bar-Siman-Tov (2011, 2012) resgata a discussão norte-americana sobre o controle judicial do processo legislativo nos Estados Unidos e, em outras cortes, explica a emergência desse terceiro tipo de controle, por ele denominado *semi-procedimental*. Para o autor, esse controle do processo decisório apresenta uma série de dificuldades, já que não é possível saber que tipo de situações ensejam esse controle. Por isso, oferece princípios para a sua aplicação de modo consistente.

Em jurisdições estrangeiras, tem sido possível observar que esse controle já vem sendo realizado, especialmente na Alemanha, na Colômbia,² nos Estados Unidos,³ em Israel,⁴ no Peru, no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)⁵ e no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJEU).⁶

² Otálora Lozano (2013) faz uma reconstrução dos casos paradigmáticos da Colômbia. García Jaramillo (2016) também analisa o vício de inconstitucionalidade por evasão deliberativa a partir da jurisprudência colombiana.

³ Destaca-se o caso *Reno v. American Civil Liberties Union* 521 U.S. 844, de 1997, em que a Corte Suprema dos Estados Unidos considerou a falta de estudos e a discussão no Legislativo um dado relevante para declarar a inconstitucionalidade do *Communications Decency Act* (lei que buscava proibir a pornografia na *internet*, entre outras disposições) por violação à liberdade de expressão.

⁴ Navot (2006) dá o panorama da jurisprudência israelense, em perspectiva comparada com a da Espanha.

⁵ Caso *Hirst v. UK* de 6 de dezembro de 2005. Aqui, o TEDH reputou que a falta de *debate parlamentar substancial* seria razão suficiente para declarar inconstitucional a restrição geral ao voto dos presos (assunto a que se referia a lei aprovada *sem debate*). Outro caso foi o *Evans v. The U.K.* O TEDH declarou a decisão legislativa constitucional, na medida em que a norma em concreto, o *Human Fertilisation and Embriology Act*, foi fruto de um detalhado processo legislativo, com o exame das implicações sociais, éticas e jurídicas no campo da fertilização e embriologia, tendo sido a culminação de muita reflexão, consultas e debates.

⁶ Caso C-92/09, *Volker und Markus Schecke GbR and Hartmut Eifert v Land Hessen* de 9 de novembro de 2010. Em resumo, o TJUE invalidou a norma por não terem considerado alternativas que respeitassem o objetivo perseguido (acabar com a pornografia) e, ao mesmo tempo, fossem menos lesivas (a discussão versava sobre a proteção de dados pessoais).

No Peru, por exemplo, um dos casos que vêm sendo apontados como exemplo de controle do *deficit* de deliberação parlamentar como causa da inconstitucionalidade é a *Sentencia 0006-2018-PI/TC – Caso cuestión de confianza y crisis total del gabinete*. Na referida decisão, o Tribunal Constitucional do Peru entendeu que a dispensa do segundo turno de votações por acordo de líderes, mesmo em conformidade com o que previa o ordenamento interno, limitou excessivamente os espaços de discussão e o debate legislativo, em infração indireta às normas constitucionais (modalidade reflexa admitida naquele país). É verdade que tal julgado também avançou para outros argumentos de mérito, mas o fato é que o caso vem sendo entendido como modalidade de inconstitucionalidade *procedimental*, isto é, em violação à regimentalidade.

No Brasil, ao menos por enquanto, o princípio da deliberação suficiente aparece mais como um reclamo da literatura – basicamente Sousa Filho (2019) e Teles (2019) – e ainda não foi propriamente acolhido pela jurisprudência do STF como um vício autônomo de inconstitucionalidade, muito embora já tenham sido impetrados alguns mandados de segurança tentando emplacar essa tese.

Por exemplo, o caso do MS nº 38.079 impetrado no dia 16 de julho de 2021 pelos deputados federais Daniel Pires Coelho e outros contra a tramitação do Projeto de Lei do Congresso Nacional (PLN) nº 3/2021, que trata da lei de diretrizes orçamentárias (LDO) para o ano de 2022. No texto da referida proposição legislativa, aprovada no dia 15 de julho de 2021, o fundo eleitoral teve seus valores ampliados em quase três vezes o valor anterior. Na petição inicial, o principal argumento é o de que não houve um *prazo razoável de deliberação* quanto a essa mudança, registrando que tinham sido apresentadas, no total, 2.663 emendas ao PLN, o que resultaria na impossibilidade de que todas as emendas tenham sido objeto de análise, discussão e votação em uma única sessão. O *writ* foi distribuído para o ministro Nunes Marques e, na data em que este texto está sendo fechado, os autos estão conclusos ao relator, sem apreciação do pedido liminar.

Em Sousa Filho (2019), encontra-se uma defesa do princípio da deliberação suficiente para embasar o controle formal de constitucionalidade das leis penais, sob o argumento de que essa supervisão judicial pode fazer o Poder Legislativo deliberar mais e melhor e, com isso, aumentar o grau de raciona-

lidade da política criminal, a partir da devida justificação da atividade normativa no campo penal e do cumprimento das etapas da metódica legislativa (ou legística material).

De modo geral, a literatura brasileira fundamenta o princípio da deliberação suficiente no argumento de que o processo legislativo exige o respeito ao princípio democrático, o que envolve a necessidade de que as decisões majoritárias sejam fruto de uma deliberação pública (não uma maioria de ocasião), baseada na troca pública de argumentos e contra-argumentos, informações, debate e deliberação, como forma de racionalizar e legitimar as decisões legislativas (TELES, 2019, p. 95). Disso decorreria a pretendida obrigação constitucional de que os projetos de lei sejam submetidos a uma *discussão mínima*, cuja ocorrência serviria para a tomada de decisões legislativas mais racionais. Por essa lógica, o conteúdo formal e materialmente compatível com a Constituição seria *insuficiente*.

Mas esse não é o único sentido, na medida em que também são apontadas preocupações de ordem epistêmica, voltadas para que o processo decisório conte com as informações adequadas e necessárias para a análise do fenômeno social sobre o qual vão intervir, como é possível observar em Sousa Filho (2019). Com isso, vê-se que o princípio da deliberação suficiente apresenta um conteúdo ainda indeterminado e excessivamente abstrato à luz da literatura brasileira, carecendo de maior delimitação normativa, com o estabelecimento dos valores protegidos pelo princípio da deliberação suficiente, a especificação de quais são as condutas necessárias para a concretização desses valores, por parte de quais agentes, com um maior grau de sistematização do significado do referido princípio, sobretudo porque não existe uma única maneira desenvolver uma deliberação.

Na literatura internacional, García Jaramillo (2016) explica a ideia análoga de *evasão deliberativa* (*elusión deliberativa*) – construída pela jurisprudência da Suprema Corte colombiana como vício capaz de ensejar a inconstitucionalidade das espécies legislativas – como sendo a omissão de algum dos requisitos formais relacionados com a tramitação, que tenha implicado alguma das seguintes situações: 1) discriminação de alguma minoria política ou da oposição; 2) violação de outros princípios do processo legislativo colombiano (como o de *consecutividad*, que exige quatro debates para que cada iniciativa legislativa seja

aprovada como lei); 3) negativa arbitrária de uso da palavra a algum congressista ou legitimado para intervir; ou 4) omissão da abertura formal da deliberação obrigatória antes de abrir a sessão de votação. A preocupação, como se vê, é voltada para que haja a oportunidade de deliberação na sessão de debates.

Nesse sentido, o pretendido dever de deliberação mínima no processo legislativo, cuja inobservância acarretaria a inconstitucionalidade das leis, está baseado no argumento de que tal controle se volta para a proteção dos valores democráticos (LOZANO, 2013). Além disso, apontam-se alguns argumentos em favor do controle da deliberação legislativa: 1) minimizar os efeitos nocivos de interesses de grupos de pressão que poderiam distorcer a vontade democrática; 2) melhorar a qualidade da deliberação e, por conseguinte, da legislação em geral aprovada; 3) incentivar a análise congressional mais cuidadosa sobre os custos e impactos fiscais das medidas; 4) assegurar que as leis reflitam os valores da sociedade; e 5) substituir o controle material das opções legislativas, para evitar que os juízes se comprometam com o mérito das discussões, sobretudo nos casos duvidosos em que o texto constitucional deixou espaços de conformação, de modo a não encerrar o debate constitucional (LOZANO, 2013, p. 77). Esses seriam os benefícios pretendidos desse controle da deliberação mínima.

É sabido que a literatura sobre a teoria da legislação, a *legisprudência* e as demais técnicas de aperfeiçoamento da elaboração legislativa trazem métodos recomendáveis para a elaboração das leis, exigindo o engajamento dos parlamentares com vistas à consideração quanto (1) ao problema envolvido, (2) à representação das diversas visões quanto a esse problema, (3) às provas, aos dados e às evidências de que a medida legislativa é necessária, (4) à efetiva discussão do mérito e das alternativas da proposta legislativa e (5) à devida fundamentação da decisão legislativa, com a apresentação das razões que a justificam (NASCIMENTO, 2019).

Sem prejuízo do valor dessas diretrizes para fazer leis melhores, há uma grande diferença entre o caráter desejável desse modelo de deliberação ideal e a exigibilidade de adoção desse modelo em todos os casos. No máximo, o que poderia ser efetivamente exigido é o respeito à vontade das maiorias, garantido o direito das minorias e a publicidade do procedimento legislativo (talvez essas características, sim, pudessem fazer parte do conceito de deliberação mínima).

Seguindo a linha de raciocínio de Nascimento (2020),

não se nega: de fato, que é necessário melhorar a qualidade da deliberação legislativa, isso não se discute. Nada obstante, convém não esquecer que inexiste necessária correspondência biunívoca entre a qualidade do procedimento de elaboração legislativa – sobretudo quanto aos tempos de duração e à argumentação legislativa – e o seu produto final: a lei. Por vezes, a despeito do caráter melhorável das discussões parlamentares, a lei aprovada é irrepreensível. Mais debate legislativo, simplesmente, não é o que garantirá leis melhores. O processo decisório legislativo é mais complexo.

A partir dessa breve sistematização, vê-se que o princípio da deliberação suficiente vai assumindo contornos de um transplante de teorias jurídicas estrangeiras, sem a devida recepção à luz das práticas legislativas e das capacidades institucionais reais do Congresso Nacional brasileiro. A construção padece, portanto, também do vício de uma concepção ingênua e idealizada sobre como as Casas Legislativas podem, efetivamente, atuar por ocasião da elaboração legislativa. Na realidade, a aprovação das espécies legislativas se converteria em algo impossível (ou no mínimo excepcional) caso fosse exigido o cumprimento estrito de todos os requisitos regimentais do processo legislativo.

É por isso que a não observância de algumas previsões regimentais não necessariamente deve implicar a inconstitucionalidade da lei ou emenda constitucional produzida. O direito parlamentar, cujos regimentos internos são a fonte por excelência, tem natureza flexível (NASCIMENTO, 2021b). Por mais que tais normas regimentais tenham a função essencial de dirigir os procedimentos, facilitar a iniciativa legislativa e regular os debates e os diversos trâmites até a aprovação das leis, haverá ocasiões em que tais disposições se tornam acessórias ou meramente instrumentais quando a decisão for alcançada com independência dessas previsões. Por isso, os regimentos não podem engessar a tomada de decisões.

Da forma em que vem sendo construído, o mencionado princípio da deliberação suficiente tende a funcionar de forma semelhante ao devido processo

legislativo: como expressão obscura, operada por grupos que perderam a discussão na arena parlamentar para controlar a decisão legislativa, de conteúdo indeterminado, sem que seja possível extrair com clareza, a partir dessas expressões *devido processo legislativo e deliberação suficiente*, quais são as condutas em concreto exigíveis dos legisladores por ocasião do processo legislativo.

4 – Objeções ao controle judicial da qualidade da deliberação legislativa no Brasil

Considerando que as categorias em tela são intercambiáveis no propósito de fazer o controle judicial do processo legislativo avançar para além das previsões constitucionais, convém reunir os argumentos que podem ser lançados em oposição a essa empreitada.

A primeira objeção que pode ser lançada contra o controle de qualidade da deliberação legislativa é a falta de uma base jurídica, isto é, a inexistência de qualquer previsão na Constituição quanto a esse tipo de controle. Na verdade, inclusive, sequer o próprio controle jurisdicional do processo legislativo conta com previsão constitucional. Como já apontado, trata-se de uma construção jurisprudencial cujo *leading case* foi o MS nº 20.257.

A segunda objeção consiste no receio de que – a partir dessa pretensa nova modalidade de controle de constitucionalidade – se crie um simples pretexto para a expansão do controle jurisdicional do processo legislativo, restringindo indevidamente a liberdade legislativa quanto à prioridade que dá (ou não) a certos temas, conforme seu juízo de conveniência e oportunidade.

Aqui, então, a preocupação é com a interferência institucional na soberania parlamentar ou substituição das escolhas políticas dos legisladores. Uma decisão do STF dizendo que o Congresso Nacional precisa *debater melhor* seria tão aberrante quanto o Poder Legislativo aprovando uma lei obrigando os acórdãos do STF a serem *mais longos* ou exigindo a saturação dos argumentos.

Se esse controle preventivo da elaboração legislativa já é frágil, incoerente e criticável, pretender um controle de qualidade significa uma ainda maior interferência no exercício da atividade normativa do Parlamento. É uma das faces da judicialização do processo político e abre a margem para que o Judiciário, não só interfira, mas se sobreponha ao Legislativo na composição de questões políticas.

Uma das consequências dessa interferência, que tem se tornado cada vez mais frequente no processo legislativo, é um enfraquecimento do Poder Legislativo e a substituição da agenda política por uma agenda do Poder Judiciário, sobretudo no que diz respeito ao controle da omissão legislativa, que não deixa de ser uma forma de controle sobre o processo legislativo, mais especificamente sobre a falta dele.

A terceira objeção está relacionada à falta de parâmetros objetivos para a avaliação judicial – tem-se uma dificuldade metodológica que não pode ser desprezada: a *qualidade* é uma questão gradual. A simples menção ao princípio do devido processo legislativo – ou mesmo ao princípio democrático – não é o bastante para conferir densidade ao sustentado *princípio da deliberação suficiente* extraível da Constituição. Ainda seria necessário responder a uma série de perguntas, como aponta Nascimento (2020):

- 1) o que seria, concretamente, uma deliberação suficiente?
- 2) exigiria uma obediência inflexível a todas as regras regimentais da elaboração legislativa (sem possibilidade de acordos de líderes para alterar procedimentos e aprovação de calendários especiais)?
- 3) significaria uma deliberação efetiva quanto a, necessariamente, cada artigo das proposições em discussão?
- 4) qual seria o grau de profundidade considerado adequado?
- 5) e o tempo de duração das discussões?
- 6) seria esse modelo ideal aplicável para todos os projetos de leis (independentemente da temática ou de seus impactos sobre valores constitucionais)?
- 7) se sim, sua adoção seria factível, considerando as práticas parlamentares reais (e, sobretudo, seus constrangimentos institucionais)?
- 8) se não, quais critérios que definiriam a deliberação suficiente em cada caso?

A quarta objeção é a própria jurisprudência o STF em sentido contrário. Em primeiro lugar, o STF não aceita a tese da inconstitucionalidade indireta ou reflexa, por violação de norma infraconstitucional interposta, tendo-se posicionado pelo descabimento de alegação de inconstitucionalidade mediata por atos normativos secundários (sobretudo decretos regulamentares, como na ADI nº 310 e na ADI nº 2.007). Em segundo lugar, a Corte não admite o controle jurisdicional em face de norma regimental, só conhecendo de violações com fundamento constitucional (MS nº 22.503), aí incluídas as que envolvem disposições regimentais que reproduzem normas constitucionais.

A quinta objeção diz respeito ao possível aumento do custo decisório que esse tipo de controle quanto à qualidade da deliberação legislativa poderia acarretar. Isso porque, se tal controle de constitucionalidade impuser padrões de deliberação muito exigentes, a capacidade do Parlamento para responder tempestivamente às demandas sociais poderia ficar seriamente prejudicada. O efeito do controle pode ser o contrário do pretendido e, pior, nocivo, pois poderia implicar o engessamento do processo legislativo.

Aqui, entende-se que é um equívoco a tentativa de transplantar a lógica do processo judicial (e seus prazos, preclusões, etc.) para o processo legislativo, porque o processo decisório dentro do Poder Legislativo é muito mais complexo. Nos parlamentos, mais do que no processo judicial, os procedimentos são a estratégia para conferir legitimidade às decisões legislativas, de modo que a maioria das formalidades não tem valor em si, sendo preponderantemente instrumentais, postas a serviço da finalidade substantiva: a formação da vontade democrática. Por isso, diante da superação das normas regimentais mediante acordos parlamentares, não há que se falar em vulneração de valores constitucionais do processo legislativo.

Naturalmente, os abusos cometidos devem ser combatidos – por exemplo, como foi feito na decisão do STF na ADI nº 5.127, que considerou inconstitucional a prática de inserção de emendas sem pertinência temática no processo de conversão das medidas provisórias –, mas a flexibilidade quanto à aplicação das regras regimentais por acordos parlamentares atende à dinâmica da própria atividade política na elaboração legislativa, e não há que ser taxada como *privatização do processo legislativo* em todos os casos. Nem toda quebra regimental

na tramitação macula a lei de inconstitucionalidade, nem todo dissenso legislativo é judicializável.

Por isso, uma postura minimalista em termos de controle judicial parece ser o melhor caminho. De acordo com John Hart Ely (1980), por exemplo, a jurisdição constitucional deve funcionar de modo a: (a) aplicar as regras expressas do texto constitucional; (b) intervir no processo político quando isso for necessário para a proteção do funcionamento regular do sistema democrático; (c) para garantir o adequado tratamento dado aos grupos minoritários (pelas maiorias), isto é, os direitos das minorias políticas.

De fato, a participação no processo deliberativo é um direito de todos os parlamentares, inclusive dos que integram os grupos minoritários. E esse é o principal mecanismo para evitar a tomada de decisões arbitrárias, contrárias ao jogo democrático. Mas é preciso que haja a demonstração de que se estava tolhendo a participação de grupos minoritários no processo legislativo. Proceder de forma diferente disso é dar margem a que os magistrados interrompam o debate político e o substituam pela visão da minoria, por suas próprias convicções ou agendas pessoais, o que indubitavelmente afronta o princípio democrático.

Por isso, esse controle judicial deve ficar restrito ao controle das disposições da Constituição que disciplinam o processo de criação das leis e emendas e não cabe tomar como referência as normas regimentais como parâmetro de controle. Ou seja, não faz sentido o controle judicial da regimentalidade. Essa perspectiva que pleiteia uma observância estrita dos regimentos internos na integralidade é uma tentativa de transplantar a racionalidade do processo judicial para o processo legislativo (NASCIMENTO, 2020), o que se mostra inadequado.

Por exemplo, esse foi o caso da discussão no MS nº 34.530, impetrado pelo deputado federal Eduardo Bolsonaro para impugnar a tramitação do PL nº 4.850/2016, denominado *10 Medidas Contra a Corrupção*, que era um projeto de lei de iniciativa popular, organizado pelo Ministério Público Federal. Basicamente, entendeu-se que o projeto de lei não poderia ter sido subscrito por parlamentares. Em uma leitura um tanto quanto heterodoxa e que desconsidera as dificuldades procedimentais dos projetos de iniciativa popular (o rito é mais complexo, demorado, já que envolve conferir a assinatura de um por cento dos eleitores, distribuídos por pelo menos cinco estados da Federação. Em cada um

deles, é preciso no mínimo três décimos dos eleitores). Para o ministro Luiz Fux, a encampação parlamentar equivaleu a uma sobreposição do anseio popular, frustrando a *ratio essendi* da figura constitucional e que havia no caso apenas *simulacro de participação popular*. Essas foram as palavras usadas na própria decisão: “em primeiro lugar, as disposições regimentais consubstanciam, em tese, autênticas normas jurídicas e, como tais, são dotadas de imperatividade e de caráter vinculante”. Sua violação, ademais, habilita a pronta e imediata resposta do ordenamento jurídico. Nesse cenário, é inconcebível a existência de normas cujo cumprimento não se possa exigir coercitivamente. Não há aqui outra alternativa: (i) ou bem as normas regimentais são verdadeiramente normas e, portanto, viabilizam sua judicialização, (ii) ou, a rigor, não se trata de normas jurídicas, mas simples recomendações, de adesão facultativa pelos seus destinatários. Este último não parece ser o caso (p. 8). Esse argumento padece da falácia da falsa dicotomia, já que os acordos parlamentares também são fonte jurídica de compromisso vinculante e isso não torna as normas regimentais em simples recomendações, nem retira o caráter normativo.

Como já argumentado, trata-se de um equívoco essa tentativa de impingir uma excessiva rigidez à marcha legislativa, com apego a tecnicismos procedimentais que desconsideram a natureza política da formação da vontade legislativa, e servem muito mais como mero pretexto para que os vencidos no debate político reabram a discussão na esfera judicial. “A oposição, não raro derrotada no Congresso Nacional, tende a utilizar o STF como nova arena de batalha política, com vistas a reverter a derrota sofrida na deliberação majoritária” (BRANDÃO, 2013, p, 206).

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

O acordo de líderes e as decisões de plenário podem superar *hic et nunc* normas regimentais, suprimir interstícios ou aprovar calendários especiais; e

tudo isso tem valor jurídico. Trata-se de diversas manifestações da soberania do plenário. Daí a constitucionalidade e a legitimidade do acordo de líderes, nos termos autorizados pelo Regimento Interno do Senado Federal (RISF), art. 412, inciso III, e pelo Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD), art. 150, parágrafo único. Como dito, os regimentos não podem servir para engessar ou impedir a tomada de decisões colegiadas. O tempo e a lógica da política são diferentes dos do Direito, os princípios que regem o processo legislativo são distintos do formalismo que marca o processo judicial.

Art. 412. A legitimidade na elaboração de norma legal é assegurada pela observância rigorosa das disposições regimentais, mediante os seguintes princípios básicos:

[...]

III – impossibilidade de prevalência sobre norma regimental de acordo de lideranças ou decisão de Plenário, exceto quando tomada por unanimidade mediante voto nominal, resguardado o *quorum* mínimo de três quintos dos votos dos membros da Casa.

Art. 150. [...] Parágrafo único. A dispensa de interstício para inclusão em Ordem do Dia de matéria constante da agenda mensal a que se refere o art. 17, I, s, poderá ser concedida pelo Plenário, a requerimento de um décimo da composição da Câmara ou mediante acordo de Lideranças, desde que procedida a distribuição dos avulsos com antecedência mínima de quatro horas.

Por isso, no lugar de uma postura apegada a ritos rígidos, que desconsidera a instrumentalidade das formas, o caminho mais promissor para aperfeiçoar a qualidade do processo legislativo é o de incrementar a justificação das escolhas legislativas, a partir da apresentação das razões substanciais capazes de eliminar as dúvidas quanto à higidez da decisão legislativa. Assim, o eventual controle deve recair sobre tais razões (NASCIMENTO, 2019).

5 – Conclusão

Neste trabalho foram apresentados os contornos das ideias de devido processo legislativo e do princípio da deliberação suficiente, ambas categorias frequentemente evocadas para o controle judicial do processo de elaboração das espécies legislativas. Como foi possível perceber, a despeito de muito repetidas, não existe uma clareza sobre os significados dessas expressões, nem como se desdobram em concreto. Especificamente sobre o devido processo legislativo, apontaram-se as incoerências de concebê-lo tanto como um direito subjetivo dos parlamentares, quanto como um direito de titularidade difusa. Na verdade, como indicado, a preocupação deveria se voltar para o estabelecimento de quais são os ritos indispensáveis para o desenho de um processo razoável e adequado à criação do novo direito.

Nesse sentido, criticou-se o emprego dessas categorias tal como vem sendo tentado, sem um conteúdo determinado, de forma abstrata, muito mais voltado para expandir o controle judicial desencadeado pelos perdedores do debate na arena legislativa. Da mesma forma, apresentaram-se cinco objeções ao projeto de um controle jurisdicional da qualidade da deliberação legislativa e sugerido o caminho que se entende correto para a superação de tais questionamentos: o incremento da justificação das escolhas legislativas.

6 – Referências

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Processo legislativo e democracia: parlamento, esfera pública e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BAR-SIMAN-TOV, Ittai. Semiprocedural judicial review. *Legisprudence*, v. 6, i. 3, 2012, p. 271-300.

_____. The puzzling resistance to judicial review of the legislative process. *Boston University Law Review*, v. 91, 2011, p. 1.915-1.974.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei de Conversão PLV nº 15. Ins-

titui o programa emergencial de manutenção do emprego e da renda e dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Caderno Administrativo. Brasília, 2020. Disponível em: <PLV 15/2020 — Portal da Câmara dos Deputados - Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br)>. Acesso em: 24 jan. 2022.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei de Conversão PLV nº 17. Institui o novo programa emergencial de manutenção do emprego e da renda, dispõe sobre medidas complementares para o enfrentamento das consequências da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) no âmbito das relações de trabalho, institui o programa primeira oportunidade e reinserção no emprego (prière), o regime especial de trabalho incentivado, qualificação e inclusão produtiva (requip) e o programa nacional de prestação de serviço social voluntário e dá outras providências. Caderno Administrativo. Brasília, 2021. Disponível em: < PLV 17/2021 — Portal da Câmara dos Deputados - Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br)>. Acesso em: 24 jan. 2022.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.850 de 2016. Caderno Administrativo. Brasília, 2016. Disponível em: <prop_mostrarintegra (camara.leg.br)>. Acesso em: 24 jan. 2022.

_____. Lei nº 8.437 de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 1992. Disponível em: <L8437 (planalto.gov.br)>. Acesso em: 24 jan. 2022.

_____. Medida Provisória nº 932 de 1º de abril de 2020. Altera as alíquotas de contribuição aos serviços sociais autônomos que especifica e dá outras providências. Caderno Administrativo. Brasília, 2020. Disponível em: <MPV 932 (planalto.gov.br)>. Acesso em: 24 jan. 2022.

_____. Medida Provisória nº 936 de 1º de abril de 2020. Institui o programa emergencial de manutenção do emprego e da renda e dispõe sobre medidas tra-

balhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Caderno Administrativo. Brasília, 2020. Disponível em: <MPV 936 (planalto.gov.br)>. Acesso em: 24 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 310. Diário Oficial da União. Brasília, 2022. Disponível em: <Supremo Tribunal Federal STF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE : ADI 310 AM (jusbrasil.com.br)>. Acesso em: 24 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127. Plenário. Rel. Rosa Weber. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2015. Julgamento em 15/10/2015. Publicação em 10/5/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.257. Plenário. Rel. Décio Miranda, Red. p/ Acórdão: Moreira Alves. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 1981. Julgamento em 8/10/1980. Publicação em 27/2/1981.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.374. Plenário. Rel. Moreira Alves. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 1992. Julgado em 13/08/1992. Publicado em 01-10-1992.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.503. Plenário. Rel. Marco Aurélio, Red. p/ Acórdão: Maurício Corrêa. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2015. Julgamento em 16/6/2015. Publicação em 19/6/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 33.630 – Medida Cautelar. Decisão monocrática. Rel. Rosa Weber. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 2016. Julgamento em 15/10/2015. Publicação em 10/5/2016.

ELY, John Hart. Democracy and distrust: A theory of judicial review. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. Construcción de una dogmática constitucio-

nal del procedimiento parlamentario: El caso colombiano. Revista de Derecho (Valdivia), v. XXXIX, nº 1, 2016, p.177-196.

HIRSCHL, Ran. Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo. Londrina: EDA, 2020.

LOZANO, Otálora. El deber de deliberación mínima en el procedimiento legislativo. Pensamiento Jurídico, nº 38, 2013, p. 65-108.

_____. Sentencia C-040/10. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-040-10.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2021.

_____. Sentencia C-816/04. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-816-04.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2021.

_____. Sentencia 0006-2018-PI/TC – Caso cuestión de confianza y crisis total del gabinete Disponível em: <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00006-2018-AI.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2021.

MARRAFON, Marco Aurélio. Parâmetros para o controle jurisdicional do processo legislativo. Conjur, 1º/3/2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-01/constituicao-poder-parametros-controle-jurisdicional-proceso-legislativo>>. Acesso em: 25 jul. 2021.

_____; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Controle de constitucionalidade no projeto de lei de conversão de medidas provisórias em face dos contrabandos legislativos: salvaguarda do Estado Democrático de Direito. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. Constitucionalismo e democracia. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 235-249.

NASCIMENTO, Roberta Simões. Cabe controle de constitucionalidade quanto à qualidade da deliberação legislativa? Jota, 14/10/2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/controlde-constitucionalidade-qualidade-deliberacao-legislativa-14102020>>. Acesso em: 25 jul. 2021.

_____. O direito parlamentar e o tema 1.120 da repercussão geral do STF. Jota, 20/1/2021. 2021a. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/direito-parlamentar-stf-20012021>>. Acesso em: 25 jul. 2021.

_____. O que é o devido processo legislativo? Jota, 17/2/2021. 2021b. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/o-que-e-o-devido-processo-legislativo-17022021>>. Acesso em: 25 jul. 2021.

_____. Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada. Curitiba: Alteridade, 2019.

NAVOT, Suzie. El control jurisdiccional de los actos parlamentarios: un enfoque comparado. Revista Española de Derecho Constitucional, nº 77, 2006, p. 153-196.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdiccional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TELES, Carlos André Coutinho. O princípio da deliberação suficiente no processo legislativo brasileiro. Rio de Janeiro: Ágora 21, 2019.

COMUNICAÇÃO SOCIAL INSTITUCIONAL E CAMPANHA ELEITORAL: O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA POR PARLAMENTAR CANDIDATO E A IGUALDADE NO PROCESSO ELEITORAL

Gabrielle Tatith Pereira

Mestre em Direito Constitucional e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Pós-graduanda em Direito Digital, Inovação e Ética nos Negócios pela FIA. Especialista em Comunicação Eleitoral e Marketing Político. Especialista em Direito Público. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria/RS – UFSM.

Advogada do Senado Federal.

gabitpereira@hotmail.com

Sumário: 1 – Introdução. 2 – Comunicação institucional, regimes democráticos e campanhas eleitorais. 3 – *Marketing* político versus *marketing* eleitoral. 4 – Campanhas eleitorais e as restrições ao exercício da função legislativa. 4.1 – Função legislativa e propaganda eleitoral na televisão e no rádio. 4.2 – Função legislativa e realização de debates e entrevistas com parlamentares candidatos. 4.3 – Função legislativa e cobertura jornalística na campanha eleitoral. 4.4 – Função legislativa e mídias virtuais na campanha eleitoral. 5 – Conclusão. 6 – Referências.

Resumo: Este artigo estuda a relação entre comunicação social institucional e *marketing* eleitoral de parlamentares candidatos à reeleição durante o período de

campanha. As Casas do Poder Legislativo, especialmente a da União, possuem significativa estrutura de comunicação social com diversos recursos (televisão, rádio, redes sociais, etc.) disponíveis aos parlamentares para a divulgação da atividade parlamentar e a prestação de contas. No período de campanha eleitoral para a recondução ao parlamento, o *marketing* eleitoral assume significativa evidência e, muito embora o parlamentar não esteja obrigado a se desincompatibilizar, a utilização dos recursos de comunicação social das Casas Legislativas pode representar violação à igualdade de condições entre candidatos – princípio fundamental das eleições. A partir do conflito entre o exercício pleno do mandato e o dever de prestação de contas de um lado e a igualdade de condições entre candidatos ao pleito eleitoral de outro, apresentam-se soluções que visam a compatibilizar a legitimidade e a normalidade das eleições com o desempenho da função legislativa.

Palavras-chave: Função legislativa. *Marketing* eleitoral. Campanha eleitoral. Meios de comunicação institucionais. Vedações legais.

INSTITUTIONAL MEANS OF COMMUNICATION AND ELECTORAL CAMPAIGN: THE EXERCISE OF THE LEGISLATIVE FUNCTION BY A PARLIAMENTARY CANDIDATE AND THE EQUALITY IN THE ELECTORAL PROCESS

Abstract: This article studies the relationship between institutional means of communication and electoral marketing of parliamentary candidates for reelection, during the campaign period. The Houses of Legislative Power, especially in the Union, has a significant social communication structure with various resources (television, radio, social networks, etc.) available to the parliamentarians, to diffuse the legislative activities and accountability. Amid electoral campaign for reelection, electoral marketing is in evidence, and though the parliamentarian is not compelled to mismatch (to be removed from office), the use of social media resources in the Legislative Houses may represent a violation of the equality between candidates, the fundamental principle of elections. From the conflict be-

tween the full exercise of the mandate and the duty of accountability, on the one hand, and the equality in the electoral process, on the other, this article presents normative solutions to ensure legitimacy and normality of electoral process and the exercise of the legislative function.

Keywords: Legislative function. Electoral marketing. Electoral campaign. Institutional medias. Legal restrictions.

1 – Introdução

A comunicação e a política são conceitos indissociáveis. A política, seja numa perspectiva ampla de governança de um Estado, seja numa perspectiva de negociação e formação de compromissos para a tomada de decisão, seja ainda na perspectiva de representação de interesses dos cidadãos, instrumentaliza-se por meio da comunicação de ideologias e ideias e da argumentação, do convencimento.

Muito embora o desenvolvimento da publicidade, das pesquisas de opinião e do *marketing* tenham se dado no âmbito do mercado de consumo, como produto da cultura capitalista norte-americana, a relação intrínseca entre comunicação e política resultou na rápida absorção dos conhecimentos da comunicação social à ciência política.

A política utiliza-se, a todo o momento, de *ferramentas comunicacionais* como a retórica, a propaganda e o *marketing* (TAVARES; TORREZAM, 2007, p. 10). Se, nos primórdios da atividade política, privilegiava-se a comunicação direta e pessoal entre o político e o eleitor, com o desenvolvimento dos meios de comunicação em massa, essa comunicação passa a ser indireta e racionalizada por novos métodos e procedimentos mercadológicos (CASTILHO, 2014, p. 62).

Em período de campanha eleitoral, o candidato torna-se produto de consumo dos eleitores. Os meios de comunicação são utilizados para construir e divulgar uma imagem do candidato que seja capaz de satisfazer os anseios do eleitor. Desse modo, o *marketing* assume fundamental importância no processo de divulgação das propostas do candidato e de sensibilização e convencimento do eleitor acerca de suas qualidades e capacidades. As tecnologias da televisão, do

rádio, da pesquisa de opinião e da *internet*, amplamente estudadas e dominadas pelo *marketing*, são utilizadas para conectar o cidadão-eleitor com o candidato, formando vínculos de identidade e fidelização entre ambos.

A comunicação exerce papel fundamental no processo político, especialmente no processo eleitoral. É justamente por isso que a legislação eleitoral estabelece uma série de regras, inclusive vedações, aos candidatos em período de campanha eleitoral. Objetiva-se evitar que a utilização excessiva ou indevida de dinheiro e de recursos de comunicação possa desequilibrar a paridade entre os candidatos e, conseqüentemente, a normalidade e a legitimidade do processo eleitoral.

No caso dos parlamentares candidatos a reeleição, não há o dever legal de desincompatibilização, ou seja, o dever de afastamento do mandato durante o período de campanha eleitoral. Há que se compatibilizar, de um lado, o pleno exercício do mandato, com prerrogativas, garantias e direitos que lhe são inerentes e, de outro, regras e vedações da legislação eleitoral voltadas a assegurar a paridade de armas entre os candidatos; e, em última instância, a normalidade e a legitimidade das eleições.

O Senado Federal e a Câmara dos Deputados, como órgãos do Poder Legislativo da União, possuem significativa estrutura física e humana destinada a dar suporte técnico ao exercício do mandato. Na área de comunicação social, possuem secretarias que compreendem televisão, rádio, página institucional do parlamentar, *Twitter*, *Facebook*, *Instagram*, etc. Essas ferramentas são utilizadas, em tempo integral, como instrumento do exercício do mandato, ou seja, como instrumento de comunicação direta com os eleitores e com os segmentos da sociedade civil, para a divulgação de opiniões, propostas e votos do parlamentar, para fazer oposição a proposições legislativas ou atos do governo, etc. São ferramentas utilizadas para a transparência e para a prestação de contas da atividade legislativa.

São, portanto, ferramentas de *marketing* político institucional, que estão disponíveis ao titular de mandato eletivo. Ocorre que, em período eleitoral, torna-se muito difícil dissociar o *marketing* político institucional do *marketing* eleitoral. Aquele (*marketing* político) refere-se a uma estratégia permanente de aproximação do partido e do político com o cidadão em geral e, sendo ocupante

de cargo eletivo, destina-se a dar publicidade à atuação do mandatário e a prestar contas aos seus eleitores; este (*marketing* eleitoral) refere-se a uma estratégia voltada para o eleitor e com o objetivo de fazer o partido e o candidato ganharem uma eleição. Trata-se de estratégia específica (convencer o eleitor e ganhar votos) e bem delimitada no tempo (duração da campanha eleitoral).

Neste artigo, pretende-se, à luz das categorias teóricas do *marketing* político e eleitoral e dos princípios de Direito Eleitoral aplicáveis às eleições, problematizar o conflito existente, de um lado, entre o pleno exercício do mandato, com prerrogativas, garantias e direitos que lhe são inerentes e, de outro, regras e vedações da legislação eleitoral, voltadas a assegurar a igualdade entre os candidatos e, em última instância, a normalidade e a legitimidade das eleições.

No primeiro tópico, faz-se uma análise da relação intrínseca entre comunicação institucional e regimes democráticos e de como o período de campanha eleitoral impacta essa relação. No segundo tópico, aprofunda-se a discussão mediante a diferenciação entre os conceitos de *marketing* político e *marketing* eleitoral, analisando-se criticamente a predominância deste (*marketing* eleitoral) no período de campanha, inclusive nos meios institucionais de comunicação. No quarto tópico, faz-se uma análise do desempenho da função legislativa durante o período de campanha eleitoral, com ênfase nas permissões e nas vedações de utilização dos meios de comunicação social institucional, visando a garantir a normalidade e a legitimidade do processo eleitoral. Por fim, apresenta-se uma proposta de compatibilização entre o exercício da função legislativa pelo parlamentar candidato e a adequada utilização dos recursos institucionais de comunicação social.

2 – Comunicação institucional, regimes democráticos e campanhas eleitorais

Os regimes democráticos constitucionais pressupõem o exercício controlado do poder político, tripartido em funções administrativa, legislativa e judicial, de modo a assegurar direitos e deveres fundamentais aos cidadãos e viabilizar a vida em sociedade, reduzindo a complexidade a níveis minimamente aceitáveis.

Nas sociedades pós-modernas, há um conjunto de crises que coloca em dúvida a capacidade de os Estados Democráticos de Direito de formarem cidadãos livres e iguais, emancipados para conduzirem suas vidas e para participa-

rem da esfera pública como atores relevantes do processo de tomada de decisão política. As crises do sistema político¹ se somam e provocam uma total desconexão entre Estado e cidadãos. Os regimes democráticos precisam se reinventar, estabelecer novas formas de conexão com os cidadãos, buscando um sentido pragmático para a manutenção de toda essa organização estatal, que não constitui um fim em si mesmo, mas que tem a finalidade de viabilizar, sob diversos aspectos, a vida em grandes coletividades.

Nesse contexto, as novas relações de poder, especialmente de poder político, surgem num ambiente de revolução tecnológica, numa *sociedade em rede* e pautada pela *comunicação digital*. A comunicação de massa, veiculada por jornais, rádios e televisão, tem sido progressivamente substituída por uma *intercomunicação individual*, ou seja, por um processo de comunicação que tem o potencial de alcançar uma comunicação de massa, mas cujo conteúdo da mensagem é autogerado, a recuperação da mensagem é autodirigida, e a recepção e a recombinação do conteúdo oriundo das redes de comunicação eletrônica são autosselecionadas. Se, antes, a comunicação era monopolizada por grandes conglomerados empresariais, agora a intercomunicação é individualizada e descentralizada. E embora a *internet* e as redes móveis de comunicação sofram a influência dos poderes político e econômico, não há mecanismos eficientes para o controle da informação. A liberdade é característica marcante dessa nova forma de comunicação (CASTELLS, 2019, p. 29-31).

A comunicação institucional é diretamente influenciada pela comunicação digital e por essa nova forma de relacionamento com os cidadãos, ou seja, por essa intercomunicação individualizada e descentralizada que se desenvolve paralelamente aos meios tradicionais.

A comunicação institucional das Casas Legislativas, inicialmente baseada na mídia impressa (diários oficiais e jornais da Câmara dos Deputados e do Senado Federal), hoje dispõe de uma imensa estrutura que compreende as televisões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; as rádios da Câmara dos

¹ As crises econômicas agravam a concentração de renda e a desigualdade social. As crises políticas mostram que os cidadãos não se sentem representados pela classe política. A crise de segurança revela a ineficiência do Estado em garantir a vida e a integridade física de seus cidadãos e a sensação de impunidade em relação aos criminosos. A crise da justiça mostra que o Poder Judiciário é lento, burocratizado e que o direito tardio é mais uma forma de violação dos direitos dos cidadãos. A crise dos serviços públicos mostra que o Estado gasta mal e que os cidadãos não dispõem de educação, saúde, transporte público, etc.

Deputados e do Senado Federal; a Agência de Notícias; os Canais Multimídia; as fotos; as contas institucionais no *Twitter*, no *Facebook*, no *Instagram* e no *Flickr*; o canal no *YouTube*; e páginas institucionais dos parlamentares.

Há, ainda, portais para comunicação direta dos cidadãos com o Poder Legislativo para a participação em enquetes, propositura de uma ideia legislativa, participação em debates ou audiências interativas, emissão de opinião sobre proposições legislativas em tramitação (*e-Cidadania*, no caso do Senado Federal, e Canal de Interação na Câmara dos Deputados).

Há inúmeros recursos disponíveis simultaneamente, e em tempo integral, para assegurar a transparência do exercício da função legislativa e permitir o controle do exercício do poder pelos cidadãos e pelos órgãos de controle. Busca-se igualmente criar canais mais efetivos de comunicação entre o Poder Legislativo e os parlamentares, de um lado, e o cidadão-eleitor, de outro.

Esses recursos, considerados indispensáveis na *sociedade conectada* em que vivemos hoje, são importantes para a comunicação institucional das Casas do Poder Legislativo. Mas se trata de uma comunicação que observa uma estratégia a partir da definição prévia de seus elementos: transmissor, conteúdo (mensagem), meio (como), público-alvo e cronograma (quando).

Ainda que a comunicação institucional seja pautada pelo interesse público, não há neutralidade na comunicação. Significa dizer que a comunicação institucional das Casas do Poder Legislativo que, na perspectiva do parlamentar, confunde-se com o *marketing* político, é um instrumento de publicidade e *accountability* (responsabilização), mas é também um instrumento para a construção ou a manutenção da imagem do parlamentar, objetivando o sucesso de sua carreira política.

Nesse sentido, a comunicação institucional cria um fluxo recíproco de informações entre instituições e cidadãos, como uma via de duas mãos.²

² Há muito Francisco Gaudêncio Torquato do Rego já afirmava que “nos sistemas liberais e nos regimes democráticos, os líderes e liderados estão unidos na exigência do poder compartilhado mediante a participação de todos na tomada de decisões coletivas. O sufrágio universal é o mecanismo pelo qual se processa a escolha dos governantes. Aqui, a linguagem assume o posicionamento de instrumento de crítica social, de procura da verdade, de tribuna livre apesar da crítica sobre os modelos econômicos que fazem da verdade a verdade dos donos da indústria cultural.” Mais adiante, afirma que “a comunicação governamental é uma necessidade social, mais que uma infraestrutura de sustentação do Poder. Por sua rede, os segmentos sociais tomam conhecimento do que se passa nos diversos setores do Governo e, por seu intermédio, transmitem aos governantes suas expectativas e desejos. Deve ser entendida, pois, como via de duas mãos” (TORQUATO, 1985, p. 43-44).

Mas essa comunicação institucional não é neutra. Estrutura-se a partir de um planejamento estratégico de *marketing*, sendo uma comunicação dirigida e seletiva, que visa a prestar contas e assegurar a transparência das decisões e dos atos públicos, mas que também tem o propósito de influenciar a opinião pública e os debates em torno de políticas públicas.

A comunicação institucional assume, portanto, uma dupla perspectiva: democrática e antidemocrática. A comunicação social, estruturada a partir de um planejamento de *marketing* político, confere ampla publicidade ao processo político-legislativo em plenário e nas comissões permanentes e temporárias, aos discursos dos parlamentares, aos pareceres, aos votos, ao teor das proposições legislativas, às discussões, ao encaminhamento das matérias, etc. Ademais, o parlamentar está em contato direto com seus pares, outros agentes públicos e com os cidadãos prestando contas do exercício do seu mandato e das posições assumidas em relação a políticas públicas e outras questões relevantes.

Televisão, rádio, jornal impresso, agência de notícias, redes sociais, *YouTube*; há diversos recursos para a divulgação de mídias sociais relacionadas ao exercício da função legislativa. Há, inclusive, recursos de comunicação institucional que são disponibilizados às Presidências das Casas Legislativas para conferir maior destaque às decisões institucionais.

Por outro lado, a mesma comunicação social garante visibilidade aos parlamentares e a seus feitos no desempenho do mandato, atuando diretamente na construção e na manutenção da imagem pública do parlamentar. É uma comunicação altamente seletiva e objetiva consolidar o posicionamento político do parlamentar e fidelizar os cidadãos-eleitores.

Esse viés antidemocrático se acentua durante a campanha eleitoral, porque todos os recursos de *marketing* são considerados na elaboração do planejamento estratégico da campanha, especialmente em face dos elevados custos das campanhas eleitorais, no Brasil e no mundo, e do curto período de tempo disponível para conquistar votos. Nesse contexto, torna-se difícil, senão impossível, diferenciar as estratégias de *marketing* político e *marketing* eleitoral do parlamentar candidato à reeleição.

E a utilização da estrutura de comunicação institucional das Casas Legislativas para o *marketing* eleitoral pode representar a aplicação de recursos públi-

cos, ainda que na forma de publicidade, em benefício de um dos candidatos, com potencialidade para violar a igualdade de condições entre concorrentes.

Nesse contexto, mostra-se fundamental a distinção entre *marketing* político e *marketing* eleitoral para que a comunicação institucional não se converta em instrumento de desequilíbrio entre os candidatos ao pleito eleitoral, conforme será abordado a seguir.

3 – *Marketing* político versus *marketing* eleitoral

A preocupação de preservação das vias democráticas e de contenção dos poderes político e econômico no processo eleitoral está claramente albergada na previsão constitucional de afastamento de cargo ou função pública para o postulante a mandato de Chefe do Poder Executivo, ressalvada a hipótese de (uma) reeleição para mesmo cargo (art. 14, §§ 6º e 7º, da Constituição Federal). A desincompatibilização visa a evitar a utilização da posição política e dos recursos públicos em benefício da campanha eleitoral.

Não há, contudo, a exigência de desincompatibilização para a reeleição de parlamentar para o mesmo cargo ou para outro cargo no Poder Legislativo. Impõe-se, assim, que o exercício da função legislativa, no período de campanha eleitoral, seja temperado com regras e vedações da legislação eleitoral, e que a comunicação institucional das Casas Legislativas seja utilizada para assegurar a transparência do processo político-legislativo e a prestação de contas da atividade parlamentar, sem, contudo, converter-se em instrumento de *marketing* eleitoral.

Para muitos autores, os termos *marketing* político e *marketing* eleitoral são empregados indistintamente e voltados para o período de campanha eleitoral. Isso resulta, provavelmente, da importação da expressão norte-americana *political marketing*, que se refere ao emprego de técnicas de *marketing* no período eleitoral. Entende-se, contudo, que os conceitos podem ser aplicados a situações faticamente diferentes e que têm propósitos distintos e bem delimitados, sendo relevante, especialmente para o escopo deste trabalho, a delimitação conceitual.

Sob essa perspectiva, o *marketing* político tem a finalidade de construir uma carreira sólida e duradoura ao político e garantir longevidade na sua trajetória. Carlos Augusto Manhanelli há muito já defendia que o “trabalho pós-eleitoral é fundamental para que se consolide o posicionamento do político candidato” e

que, para tal concretização, deve-se utilizar de estratégia e de uma boa assessoria de comunicação e imprensa para destacar as atividades realizadas e procurar manter o político sempre próximo de sua base eleitoral (MANHANELLI, 1988, p. 87).

O *marketing* político envolve uma estratégia permanente de políticos e partidos políticos para influenciar a opinião pública em relação a valores e programas de governo, formação de lideranças e consolidação de uma base eleitoral. É um trabalho de base descentralizado e que se relaciona com a educação e a politização dos cidadãos, com a formação de pensamento crítico e com o exercício da cidadania.

O *marketing* político é:

uma estratégia permanente de aproximação do partido e do candidato com o cidadão em geral. Portanto, não apenas em épocas de eleições, gerando um esforço que, além de permanente, deverá ser sistemático e organizado e que perdurará durante todas as suas vidas. Fazer *marketing* político significa incluir a formação de futuros eleitores, ou seja, uma estratégia que vai abranger diferentes tipos de públicos, em vários segmentos socioculturais e faixa etária (GOMES, 2004, p. 27).

De outro lado, o *marketing* eleitoral é empregado pelo candidato e pelo partido político para vencer as eleições ou garantir notoriedade para objetivos políticos futuros. Nessa perspectiva, o candidato é um produto que deve ser conhecido e vendido ao eleitor, observando-se seus interesses e preferências.

Segundo Carlos Augusto Manhanelli,

campanha Eleitoral nada mais é do que um duelo em escala mais ampla. Cada candidato tenta, por meio de persuasão e cooptação, angariar um número de eleitores capaz de subjugar os outros candidatos, abatendo-os, a fim de torná-los incapazes de qualquer resistência (MANHANELLI, 1988, p. 13).

No período de campanha eleitoral, toda a aparição pública do candidato, ainda que no exercício do mandato, tem o propósito de viabilizar a sua reeleição.

Os discursos na tribuna da Casa Legislativa, os pareceres, os votos, as entrevistas, as manifestações em redes sociais. Todos os instrumentos de comunicação social institucional disponíveis ao parlamentar candidato, ainda que utilizados para conferir publicidade aos atos praticados no exercício da função legislativa, prestando contas ao seu eleitorado, convertem-se em instrumentos de *marketing* eleitoral, porque não há como dissociar o *marketing* político do *marketing* eleitoral no período de campanha. E isso ocorre porque, também para o eleitor, a imagem do parlamentar é única e são indissociáveis os papéis de senador ou deputado e candidato.

Segundo Lineide Salvador Mosca, o discurso político, em toda a sua diversidade, tem em seu conteúdo, de forma expressa ou latente, a conflituosidade e a disputa. Há em todo o discurso político uma parte adversa, que se pretende ver derrotada nas eleições (MOSCA, 2013, p. 206).

Durante a campanha eleitoral, o caráter eleitoreiro do discurso político acentua-se. Prova significativa disso é que, em ano eleitoral, a produção legislativa diminui, porque os parlamentares destinam parte de seu tempo para estar próximo às bases eleitorais, e não são discutidos e votados projetos de lei populares, porque os parlamentares temem que a assunção de posição política impopular possa influenciar negativamente o resultado das urnas (MAZUI, 2018).

Verifica-se, portanto, que tanto o *marketing* político quanto o *marketing* eleitoral desenvolvem-se a partir de planejamentos de *marketing*, mas com objetivos e limites espacial e temporal distintos.

A utilização dos recursos de comunicação institucional pelos parlamentares no desempenho da função legislativa amolda-se ao desenvolvimento de estratégias de *marketing* político, que objetivam manter e reforçar a imagem e a posição política do parlamentar e do seu partido político a médio e longo prazo, nos limites territoriais de sua representação política e, a depender das pretensões futuras de sua carreira política, ampliar o escopo para os âmbitos regional ou nacional. Parte dessa estratégia envolve a adequada publicidade do exercício do mandato eletivo e a demonstração do cumprimento de suas promessas de campanha perante o seu eleitorado.

Há, portanto, inegável convergência entre o conceito de *marketing* político e a concretização do princípio constitucional da publicidade dos atos estatais, em face do qual há que se disponibilizar ao povo, titular do poder político

soberano, instrumentos de fiscalização e de responsabilização daqueles a quem é outorgado o exercício dos poderes do Estado (*accountability*).

De outro lado, no período de campanha eleitoral, a utilização dos recursos de comunicação institucional das Casas Legislativas, pela impossibilidade real de se dissociarem a os papeis de parlamentar e candidato, instrumentaliza o desempenho da função legislativa em prol do *marketing* eleitoral, que objetiva a vitória nas eleições, em curtíssimo prazo, em espaço territorial delimitado e mediante o emprego de técnicas de persuasão agressivas e altamente sofisticadas, dirigidas aos cidadãos eleitores. Ainda que a comunicação institucional tenha, em tese, o propósito de divulgar a atividade parlamentar e prestar contas ao eleitor, na perspectiva do candidato toda e qualquer ação de *marketing* terá como finalidade a sua recondução ao mandato.

Esse conflito entre os princípios constitucionais republicano e da publicidade dos atos estatais, de um lado, e da igualdade entre candidatos no processo eleitoral, de outro, decorrente da não obrigatoriedade de afastamento do parlamentar para concorrer à reeleição ao mesmo cargo, ou a outro cargo no Poder Legislativo, foi objeto de ponderação pelo Poder Legislativo por meio da definição de regras que regem o processo eleitoral e que estabelecem restrições aos agentes públicos em ano eleitoral. E essas regras devem ser interpretadas de modo a evitar que a comunicação institucional das Casas Legislativas seja utilizada para o abuso do poder político, do poder econômico e do poder da mídia, em prejuízo à normalidade e à legitimidade das eleições.

4 – Campanhas eleitorais e as restrições ao exercício da função legislativa

Conforme tratado nos tópicos anteriores, o *marketing* eleitoral assume preponderância no planejamento estratégico do parlamentar candidato durante o período de campanha eleitoral, sobrepondo-se ao *marketing* político. Nesse contexto, os meios de comunicação institucional, que têm o propósito de assegurar a transparência do processo legislativo e de viabilizar a prestação de contas do mandato aos cidadãos, devem ser manejados observando-se as normas do processo eleitoral, evitando-se abusos de poder que acarretem violação à paridade de armas de pré-candidatos e candidatos, com violação dos bens jurídicos constitucionais da normalidade e da legitimidade das eleições.

A normalidade e a legitimidade do processo eleitoral são bens jurídicos fundamentais tutelados pela Constituição Federal e pelo Direito Eleitoral. A primeira relaciona-se à existência de verdadeira competição entre todas as forças políticas presentes na sociedade, sobretudo as minoritárias, e à observância do conjunto normativo vigente (das regras do jogo). A segunda relaciona-se à consagração do resultado da votação dos cidadãos-eleitores, que deve ser aceito como manifestação da vontade da maioria, porque obtido segundo o processo legalmente delineado (GOMES, 2018, p. 22-23). A legitimidade relaciona-se não apenas ao dever jurídico de respeito ao resultado das eleições, mas igualmente ao dever moral de aceitar a vontade da maioria como adequada e justa.

Nesse sentido, a igualdade entre candidatos pretende preservar a liberdade do cidadão na formação de sua convicção e na escolha de seus representantes, como manifestação plena da soberania popular. Para tanto, deve-se afastar ou restringir ao máximo a influência do poder econômico, do poder político e do poder da mídia no processo eleitoral.

Como visto, os Poderes Legislativos federal, estaduais, distrital e municipal dispõem de políticas de comunicação social institucionais, voltadas a viabilizar o exercício das funções típicas do Parlamento (a atividade legislativa e a atividade de fiscalização dos atos públicos), com elevado nível de publicidade e de participação da sociedade, e a assegurar a prestação de contas do mandato parlamentar por meio de instrumentos tecnológicos atuais e acessíveis pelos cidadãos.

Considerando que os exercentes de mandato eletivo não estão obrigados, pela Constituição e pela lei, a se desincompatibilizar da função pública para participar do processo eleitoral visando sua recondução, não apenas é legítimo, como também exigível, que os parlamentares exerçam suas competências com plenitude, inclusive durante o período eleitoral, respeitadas a Constituição, a legislação eleitoral e o Regimento Interno das respectivas Casas.

Extraí-se, como vetor interpretativo, que as atividades típicas de legislador são resguardadas a todos os parlamentares, mesmo em ano eleitoral. Nesse contexto, as restrições são excepcionais e dependem de expressa previsão normativa (constituição, leis, regimentos, resoluções e jurisprudência do TSE), o que abrange a interpretação sistemática e teleológica das normas nos casos em

que se possa verificar violação à igualdade entre concorrentes e, conseqüentemente, à normalidade e à legitimidade das eleições.

As normas aplicáveis aos parlamentares em ano eleitoral devem ser analisadas a partir de dois marcos temporais principais: o período de pré-campanha eleitoral e o período de campanha eleitoral, considerando que são significativamente distintas as exigências legais e jurisprudenciais aplicáveis a esses períodos. Neste artigo, a análise restringe-se ao período de campanha eleitoral, em que as técnicas de *marketing* eleitoral assumem indiscutível preponderância na atividade política do candidato à reeleição.

4.1 – Função legislativa e propaganda eleitoral na televisão e no rádio

A propaganda eleitoral é a “propaganda política destinada ao convencimento do eleitorado, a fim de angariar votos e vencer o certame eleitoral, seja pelo sistema majoritário, seja pelo proporcional” (PEREIRA; MOLINARO, 2014. p. 77). Como a legislação eleitoral tem a finalidade de assegurar a normalidade e a legitimidade das eleições, coibindo o abuso de poder econômico, o abuso de poder decorrente de cargo ou função públicos e o abuso dos meios de comunicação social, são estabelecidas regras sobre a propaganda eleitoral para minimizar os riscos de desequilíbrio entre os concorrentes.

A igualdade de oportunidades entre candidatos possui uma dimensão formal e uma dimensão material. Materialmente, procura-se assegurar, na maior medida possível, iguais oportunidades a todos os candidatos para realizarem a divulgação de suas candidaturas e de seus programas políticos durante o período de campanha eleitoral. De outro lado, a própria lei assegura critérios diferenciados para a distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita e dos recursos do fundo partidário e do fundo eleitoral segundo o critério de proporcionalidade de cadeiras das legendas a Câmara dos Deputados. Trata-se, sob essa perspectiva, de uma igualdade meramente formal, ou seja, nos termos das regras previstas na legislação, mas que, na prática, confere maior tempo de televisão e de rádio e mais recursos públicos aos partidos políticos que possuem maior representação na Câmara dos Deputados.

Não obstante, e segundo o prescrito na legislação eleitoral, tem-se como norte o tratamento igualitário no momento de veiculação de programas, propostas e ideias, resguardando-se em alguma medida a participação das mi-

norias e dos partidos políticos novos ou com menor representação política na Câmara dos Deputados.

Nesse contexto, o período de propaganda eleitoral inicia-se em 16 de agosto do ano das eleições (art. 36 da Lei nº 9.504/97). Se, antes dessa data, há ampla liberdade de expressão de opiniões, projetos e programas políticos, inclusive pelos pré-candidatos, restringindo-se apenas o pedido explícito de votos a partir do início da campanha eleitoral, há enorme dificuldade de se separar o *marketing* eleitoral do *marketing* político. Pressupõe-se, assim, que o candidato, em todas as suas ações e suas manifestações no período de campanha eleitoral, busca sua promoção pessoal e busca convencer o eleitorado de que é o mais apto para o exercício do cargo em disputa, ainda que esteja no exercício legítimo do mandato parlamentar.

Todas as ações do parlamentar têm consequências, especialmente em período de campanha eleitoral. Pragmaticamente, não há como dissociar desempenho da função legislativa e *marketing* eleitoral. Para o planejamento estratégico da campanha eleitoral, toda a divulgação dos atos do parlamentar nesse período tem o objetivo de colocá-lo em posição de destaque e de demonstrar que ele é o candidato mais apto para o cargo eleitoral em disputa.

Como as normas constitucionais e eleitorais não exigem a desincompatibilização para a recondução do parlamentar, há que se compatibilizar o desempenho da função com as atividades de campanha eleitoral, sem inviabilizar um ou outro, mas evitando – ao máximo – a desigualdade de oportunidades entre concorrentes.

É justamente por isso que a legislação estabelece regras sobre o tempo e o modo de utilização dos meios de comunicação social pelos candidatos, do que resultam restrições para a utilização dos instrumentos de comunicação social institucionais, para que não se constituam em vantagem competitiva dos parlamentares candidatos em relação aos demais candidatos.

Se, no período de pré-campanha, a regra é a ampla possibilidade de utilização dos meios de comunicação social, inclusive institucionais, vedando-se apenas o pedido explícito de votos, iniciada a campanha eleitoral os meios de comunicação social somente podem ser utilizados pelos candidatos nos limites do permissivo legal e, quanto à comunicação institucional, somente poderá ser utilizada para a prática de atos legislativos propriamente ditos.

Segundo a Lei das Eleições, a propaganda eleitoral no rádio e na televi-

são restringe-se ao horário eleitoral gratuito, vedando-se qualquer forma de propaganda política paga (art. 36, § 2º, e art. 44 da Lei nº 9.504/97), com o intuito de evitar que o candidato que dispõe de maiores recursos de campanha tenha vantagem competitiva em relação aos demais candidatos.

Como regra, portanto, o candidato somente pode se utilizar da televisão e do rádio durante o tempo de propaganda eleitoral gratuita. Entretanto não há como impedir a transmissão ao vivo das sessões plenárias ou das reuniões das comissões das Casas Legislativas na televisão, no rádio e na *internet*, porquanto exigência democrática de publicidade da atividade legislativa, que se estende a todos os parlamentares, candidatos ou não.

Nesse sentido, a interpretação sistemática e teleológica das normas constitucionais e infraconstitucionais impõe concluir que ao parlamentar candidato à reeleição está vedada a propaganda eleitoral paga no rádio e na televisão e está autorizada a propaganda eleitoral gratuita, transmitida em cadeia nacional, bem como a exposição na televisão, no rádio e na *internet* durante a *transmissão ao vivo* das sessões plenárias e das reuniões de comissões para o exercício da atividade legislativa.

Eventual propaganda eleitoral irregular realizada por parlamentar, em benefício próprio ou de outro candidato, durante a atividade legislativa, deve ser coibida pelo Presidente da sessão ou da comissão nos termos regimentais, sem prejuízo da transmissão ao vivo.

De outro lado, a *retransmissão das sessões plenárias e das reuniões das comissões na televisão e no rádio*, que muitas vezes atende a um propósito de complementar a grade de programação das emissoras das Casas Legislativas, acaba por promover uma exposição excessiva do parlamentar candidato, uma vez que, pela regra, no período de campanha eleitoral, a utilização do rádio e da televisão restringe-se à propaganda eleitoral gratuita.

Essa impossibilidade de retransmissão dos trabalhos legislativos não tem previsão específica na legislação eleitoral, mas decorre de interpretação a *contrario sensu do caput* do art. 44 e dos incisos III e IV do art. 45 da Lei nº 9.504/97. Esse dispositivo veda às emissoras de rádio e televisão em sua programação normal ou em seu noticiário, a partir do encerramento do prazo para a realização das

convenções partidárias (a partir de 6 de agosto do ano eleitoral), *veicular propaganda política*³ e *dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação*.

Isso não significa que os candidatos estejam imunes à crítica jornalística favorável ou contrária, a sátiras, charges ou programas humorísticos sobre temas político-eleitorais, inclusive quando veiculados na televisão ou no rádio, porquanto prevalece a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, a liberdade de informação e a liberdade de comunicação, conforme se depreende do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451 pelo Supremo Tribunal Federal. Eventuais condutas ilícitas ensejam responsabilização, inclusive perante a Justiça Eleitoral, mas nunca a censura prévia.

Mas a recomendação de que não haja retransmissão dos trabalhos legislativos decorre de uma interpretação sistemática e teleológica das normas que dispõem sobre a propaganda política no rádio e na televisão, já que pretendem afastar a interferência do poder político, do econômico e do poder da mídia no processo eleitoral e assegurar maior igualdade de oportunidades entre os concorrentes ao pleito.

Como já afirmado anteriormente, o princípio da igualdade tem uma dimensão mais formal que material, já que a divisão do tempo de rádio e de televisão na propaganda eleitoral e a participação dos candidatos nos debates realizados pelas emissoras observam um critério expressamente fixado na lei, e que não assegura a igualdade plena entre candidatos (para os debates, por exemplo, o art. 46 da Lei nº 9.504/1997 estabelece a obrigatoriedade de participação de candidatos de partidos que tenham representação no Congresso Nacional de, no mínimo, cinco parlamentares).

³ O art. 45, inc. III, da Lei nº 9.504/97 veda às emissoras de rádio e televisão “veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”. Por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI 4.451, declarou-se inconstitucional a parte final do citado dispositivo, juntamente com o inciso II do mesmo artigo, vedando-se qualquer forma prévia de restrição da liberdade de manifestação do pensamento e de crítica no período eleitoral. Eis a ementa da decisão: “[...] 2. *A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva.* 3. *São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral.* [...] 6. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III (na parte impugnada) do artigo 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo” (grifos nossos).

Ocorre que a transmissão ao vivo na televisão e no rádio dos atos legislativos constitui forma constitucionalmente autorizada de desigualar as oportunidades de exposição e de convencimento do candidato parlamentar ao eleitor. Nesse contexto, a possibilidade de *retransmissão* da atividade legislativa em datas e horários variados, a critério das emissoras de televisão e rádio das Casas Legislativas, tem a potencialidade de ampliar demasiadamente o acesso do parlamentar candidato aos meios de comunicação institucional, com o risco de configurar propaganda eleitoral em desconformidade com as prescrições legais.

Não se pode esquecer que a televisão e o rádio têm enorme poder de difusão e de influência e que são serviços públicos concedidos pelo poder público federal para o atendimento de uma finalidade pública. Não podem ser empregados em prol de candidaturas e devem pautar sua programação pela imparcialidade (GOMES, 2015, p. 421).

Em reforço a essa interpretação, o art. 24, inc. III, da Lei nº 9.504/97 veda que partidos ou candidatos recebam doação, por qualquer meio, *inclusive publicidade de qualquer espécie*, proveniente de concessionárias e permissionárias de serviço público. Com a decisão do Supremo Tribunal Federal que entendeu inconstitucional o financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas (ADI nº 4.650), essa vedação perdeu a sua eficácia. Entretanto a proibição legal demonstra a clara preocupação do legislador em evitar que o poder da mídia e o poder econômico das emissoras de televisão e rádio sejam fatores determinantes na formação da convicção do eleitor, preocupação essa que também se reproduz em outros dispositivos da Lei das Eleições (art. 44, 45, 46 e 47 da Lei nº 9.504/97).

E o mesmo art. 24, em seu inciso II, estabelece essa vedação de que partidos ou candidatos recebam doação, por qualquer meio, inclusive publicidade de qualquer espécie, *de órgão da Administração Pública Direta e Indireta* ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público.

Nesse sentido, a exposição excessiva de parlamentar candidato pelas emissoras de televisão e rádio das Casas Legislativas mediante *retransmissão* das sessões e reuniões de comissões e outras atividades legislativas pode caracterizar uso abusivo dos meios de comunicação institucional e violação da igualdade entre candidatos parlamentares e não parlamentares.

Como há, na *internet*, um espaço mais livre para a circulação de mídias sociais, não se impõe, a princípio, a retirada do conteúdo das sessões plenárias e reuniões de comissões divulgadas ao vivo e simultaneamente na televisão, na rádio e em plataformas da *internet* (*YouTube*, por exemplo), para posterior visualização no ambiente virtual. Entretanto, verificando-se que houve propaganda

eleitoral irregular realizada por parlamentar ao vivo, durante a atividade legislativa, em benefício próprio ou de outro candidato, há vedação legal de sua divulgação ou veiculação posterior por qualquer outro meio de comunicação social, fato que pode acarretar a responsabilização perante a Justiça Eleitoral do próprio parlamentar, dos diretores dos órgãos de comunicação social institucional e dos beneficiários, caso comprovado o seu prévio conhecimento.

4.2 – Função legislativa e realização de debates e entrevistas com parlamentares candidatos

Os debates são amplamente realizados por emissoras de rádio e de televisão em período de campanha eleitoral e têm grande relevância para a formação da vontade política do eleitor. Nos debates, os candidatos são abordados sobre temas de interesse nacional ou regional e podem fazer perguntas uns aos outros, ressaltando convergências e divergências políticas, ações realizadas durante o exercício de cargos eletivos e propostas para problemas de interesse geral.

Sob essa perspectiva, os debates são fundamentais para o aprimoramento da democracia, porque trazem uma quantidade significativa de informações que possibilitam o esclarecimento do cidadão eleitor e um processo mais consciente de tomada de decisão.

A Lei nº 9.504/1997, em seu art. 46,⁴ prevê expressamente a possibilidade de as emissoras de televisão e rádio (institucionais ou privadas) realizarem debates

⁴ “Art. 46. Independentemente da veiculação de propaganda eleitoral gratuita no horário definido nesta Lei, é facultada a transmissão por emissora de rádio ou televisão de debates sobre as eleições majoritária ou proporcional, assegurada a participação de candidatos dos partidos com representação no Congresso Nacional, de, no mínimo, cinco parlamentares, e facultada a dos demais, observado o seguinte: I – nas eleições majoritárias, a apresentação dos debates poderá ser feita: a) em conjunto, estando presentes todos os candidatos a um mesmo cargo eletivo; b) em grupos, estando presentes, no mínimo, três candidatos; II – nas eleições proporcionais, os debates deverão ser organizados de modo que assegurem a presença de número equivalente de candidatos de todos os partidos e coligações a um mesmo cargo eletivo, podendo desdobrar-se em mais de um dia; III – os debates deverão ser parte de programação previamente estabelecida e divulgada pela emissora, fazendo-se mediante sorteio a escolha do dia e da ordem de fala de cada candidato, salvo se celebrado acordo em outro sentido entre os partidos e coligações interessados. § 1º Será admitida a realização de debate sem a presença de candidato de algum partido, desde que o veículo de comunicação responsável comprove havê-lo convidado com a antecedência mínima de setenta e duas horas da realização do debate. § 2º É vedada a presença de um mesmo candidato a eleição proporcional em mais de um debate da mesma emissora. § 3º O descumprimento do disposto neste artigo sujeita a empresa infratora às penalidades previstas no art. 56. § 4º O debate será realizado segundo as regras estabelecidas em acordo celebrado entre os partidos políticos e a pessoa jurídica interessada na realização do evento, dando-se ciência à Justiça Eleitoral. § 5º Para os debates que se realizarem no primeiro turno das eleições, serão consideradas aprovadas as regras, inclusive as que definam o número de participantes, que obtiverem a concordância de pelo menos 2/3 (dois terços) dos candidatos aptos, no caso de eleição majoritária, e de pelo menos 2/3 (dois terços) dos partidos ou coligações com candidatos aptos, no caso de eleição proporcional”.

com candidatos às eleições majoritárias e proporcionais, assegurada a participação de candidatos dos partidos com representação no Congresso Nacional de, no mínimo, cinco parlamentares, e facultada a participação de parlamentares com representação inferior. Estabelecem-se outras regras de participação, tendo-se como norte a garantia de tratamento igualitário entre candidatos, segundo as diretrizes legais.

É possível, portanto, que os parlamentares candidatos participem de debates em emissoras de televisão e rádio, desde que essas emissoras observem as regras eleitorais para a realização dos debates, de modo a convidar obrigatoriamente os candidatos cujos partidos estejam contemplados no critério de representação partidária do Congresso Nacional.

Quanto à *entrevista* com candidatos, a Lei das Eleições não veda a sua realização. A entrevista com pré-candidatos está expressamente autorizada (art. 36-A, inc. I, da Lei nº 9.504/97) e, embora não haja autorização expressa para a sua realização no período de campanha eleitoral, não parece haver sentido em sua vedação, já que são permitidos (e incentivados) os debates entre candidatos. As entrevistas também têm o propósito de divulgar opiniões e programas político-partidários, fomentando o debate crítico entre candidatos e cidadãos para o exercício consciente da soberania popular pelo voto.

Desse modo, admite-se a realização de entrevistas nas emissoras de televisão e rádio institucionais ou privadas com parlamentares candidatos, desde que assegurada a igualdade de oportunidade a todos os candidatos, evitando-se que as emissoras de televisão e rádio encampem a candidatura de um ou alguns deles, conferindo-lhes privilégio de acesso aos meios de comunicação. A igualdade de oportunidades deve se dar, no caso, por aplicação analógica do critério de proporcionalidade legalmente previsto para os debates de candidatos, nos termos do art. 46 da Lei nº 9.504/1997.

4.3 – Função legislativa e cobertura jornalística na campanha eleitoral

O rigor da Lei das Eleições quanto à regulamentação da propaganda eleitoral no rádio e na televisão não se estende à atividade de jornalismo, seja ela impressa, seja ela veiculada na *internet*, ou mesmo no rádio e na televisão. Isso porque a liberdade de informação jornalística não pode sofrer qualquer tipo de embaraço, qualquer que seja o veículo de comunicação social, nem se submete a censura política ou ideológica ou a autorização prévia, conforme art. 220, parágrafos 1º, 2º e 6º, da Constituição Federal.

Quanto aos jornais impressos ou virtuais, há que se considerar, ainda, que não consubstanciam serviço objeto de concessão, permissão ou autorização do poder público, como a rádio e a televisão (art. 223 da Constituição Federal). Os jornais se inserem em ramo privado de exploração comercial, dispondo assim

de maior liberdade de informação e de expressão de opiniões por parte dos jornalistas e do corpo editorial.⁵

Ademais, para o meio impresso de comunicação, e sua reprodução na *internet*, autoriza-se a veiculação paga de propaganda eleitoral, observadas as condicionantes do art. 43 da Lei nº 9.504/97.⁶

No caso da cobertura jornalística realizada por órgão de comunicação social institucional, tem-se como regra atividade de jornalismo apartidária, imparcial e não opinativa, de modo que não se há cogitar de propaganda eleitoral, muito menos paga. Prevalece, no caso, a liberdade de informação e comunicação para a definição da linha editorial e das matérias pautadas, que podem se relacionar à atividade legislativa de parlamentares candidatos e de parlamentares não candidatos.

O direcionamento da cobertura jornalística para favorecer parlamentar candidato,⁷ mediante publicidade excessiva que possa evidenciar abuso de poder da mídia por desvio de finalidade na utilização dos recursos de comunicação social institucional (recursos públicos),⁸ pode acarretar a responsabilidade do jornalista,

³ “[...] II – A diversidade de regimes constitucionais aos quais submetidos, de um lado, a imprensa escrita – cuja atividade independe de licença ou autorização (CF, art. 220, § 6º) –, e, de outro, o rádio e a televisão – sujeitos à concessão do poder público – se reflete na diferença marcante entre a série de restrições a que estão validamente submetidos os últimos, por força da legislação eleitoral, de modo a evitar-lhes a interferência nos pleitos, e a quase total liberdade dos veículos de comunicação escrita. [...]”

⁶ “Art. 43. São permitidas, até a antevéspera das eleições, a divulgação paga, na imprensa escrita, e a reprodução na *internet* do jornal impresso, de até 10 (dez) anúncios de propaganda eleitoral, por veículo, em datas diversas, para cada candidato, no espaço máximo, por edição, de 1/8 (um oitavo) de página de jornal padrão e de 1/4 (um quarto) de página de revista ou tabloide. § 1º Deverá constar do anúncio, de forma visível, o valor pago pela inserção. § 2º A inobservância do disposto neste artigo sujeita os responsáveis pelos veículos de divulgação e os partidos, coligações ou candidatos beneficiados a multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou equivalente ao da divulgação da propaganda paga, se este for maior”.

⁷ “ELEIÇÕES 2016. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO. AIJE. ABUSO DE PODER. USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. JORNAL. REPORTAGEM. DESTAQUE DESIGUAL DE CANDIDATOS. TIRAGEM REDUZIDA. FATO GRAVE. DESCARACTERIZAÇÃO. EQUILÍBRIO E LEGITIMIDADE DO PLEITO PRESERVADOS. [...] 2. O Tribunal de origem concluiu que a edição do jornal Taioibeiras Informa de setembro de 2016, apesar de ter sido tendenciosa ao divulgar de forma desigual as candidaturas aos cargos de prefeito e vice-prefeito do Município da Taiobeiras/MG nas eleições de 2016, não foi grave o suficiente para afetar o equilíbrio e a legitimidade do pleito, dada a diminuta tiragem, restrita a uma única edição, e a baixa circulação e repercussão local. [...] Negado provimento ao agravo interno” (grifos nossos).

⁸ “[...] 6. Os veículos impressos de comunicação podem assumir posição favorável em relação a determinada candidatura, inclusive divulgando atos de campanha e atividades parlamentares, sem que isso caracterize, por si só, uso indevido dos meios de comunicação social, devendo ser punidos pela Justiça Eleitoral os eventuais excessos. 7. Apesar de o jornal pertencer ao Governo da Paraíba e receber recursos públicos, circunstâncias que não de estreitar as balizas para a liberdade de imprensa, porquanto não se poderia admitir que um veículo de comunicação estatal fosse utilizado deliberadamente como instrumento para favorecer determinada campanha, o conjunto fático-probatório não ostenta os elementos necessários a assim emoldurar as condutas descritas na inicial, tampouco a revelar gravidade suficiente para a imposição das penalidades que a espécie comporta. [...] 9. Inexistência de acervo probatório seguro a demonstrar o uso abusivo de um canal público de comunicação (jornal) em prol de determinada candidatura e em detrimento de outra, assim como ausência de condutas vedadas consistentes no uso de bem público e na coação de servidores do Estado.[...]” (grifos nossos).

do diretor do órgão de comunicação social e do próprio parlamentar beneficiário, caso provado que ele tinha prévio conhecimento do seu favorecimento.

Também se pode verificar desvio de finalidade na cobertura jornalística, institucional ou privada, quando a liberdade de informação convola-se em propaganda eleitoral negativa de adversário político, quando resta comprovado o vínculo entre o meio de comunicação e o candidato favorecido ou quando a liberdade de informação serve para veicular informação sabidamente inverídica em relação a candidato ou mensagens difamatórias, caluniosas e injuriosas contra candidatos.

Em situações excepcionais como as citadas acima, a liberdade de cobertura jornalística é utilizada como subterfúgio para desequilibrar a paridade entre os concorrentes ao cargo eletivo, podendo caracterizar abuso de poder da mídia e, em alguns casos, abuso de poder econômico e de poder político conjuntamente, com prejuízo à normalidade e à legitimidade das eleições. A responsabilidade dos envolvidos e dos beneficiários dependerá das circunstâncias do caso concreto e da demonstração de que houve efetivamente desequilíbrio na disputa eleitoral, especialmente para o fim de cassar o mandato outorgado pelo voto popular.

Quanto à cobertura jornalística institucional, ressalva-se a obrigação de utilização dos bens e serviços das Casas Legislativas nos limites das previsões regulamentares e regimentais (art. 73, inciso II, da Lei nº 9.504/1997), evitando-se desvio de finalidade para privilegiar parlamentar candidato ao pleito, situação que, embora não seja passível de censura prévia, pode ser objeto de posterior responsabilização (art. 22 da LC nº 64/90).

4.4 – Função legislativa e mídias virtuais na campanha eleitoral

Em período de campanha eleitoral, prevalece a liberdade de informação, a liberdade de comunicação e a liberdade de expressão na utilização de *sites*, portais, *blogs* e mídias sociais. Conforme dispõe o art. 57-D da Lei das Eleições, *é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral, por meio da rede mundial de computadores – internet, garantindo-se ao candidato lesado o direito de resposta.*

Nesse sentido, não se pode restringir a manifestação do pensamento de cidadão eleitor identificado ou identificável na *internet*, seja qual for o meio

de comunicação utilizado, admitindo-se a limitação por determinação judicial somente nos casos em que verificada a ofensa à honra de candidatos ou a divulgação de fatos sabidamente inverídicos sobre candidatos.⁹

Em atenção aos princípios constitucionais da liberdade de informação e de expressão, como regra jornais e revistas virtuais têm ampla liberdade para publicar matérias contendo opiniões favoráveis e desfavoráveis a candidatos, partidos ou coligações e a realizar entrevistas, desde que a veiculação tenha caráter exclusivamente jornalístico, sem contraprestação pecuniária e sem que a linha editorial faça uma opção por promover uma ou mais candidaturas.

A cobertura jornalística virtual não se confunde com propaganda eleitoral na *internet*, que somente pode ser realizada nos limites do art. 57-B da Lei nº 9.504/97, ou seja, em sítio do candidato, partido ou coligação, desde que hospedado em provedor de serviço de *internet* estabelecido no País e previamente comunicado à Justiça Eleitoral; por mensagem eletrônica para endereços gratuitamente cadastrados pelo candidato, partido ou coligação e; por blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de *internet* assemelhadas, desde que o conteúdo seja gerado ou editado por candidato, partido ou coligação ou pessoa natural, vedada a esta a contratação de impulsionamento de conteúdo.

É, inclusive, *vedada a veiculação de propaganda eleitoral paga na internet*, ressalvada a contratação de impulsionamento de conteúdos, devidamente identificados e contratados exclusivamente por partidos, coligações ou candidatos e seus representantes. Mais do que isso, *é vedada*, ainda que gratuitamente, a veiculação de propaganda eleitoral em sítios de pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, *e em sítios oficiais* ou hospedados por *órgãos ou entidades da Administração Pública Direta ou Indireta da União, dos estados, Distrito Federal e Municípios* (art. 57-C da Lei nº 9.504/97).

⁹ Para as eleições de 2018, esse assunto foi disciplinado pelo Tribunal Superior Eleitoral no art. 22, §§ 1º e 2º, e art. 33 da Resolução TSE nº 23.551/2017. Veja-se, a respeito, precedente do Tribunal Superior Eleitoral: “ELEIÇÕES 2014. AGRADO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL NEGATIVA. BLOG. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESPROVIMENTO. 1. *As opiniões políticas divulgadas nas novas mídias eletrônicas, sobretudo na internet, recebem proteção especial, em virtude da garantia constitucional da livre manifestação do pensamento.* 2. *A teor da jurisprudência desta Corte, a livre manifestação do pensamento, veiculada nos meios de divulgação de informação disponíveis na internet, somente estará passível de limitação nos casos em que houver ofensa a honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos.* 3. Agravo regimental desprovido” (grifos nossos).

A vedação legal aplica-se aos sítios oficiais das Casas do Poder Legislativo e abarca todas as páginas que podem ser acessadas com base na mesma raiz, a partir de links, como agências de notícias, *Twitter*, *YouTube*, *Facebook*, *Instagram*, jornal virtual, televisão, rádio, fotografias, e outros recursos multimídia, inclusive o *perfil dos parlamentares*, em relação aos quais não se admite a veiculação institucional de qualquer espécie de propaganda eleitoral.

Excepciona-se à vedação legal apenas o *site* pessoal do parlamentar candidato, de responsabilidade sua, do partido ou da coligação, e desde que não seja possível o redirecionamento a partir do perfil institucional do parlamentar. Caso seja possível o redirecionamento, pode-se caracterizar, a depender das circunstâncias do caso concreto, propaganda eleitoral irregular e uso abusivo dos meios institucionais de comunicação social. Há, sobre a matéria, posicionamento consolidado do Tribunal Superior Eleitoral.¹⁰

A vedação de propaganda eleitoral em sítio oficial, diretamente ou mediante *link* de acesso, também é aplicável aos casos de propaganda eleitoral negativa, ensejando a responsabilidade dos responsáveis pela divulgação e dos beneficiários, caso provado o seu prévio conhecimento do ilícito eleitoral.

Um aspecto relevante da utilização de diferentes mídias virtuais de comunicação institucional é a possibilidade de interação, em tempo real, com os cidadãos usuários, que têm ampla liberdade de expressão em plataformas como *Twitter*, *Instagram*, *YouTube*, etc. Em período de campanha eleitoral, é possível que o conteúdo das manifestações postadas pelos cidadãos caracterize ato ilícito (ofensa à honra de candidato, por exemplo), contenha fato inverídico sobre candidato ou configure excessiva promoção pessoal de candidato em sítio oficial (ou em *link* dele decorrente), configurando propaganda eleitoral irregular.

Nesses casos, ainda que a manifestação esteja alocada em sítio, plataforma, mídia social ou canal institucional das Casas Legislativas, a responsabilidade pelo seu conteúdo é exclusiva do cidadão (sujeito comunicante), que

¹⁰ “ELEIÇÕES 2014. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. SÍTIO ELETRÔNICO DE ÓRGÃO PÚBLICO. PRÉVIO CONHECIMENTO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. 1. É vedada a veiculação de propaganda eleitoral em página oficial de órgão público, até mesmo mediante a divulgação de endereço eletrônico que redirecione o usuário ao conteúdo da publicidade, conforme preceitua o art. 57-C, § 1º, inciso II, da Lei nº 9.504/1997 [...]” (grifos nossos).

tem o direito fundamental de liberdade de pensamento e de expressão, vedado o anonimato (art. 5º, inc. IV, da Constituição Federal e art. 57-D da Lei nº 9.504/97). E essa liberdade somente poderá ser cerceada por determinação da Justiça Eleitoral (ou excepcionalmente pela atuação direta dos provedores de serviço), uma vez comprovada a ofensa à honra de terceiros ou a divulgação de fatos sabidamente inverídicos (art. 5º, inc. V e X, da Constituição Federal e art. 57-D e art. 58 da Lei nº 9.504/97).

Num ambiente virtual de primazia da liberdade de expressão e de informação, não há previsão legal de controle dos conteúdos postados *pelos cidadãos* por parte de servidores e diretores dos órgãos de comunicação social institucional, muito menos de qualquer responsabilidade pessoal por violação à legislação eleitoral. Em relação aos cidadãos, prevalece a liberdade de pensamento e de expressão, vedada a censura prévia e o anonimato, viabilizando-se, neste caso, a responsabilização do autor da postagem em caso de ilicitude e o direito de resposta do candidato prejudicado.¹¹

Os provedores de *internet* podem ser obrigados, por determinação judicial, a retirar o conteúdo ofensivo, inclusive com fixação de multa por eventual descumprimento, mas não há previsão legal de aplicação de multa pela divulgação do conteúdo ilícito perante a Justiça Eleitoral, quando identificada a pessoa

¹¹ Sobre o direito de resposta, inclusive em mídia virtual, citam-se os seguintes precedentes do Tribunal Superior Eleitoral: “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2016. PROPAGANDA ELEITORAL NEGATIVA. FACEBOOK. ANONIMATO. INEXISTÊNCIA. MULTA DO ART. 57-D DA LEI 9.504/97. INAPLICABILIDADE. [...] PROVIMENTO. REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA. RESTABELECIMENTO DO ACÓRDÃO REGIONAL. 1. Nos termos do art. 57-D da Lei 9.504/97, “é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato durante a campanha eleitoral, por meio da rede mundial de computadores – *Internet*”, sujeitando-se o infrator à pena de multa de R\$5.000,00 a R\$30.000,00. 2. Na espécie, não sendo anônima a postagem de vídeo em página da rede social Facebook (na qual se veiculou vídeo em tese ofensivo a candidato), descabe sancionar o agravante com base no referido dispositivo, impondo-se a manutenção do aresto a quo. 3. A inaplicabilidade do referido dispositivo a manifestações cuja autoria é sabida não significa permitir que se veicule propaganda ofensiva à honra de candidatos, havendo previsão de outras medidas judiciais para cessar o ilícito, a exemplo do direito de resposta (art. 58 da Lei 9.504/97). 4. Agravo regimental provido para, reformando-se a decisão monocrática, restabelecer o acórdão do TRE/MG e, por conseguinte, a improcedência dos pedidos” (grifos nossos). No mesmo sentido: “[...] 1. O Twitter se insere no conceito de ‘sítios de mensagens instantâneas e assemelhados’, previsto no art. 57-B da Lei 9.504/97, e é alcançado pela referência a ‘qualquer veículo de comunicação social’ contida no art. 58 da Lei das Eleições. 2. O direito de resposta em razão de mensagem postada no Twitter é cabível. [...]” (grifos nossos).

física ou jurídica que realizou a postagem.¹² Mantém-se, nesse caso, a responsabilidade pelo ilícito eleitoral de quem realizou a postagem do conteúdo e do beneficiário, caso provado o prévio conhecimento.

Por fim, quanto aos *debates virtuais*, o art. 45, § 3º, da Lei nº 9.504/97, que prescreve condutas vedadas às emissoras de rádio e televisão em campanha eleitoral, determinava fossem observadas iguais vedações às empresas de comunicação social na *internet*. Esse parágrafo foi revogado pela Lei nº 12.034/2009, do que se infere não haver vedação legal de tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação quando da realização de debates virtuais, ou seja, transmitidos unicamente pela *internet*.

No mesmo sentido, o parágrafo primeiro do art. 57-D da Lei nº 9.504/97, que continha norma permissiva do debate na *internet*, observadas as regras do art. 46 da mesma Lei, foi vetado pelo Presidente da República, sob o fundamento de que a *internet* é um ambiente livre para manifestação do pensamento, sendo indevida e desnecessária a regulamentação do seu conteúdo relativamente à atividade eleitoral.

Significa que não são aplicáveis aos debates transmitidos exclusivamente em meio virtual as regras de convocação obrigatória de candidatos de partidos ou coligações com representação de, no mínimo, cinco parlamentares no Congresso Nacional, facultada a convocação dos candidatos de partidos que não observam os requisitos legais. Portanto, os debates virtuais não estão submetidos ao dever de tratamento isonômico entre candidatos e às regras do art. 46 da Lei nº 9.504/97.¹³

¹² “ELEIÇÕES 2008. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR. VEICULAÇÃO DE OPINIÃO DEGRADANTE OU DESFAVORÁVEL À CANDIDATA EM SÍTIO ELETRÔNICO. Recursos de Marta Teresa Suplicy e Coligação Uma Nova Atitude e do Ministério Público Eleitoral. [...] 2. O Tribunal Regional, ao analisar as provas, concluiu estar configurada propaganda eleitoral degradante ou desfavorável à candidata e, ante a ausência de previsão legal, não ser possível a aplicação de multa à Google Brasil Internet Ltda. Não merece reparo o entendimento regional de afastar a multa prevista no § 2º do art. 45 da Lei nº 9.504/1997, sobretudo se considerado o caráter restritivo da norma, inviabilizando eventual interpretação extensiva, [...] 7. Insubistência de aplicação de multa. Reconhecimento da responsabilidade da Google Brasil Internet Ltda., o que autorizaria a aplicação de eventual astreinte na hipótese de descumprimento de ordem judicial para remoção dos vídeos de teor degradante ou desfavorável à candidata. 8. Decisão agravada mantida pelos próprios fundamentos. Agravo regimental desprovido. (grifos nossos).

¹³ “ELEIÇÕES 2010. INTERNET. ENTREVISTA. TRATAMENTO ISONÔMICO. As regras previstas no art. 45 da Lei 9.504/97 não se aplicam aos sítios da internet, pois a norma é dirigida às emissoras de rádio e televisão” (grifo nosso).

Isso não afasta, contudo, a responsabilidade de organizadores por eventuais situações de abuso do poder da mídia, conjuntamente ou não com o abuso de poder político e poder econômico, quando comprovado que houve desequilíbrio entre concorrentes, com prejuízo à normalidade e à legitimidade das eleições.

Desse modo, muito embora não haja uma obrigação legal de tratamento isonômico, é recomendável que haja representatividade adequada dos concorrentes no debate virtual e que as regras sejam definidas de comum acordo entre os partidos políticos ou coligações e a pessoa jurídica promotora do debate virtual, observando-se um critério objetivo ou mesmo, por analogia, o critério de representatividade disposto no art. 46 da Lei nº 9.504/97.

5 – Conclusão

Este artigo analisou o conflito entre o pleno exercício da função legislativa, que exige a transparência dos atos estatais e o dever de prestação de contas aos cidadãos, de um lado, e o princípio da igualdade de condições entre candidatos ao pleito eleitoral, de outro, considerando que o parlamentar em campanha para reeleição a outro cargo do Poder Legislativo não está obrigado a se afastar do mandato e tem a sua disposição diversos recursos de comunicação social destinados ao *marketing* político institucional.

A questão posta é complexa porque, durante o período de campanha eleitoral, não há como dissociar as estratégias de *marketing* político institucional e de *marketing* eleitoral na perspectiva do parlamentar candidato. Muito embora a comunicação social institucional paute-se, como regra, por uma atuação impessoal, apartidária e não opinativa, o parlamentar candidato tem o claro objetivo de promoção pessoal, com fins eleitorais, em toda mídia social que envolva a sua atividade político-partidária, independentemente do seu veículo de divulgação (televisão, rádio, jornal impresso, jornal virtual, redes sociais, etc.).

Há, portanto, um conflito entre princípios constitucionais: o princípio da publicidade, mais especificamente a publicidade da atividade legislativa, e o princípio da igualdade entre candidatos no processo eleitoral. E diante desse conflito, há que se realizar uma ponderação entre os bens jurídicos tutelados para que se possa assegurar a máxima eficácia jurídica e social desses princípios, garantindo-se a normalidade e a legitimidade das eleições.

A acomodação entre os princípios constitucionais da publicidade e da igualdade entre candidatos foi objeto de conformação legislativa em diversos dispositivos da Constituição e da legislação eleitoral, que coíbem expressamente o abuso de poder político, o abuso de poder econômico e o abuso de poder dos meios de comunicação social, além de estabelecerem condutas vedadas a agentes públicos e diversas regras para o exercício regular da propaganda eleitoral.

No período de campanha eleitoral, o rigor da legislação eleitoral acentua-se, especialmente quanto à divulgação de propaganda eleitoral no rádio e na televisão, pelo elevado alcance de que dispõem esses meios de comunicação em massa. Desse modo, ainda que o parlamentar candidato à reeleição no âmbito do Poder Legislativo permaneça no exercício da função legislativa, os bens e os recursos públicos, inclusive os meios de comunicação social institucional, não podem ser utilizados de modo a conferir vantagem competitiva ao parlamentar candidato. E, nesse período, são tênues as fronteiras entre o *marketing* político institucional e o *marketing* eleitoral.

Desse modo, e ainda que não haja expressa previsão legal nesse sentido, a ponderação entre os princípios da publicidade e da igualdade de oportunidades entre candidatos autoriza a transmissão ao vivo das sessões plenárias e das reuniões de comissões na televisão, no rádio e na *internet*.

Impõe-se, de outro lado, que não haja *retransmissão* das sessões plenárias e das reuniões de comissões na televisão e no rádio das Casas Legislativas durante o período de campanha eleitoral, porque a retransmissão configura exposição excessiva de parlamentar candidato na televisão e no rádio, contrariando a sistematicidade e a finalidade das regras previstas da Lei das Eleições para a radiodifusão em período de campanha. Essa exposição excessiva de parlamentar candidato em meio de comunicação institucional, em detrimento de candidatos não detentores de cargo público, pode configurar abuso de poder dos meios de comunicação, de poder político e de poder econômico, desequilibrando a disputa eleitoral, com prejuízos à normalidade e à legitimidade das eleições.

Como uma síntese da ponderação realizada, pode-se dizer que a transmissão ao vivo das sessões plenárias e reuniões das comissões na televisão, na rádio e na *internet* preserva o núcleo essencial do princípio da publicidade. Obstando-se a retransmissão da atividade legislativa na televisão e no rádio, pre-

serva-se o núcleo essencial do princípio da igualdade entre concorrentes durante o período de campanha eleitoral. Na *internet*, por se reconhecer um espaço mais livre para a circulação de mídias sociais, não se impõe, a princípio, a retirada do conteúdo das sessões plenárias e reuniões de comissões para posterior visualização. Entretanto, verificando-se que houve propaganda eleitoral irregular realizada por parlamentar durante a atividade legislativa, em benefício próprio ou de outro candidato, há vedação legal de sua divulgação ou veiculação posterior por qualquer outro meio de comunicação social, fato que pode acarretar a responsabilização perante a Justiça Eleitoral do próprio parlamentar, dos diretores dos órgãos de comunicação social institucional e dos beneficiários, caso comprovado o seu prévio conhecimento.

Há outras vedações aplicáveis aos parlamentares em ano eleitoral quanto à utilização de bens, serviços e recursos públicos, no que estão abrangidos os meios de comunicação institucionais. Salvo previsão legal expressa, preserva-se o exercício da função legislativa nos exatos termos das prerrogativas asseguradas aos parlamentares pelos regimentos internos e dos demais atos normativos das Casas Legislativas, desde que não se verifique abuso de poder, por excesso de poder ou por desvio de finalidade, mediante o emprego de bens, serviços e recursos públicos como vantagem no processo eleitoral.

A permanência do parlamentar candidato no exercício da função legislativa é manifestação do princípio democrático, respeitando-se a soberania popular manifestada nas urnas. Também em nome desse princípio democrático, não se pode admitir que o exercício do mandato eletivo em ano eleitoral (abrangendo os períodos de pré-campanha e campanha) converta-se em exercício abusivo da função legislativa mediante abuso de poder da mídia, abuso de poder político e abuso de poder econômico.

Significa que o exercício da função legislativa não pode consubstanciar vantagem competitiva ao parlamentar candidato a outro cargo no Poder Legislativo; e é sob essa premissa que devem ser assegurados ao parlamentar os bens, os serviços e os recursos das Casas Legislativas, em especial os meios de comunicação social institucional, garantindo-se a normalidade e a legitimidade do processo eleitoral.

6 – Referências

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 060182324. Relator Min. Jorge Mussi. Diário de Justiça Eletrônico. Publicação em 26/9/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.451. Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 21/6/2018, Processo Eletrônico DJe-044 Divulg 1º-3-2019 Diário de Justiça Eletrônico. Public 6-3-2019.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento nº 67.695. Relator Min. Og Fernandes. Diário de Justiça Eletrônico. Publicação em 17/6/2019.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento nº 106.770. Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes. Diário de Justiça Eletrônico. Publicação em 17/8/2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Medida Cautelar nº 1.241. Relator Min. José Paulo Sepúlveda Pertence. Diário de Justiça Eletrônico. Publicação em 3/2/2006.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 35.604. Relator Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça Eletrônico. Publicação em 22/10/2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial nº 122.546. Relatora Min. Maria Thereza Rocha De Assis Moura. Diário de Justiça Eletrônico. Publicação em 30/9/2014.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 204.014. Relatora Min. Luciana Lóssio. Diário de Justiça Eletrônico. Publicação em 10/11/2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 78.213. Relator Min. Admar Gonzaga Neto. Diário de Justiça Eletrônico. Publicação em Sessão.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 199.326. Relator Min. Henrique Neves Da Silva. Diário de Justiça Eletrônico. Publicação em 19/8/2010.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 361.895. Relator Min. Henrique Neves Da Silva. Diário de Justiça Eletrônico. Publicação em 29/10/2010.

CASTELLS, Manuel. O poder da comunicação. 3. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2019.

CASTILHO, Sérgio Ricardo Rodrigues. Marketing político: a construção social do mercado eleitoral no Brasil (1954 a 2000). Rio de Janeiro: 7 Letras, Farperj, 2014.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Os bens jurídicos protegidos pelo art. 14, § 9º, da Constituição de 1988 e a revisão da decisão das urnas. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org). Abuso de poder e perda de mandato. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 17-30.

GOMES, Neusa Demartini. Formas persuasivas de comunicação política. 3. ed. Porto Alegre: EDPUCRS. 2004.

MANHANELLI, Carlos Augusto. Estratégias eleitorais: marketing Político. São Paulo: Summus, 1988.

MAZUI, Guilherme. Após 3 meses, nenhum dos 15 projetos prioritários do governo vira lei. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/apos-3-meses-nenhum-dos-15-projetos-prioritarios-do-governo-vira-lei.ghtml>>. Acesso em: 20 jan. 2022.

MOSCA, Lineide Salvador. Marketing político e suas relações com a retórica. Rétor, v. 3, p. 201-221, 2013.

PEREIRA, Luiz Márcio; MOLINARO, Rodrigo. Propaganda política: questões práticas e temas controvertidos da propaganda eleitoral. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

REGO, Francisco Gaudêncio Torquato do. Marketing político e governamental: um roteiro para campanhas políticas e estratégias de comunicação. 3 ed. São Paulo: Summus, 1985.

TAVARES, Débora; TORREZAM, Alexandre. 1922: Uma eleição na velocidade do telégrafo. In: QUEIROZ, Adolpho; MANHANELLI, Carlos; BAREL, Moisés Stefano (Org.). Marketing político, do comício à internet. São Paulo: AB-COP, 2007.



ANPAL

UMA INICIATIVA DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS DO PODER LEGISLATIVO