

DESAFIOS JURÍDICOS DA DEMOCRACIA

Mariana Vilella
Yasser Gabriel
organizadores

Diogo Rais
Helena H. Funari
Julia Maria do Nascimento
Marina F. Barreto
Pedro Henrique de Farias
Pedro Marques Neto
Pedro R. Gama
Rebeca de O. Souza

COLEÇÃO ESCOLA DE FORMAÇÃO PÚBLICA

DESAFIOS JURÍDICOS DA DEMOCRACIA

Mariana Vilella e Yasser Gabriel (organizadores)

Diogo Rais

Helena Hime Funari

Julia Maria Lillo do Nascimento

Marina Slhessarenko F. Barreto

Pedro Henrique de Farias Espagnol

Pedro Marques Neto

Pedro Renó Gama

Rebeca de Oliveira Souza

Qualificação dos Autores

Diogo Rais

Doutor e mestre em Direito do Estado pela PUC-SP e professor de direito eleitoral da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Helena Hime Funari

Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), com programa sanduíche em Munique (Ludwig Maximilian University of Munich), ex-aluna da Escola de Formação Pública da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp (2017).

Julia Maria Lillo do Nascimento

Discente do curso de Direito da USJT. Ex-aluna da Escola de Formação Pública da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp (2016) e membro do Grupo Público da FGV Direito SP + sbdp.

Mariana Vilella

Coordenadora da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. Mestre e doutoranda em Educação: Currículo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2017) e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (2011). Aluna da Escola de Formação da sbdp (2010).

Marina Shlessarenko F. Barreto

Graduanda em Direito pela Universidade de São Paulo, aluna da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público de 2017 e membra do grupo PET Sociologia Jurídica entre 2016 e 2018.

Pedro Henrique de Farias Espagnol

Discente do curso de Direito da PUC-SP. Ex-aluno da Escola de Formação Pública da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp (2016).

Pedro Marques Neto

Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV Direito SP), com período de intercâmbio na Universidade McGill. Ex-aluno da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (2014). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

Pedro Renó Gama

Discente do curso de Direito da USP. Ex-aluno e atual tutor da Escola de Formação Pública da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp (2016). Pesquisador temático do Núcleo de Justiça e Constituição (NJC) da FGV Direito SP.

Rebeca de Oliveira Souza

Graduanda da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Ex-aluna (2017) e monitora (2018) da Escola de Formação Pública da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp.

Yasser Gabriel

Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV Direito SP). Doutorando em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do Grupo Público da FGV Direito SP/sbdp. Advogado de Sundfeld Advogados.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	9
TRÊS PAPÉIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUPERVISÃO DO PROCESSO DEMOCRÁTICO	11
1. Introdução.....	13
2. O STF como ator de reformas eleitorais.....	15
3. O STF como veto a reformas eleitorais	18
4. O STF como coautor de reformas eleitorais.....	21
5. Para além dos papéis, as razões (o caminho a seguir)	26
6. Bibliografia.....	30
RADIOGRAFIA DA IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL NO STF	33
1. Introdução.....	35
2. Metodologia.....	36
3. Pressupostos para a incidência da imunidade material.....	38
4. Elementos usados para a tomada de decisões.....	40
4.1. Prevalência dos elementos.....	42
5. Âmbito de proteção da imunidade material.....	45
5.1. Approach estrutural: traços do instituto da imunidade parlamentar.....	46
5.2. <i>Approach</i> incidental: elementos e razões de decidir sob a lente da incidência ou não da inviolabilidade.....	50
6. Conclusão	56
7. Bibliografia.....	57
O QUEBRA-CABEÇA DOS PARTIDOS POLÍTICOS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF	59
1. Introdução.....	61
2. O quebra-cabeça dos partidos políticos na jurisprudência do STF	63
3. Considerações Finais	68
4. Bibliografia.....	70

ANÁLISE ESTRUTURAL DOS DIREITOS DEMOCRÁTICOS: O CASO DA ADI 4650 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	72
1. Introdução	74
2.1. Resumo da ação	81
2.2. Da decisão	82
2.3. Princípio da igualdade	82
2. 4. Intenção do legislador.....	84
2.5. Princípio democrático.....	84
2.6. Sopesamento de princípios	85
2.7. Separação de poderes.....	87
3. Conclusões finais.....	88
4. Bibliografia.....	91
DESAFIOS DA GESTÃO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A PARTIR DOS CASOS DE NOMEAÇÃO DE MINISTROS DE ESTADO	93
1. Introdução	95
2. Objetivos da pesquisa	96
3. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.....	96
4. Os casos de nomeação de ministros de Estado no STF	98
4.1. Caso Lula.....	98
4.2. Caso Moreira Franco	102
4.3. Caso Cristiane Brasil	105
5. Análise: O que podemos constatar?.....	108
5.1. O controle feito por meio de princípios.....	108
5.2. A configuração do desvio de finalidade	109
5.3. Discricionariedade <i>versus</i> arbitrariedade.....	110
6. Conclusão	111
7. Bibliografia.....	113

IMPLICAÇÕES DO CONTROLE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS NA GESTÃO MUNICIPAL: CASO PAULÍNIA	114
1. Introdução	116
2. O papel dos órgãos de controle	117
2.1. Tribunal de Contas do Estado e o gasto mínimo obrigatório	120
3. Caso Paulínia	123
3.1. Contextualização	123
3.2. Atuação do TCE no caso	125
4. Implicações do controle de resultado	128
4.1. Promoção do direito à educação	129
4.2. O controle pautando a gestão pública	130
5. Proposições	132
5.1. Alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) .	132
5.2. Estabelecimento de metas para Administração Pública	133
6. Conclusão	136
7. Bibliografia	137
A REGULAÇÃO DO LOBBY, ELEIÇÕES E MODELOS DE REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO BRASIL: PONTOS DE PARTIDA PARA UM DEBATE NECESSÁRIO.....	139
1. Introdução	141
2. O conceito de lobby	143
3. Os vetores que devem guiar a regulação do lobby	145
1º Vetor: Transparência e Accountability	145
2º Vetor: Integridade	146
3º Vetor: Acessibilidade	147
4º Vetor: Eficiência decisória	148
5º Vetor: Adequação	148
4. O lobby no direito brasileiro	149

5. A necessidade de aprimorar a regulação do lobby no Brasil.....	151
6. Conclusão	156
7. Referências bibliográficas	157

APRESENTAÇÃO

Esse livro é um dos muitos resultados de um projeto especial: a Escola de Formação Pública – EFp. Atualmente em sua 22ª turma, a EFp é um programa de iniciação científica anual para graduandos de Direito, oferecido pela Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp e, desde 2015, apoiado pela FGV Direito SP e seu Grupo Público.

São muitos os motivos para chamar de especial o projeto. Escolhemos ressaltar três deles. Primeiro, por proporcionar um ambiente de reflexão crítica e horizontal, onde o que vale é uma boa ideia e sua fundamentação (lá, argumento de autoridade não vale). Segundo, por ter como um de seus principais pilares a pluralidade, em todas as suas formas (opiniões diferentes são bem-vindas e discordar do outro não é motivo para animosidade). Os debates são pensados não para formar consensos, mas para ampliar os argumentos e, muitas vezes, as dúvidas do grupo diante de problemas complexos do Direito. Mas, particularmente para o mundo jurídico, é o terceiro motivo que mais importa: ao longo das últimas duas décadas, a EFp tem sido um verdadeiro laboratório de direito público. Nela são produzidas pesquisas inovadoras, com rigor metodológico, cujos resultados agregam dados aos debates da jurisdição constitucional. Sempre com o intuito de difundir o conhecimento e contribuir de forma consistente com os debates em Direito Público, as pesquisas produzidas na Escola de Formação estão disponíveis no site da sbdp e, frequentemente, dão origem a outras produções, como esse livro.

Nessa obra, reunimos algumas das principais pesquisas produzidas por alunos da EFp entre os anos de 2014 a 2017, em que o pano de fundo é a democracia e seus desafios jurídicos. Aqui, os desafios são de três ordens: i) intervenção judicial na dinâmica eleitoral (capítulos: “*Três Papéis do Supremo Tribunal Federal na Supervisão do Processo Democrático*”, “*Radiografia da Imunidade Parlamentar Material no STF*”, “*O Quebra-Cabeça dos Partidos Políticos na Jurisprudência do STF*” e “*Análise Estrutural dos Direitos Democráticos: o Caso da ADI 4650 no Supremo Tribunal Federal*”); ii) desafios do controle sobre a gestão pública (capítulos: “*Desafios da*

Gestão: uma Análise do Controle Judicial da Administração Pública a Partir dos Casos de Nomeação de Ministros de Estado” e “Implicações do Controle Exercido pelo Tribunal de Contas na Gestão Municipal: Caso de Paulínia”); e iii) reformas normativas no sistema democrático (capítulo: “A Regulação do Lobby, Eleições e Modelos de Representação e Participação Democrática no Brasil: Pontos de Partida para um Debate Necessário”).

Fruto de muitas horas de pesquisa, debates intensos e enorme comprometimento de seus autores, esperamos que as reflexões aqui contidas instiguem os leitores a pensarem os temas abordados sob outras perspectivas; a revisitar suas convicções e mudá-las, confirmá-las ou, por que não, manterem-se indecisos — afinal, quem disse que conhecimento é feito por certezas? Seja lá qual for a sensação, esperamos que a leitura seja desconcertante, provocadora e, sobretudo, divertida.

Mariana Vilella e Yasser Gabriel

Coordenação da Escola de Formação Pública

TRÊS PAPÉIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUPERVISÃO DO PROCESSO DEMOCRÁTICO

Pedro Marques Neto

Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV Direito SP), com período de intercâmbio na Universidade McGill. Ex-aluno da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (2014). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

Resumo: Este artigo explora três papéis desempenhados pelo Supremo Tribunal Federal na supervisão do processo democrático. Ao mapear essas três formas pelas quais o STF intervém na conformação do processo democrático, o artigo permite compreender melhor contornos e tensões específicas que as decisões da Corte colocam à interação entre os Poderes. Em seu papel de ator de reformas eleitorais, o STF reforma diretamente o arranjo das instituições políticas. Em seu papel de veto a reformas eleitorais, o STF impede reformas ao arranjo das instituições políticas promovidas pelo Poder Legislativo. Em seu papel de coautor de reformas eleitorais, o STF possui participação fundamental na alteração do arranjo das instituições políticas, mas a reforma em âmbito nacional é efetivamente promovida pelo TSE. Nesses três papéis, o STF funciona como palco de debate a respeito da legitimidade da arquitetura institucional do nosso processo democrático. Argumento, ao final, que o estudo sobre os papéis desempenhados pelo STF na supervisão do processo democrático deve avançar, em seu próximo passo, para uma análise das razões que fundamentam as decisões da Corte, isto é, para uma análise do tipo de racionalidade jurídica (e política) empregada pela Corte para supervisionar o processo democrático.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; supervisão judicial do processo democrático; sistema eleitoral; reformas eleitorais.

Abstract: This article explores three roles of the Brazilian Federal Supreme Court (STF) in the oversight of the democratic process. By mapping these three distinct ways

by which the STF intervenes in the organization of the democratic process, this article sheds light on certain aspects of how the decisions of the Court affect the separation and interaction of powers in our democracy. In its role as an agent of electoral reforms, the STF directly reforms the arrangement of democratic institutions. In its role as a veto player to electoral reforms, the STF prevents the Legislative body from reforming the arrangement of democratic institutions. In its role as a coauthor of electoral reforms, the STF plays a part in the process of reforming the arrangement of democratic institutions, but the reform itself is promoted by the Brazilian Superior Electoral Court (TSE). In all these three roles, the STF functions as an important *locus* for debating the legitimacy of the institutional architecture of our democratic process. I then argue that the study of the roles played by the STF in the oversight of the democratic process should move from an external analysis of the Court's decisions to an internal analysis focused on the reasons that justify such decisions, i.e., to an analysis focused on the legal (and political) rationality underpinning the Court's oversight of the democratic process.

Keywords: Federal Supreme Court; judicial oversight of the democratic process; electoral system; electoral reforms.

Sumário: 1. Introdução – 2. O STF como ator de reformas eleitorais – 3. O STF como veto a reformas eleitorais – 4. O STF como coautor de reformas eleitorais – 5. Para além dos papéis, as razões (o caminho a seguir) – 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

No Brasil, a jurisdição constitucional tem assumido, com frequência, o protagonismo na determinação dos rumos políticos do país.¹ Uma forma específica pela qual essa tendência tem se manifestado diz respeito à supervisão judicial do processo político e eleitoral. Tanto o Supremo Tribunal Eleitoral, quanto o Tribunal Superior Eleitoral têm tomado decisões que conformam a estrutura do nosso processo democrático e, por consequência, a dinâmica da nossa competição eleitoral – decisões recentes dos tribunais em matéria de financiamento de campanha eleitoral, cláusula de barreira, fidelidade partidária e verticalização das coligações partidárias ilustram esse fenômeno.² Quase sempre controversas, essas decisões colocam problemas teóricos a respeito da capacidade institucional do Poder Judiciário para decidir sobre temas dessa natureza, bem como a respeito do papel do Poder Judiciário na separação de poderes.³ Quanto mais o Poder Judiciário – e, mais especificamente, o STF –, intervém na organização do nosso processo político e eleitoral, mais a interação entre os Poderes precisa lidar com tensões e assume contornos específicos.

Este artigo explora três papéis desempenhados pelo Supremo Tribunal Federal na supervisão do processo democrático.⁴ Ao mapear três formas pelas quais o STF

¹ Cf. TAYLOR, Matthew. **Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. Stanford: Stanford University Press, 2008. VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008.

² Cf. MARCHETTI, Vitor Emanuel F. Jr. **Poder Judiciário e Competição Política no Brasil: uma análise das decisões do TSE e do STF sobre as regras eleitorais**. Tese (Doutorado em Ciência Sociais: Política) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. CORTEZ, Rafael; MARCHETTI, Vitor. **A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais**. Opinião Pública, Campinas, v. 15, nº 2, pp.422-450, 2009.

³ Cf. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. Michigan Law Review, v.885, n. 101, pp. 885-951, 2003. DAWOOD, Yasmin. **The Antidomination Model and the Judicial Oversight of Democracy**. The Georgetown Law Journal, v. 96, 2008.

⁴ Este artigo é uma versão sintetizada de um argumento que desenvolvi na minha monografia de

intervém na conformação do processo democrático, ele permite compreender melhor tensões e contornos específicos que as decisões da Corte apresentam à interação entre os Poderes e à supervisão da democracia no nosso ordenamento. Em seu papel de ator de reformas eleitorais, o STF reforma diretamente o arranjo das instituições políticas. Em seu papel de veto a reformas eleitorais, o STF impede reformas ao arranjo das instituições políticas promovidas pelos demais Poderes. Em seu papel de coautor de reformas eleitorais, o STF possui participação fundamental na alteração do arranjo das instituições políticas, cuja reforma, porém, é efetivamente realizada pelo TSE. Nesses três papéis, porém, o STF funciona como palco de debate a respeito da legitimidade da arquitetura institucional do nosso processo democrático.

O artigo está organizado em torno de quatro seções. Na seção 2, explico e exemplifico o papel de ator de reformas eleitorais desempenhado pelo STF. Exemplifico esse papel a partir de uma análise do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, no qual a Corte declarou a inconstitucionalidade das doações eleitorais efetuadas por pessoas jurídicas, e do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5617, no qual a Corte determinou que no mínimo trinta por cento do Fundo Partidário fossem destinados ao financiamento das campanhas eleitorais de candidatas mulheres. Na seção 3, explico e exemplifico o papel de veto a reformas eleitorais desempenhado pelo STF. Exemplifico esse papel a partir de uma análise do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351, no qual a Corte declarou a inconstitucionalidade de cláusula de barreira instituída pelo Congresso Nacional. Na seção 4, explico e exemplifico o papel de coautor de reformas eleitorais desempenhado pelo STF. Exemplifico esse papel a partir de uma análise dos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.345 e do Recurso Especial nº 197.917-8, nos quais a Corte se vale de uma atuação conjunta com o TSE para regulamentar em âmbito nacional a questão da proporcionalidade do número de vereadores em relação à população de cada Município. A seção 5 apresenta as considerações finais. Nela, argumento que o próximo passo a ser explorado pela agenda de pesquisa sobre os papéis desempenhados pelo STF na supervisão do processo democrático diz respeito às razões que fundamentam as

conclusão de curso da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, em 2014. Cf. MARQUES NETO, Pedro. **O Supremo Tribunal Federal e a Reforma do Sistema Eleitoral: da judicialização à reforma a conta gotas?** Monografia de Conclusão de Curso – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2014.

decisões da Corte, isto é, ao tipo de racionalidade jurídica (e política) empregada pela Corte para supervisionar o processo democrático.

2. O STF como ator de reformas eleitorais

A redação original do artigo 31 da Lei nº 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) proibia os partidos políticos de receberem doações eleitorais de (i) entidade ou governos estrangeiros; (ii) autoridade ou órgãos públicos; (iii) autarquias, empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos, sociedades de economia mista e fundações instituídas em virtude de lei e para cujos recursos concorram órgãos ou entidades governamentais; ou (iv) entidade de classe ou sindical.⁵ *A contrario sensu*, portanto, esse artigo autorizava os partidos políticos a receberem doações eleitorais de pessoas jurídicas. A permissão às doações eleitorais por pessoas jurídicas, na verdade, passou a vigorar alguns anos antes, em 1993, por meio do artigo 38 da Lei nº 8.871/3.⁶ A permissão às doações eleitorais por pessoas jurídicas representou uma escolha política do legislador da década de 90 que reverteu anos de uma estratégia legislativa baseada na proibição às doações eleitorais dessa natureza, iniciada em 1965 pela Lei nº 4.740 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos de 1965) e mantida em 1971 pela Lei nº 5.682 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos de 1971).

5 Art. 31. É vedado ao partido receber, direta ou indiretamente, sob qualquer forma ou pretexto, contribuição ou auxílio pecuniário ou estimável em dinheiro, inclusive através de publicidade de qualquer espécie, procedente de: I - entidade ou governo estrangeiros; II - autoridade ou órgãos públicos, ressalvadas as dotações referidas no art. 38; III - autarquias, empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos, sociedades de economia mista e fundações instituídas em virtude de lei e para cujos recursos concorram órgãos ou entidades governamentais; IV - entidade de classe ou sindical.

6 Art. 38. A partir da escolha dos candidatos em convenção, pessoas físicas ou jurídicas poderão fazer doações em dinheiro, ou estimáveis em dinheiro, para campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta lei. 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas: I - no caso de pessoa física, a dez por cento dos rendimentos brutos no ano de 1993; II - no caso em que o candidato utilize recursos próprios, ao valor máximo de gastos estabelecido pelo seu partido, na forma desta lei; III - no caso de pessoa jurídica, a dois por cento da receita operacional bruta do ano de 1993. 2º Os percentuais de que tratam os incisos I e III do § 1º poderão ser excedidos, desde que as contribuições e doações não sejam superiores a setenta mil Ufir e trezentas mil Ufir, respectivamente. 3º As contribuições e doações, as receitas e os rendimentos de que trata esta lei serão convertidas em Ufir, pelo valor desta no mês em que ocorrerem.

Em 2015, porém, após essa nova estratégia legislativa já estar em vigor por cerca de 22 anos, o STF declarou a inconstitucionalidade das doações eleitorais por pessoas jurídicas no julgamento da ADI nº 4.650. A decisão da Corte não apenas reintroduziu a proibição às doações eleitorais por pessoas jurídicas no país, como repercutiu diretamente nas regras que passaram a regulamentar a disputa política e eleitoral no país. Visando reajustar as regras da disputa política e eleitoral à decisão do STF, o Congresso Nacional aprovou uma série de medidas referentes ao financiamento das campanhas eleitorais. A mais significativa, possivelmente, foi a criação de um Fundo Público destinado ao financiamento das campanhas eleitorais, o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (que, nas eleições de 2018, receberá R\$ 1.716 bilhão).

As possíveis repercussões de sua decisão, contudo, não passaram despercebidas pela Corte. Na verdade, ao declararem a inconstitucionalidade das doações eleitorais por pessoas jurídicas, seus ministros não apenas estavam cientes dos possíveis impactos que a decisão teria sobre a disputa política e eleitoral, como justificaram a decisão com base na necessidade de se promover esses impactos (ou melhor, com base na necessidade de se promover os impactos que os ministros estimaram que adviriam da decisão). Mais especificamente, os ministros justificaram a decisão da Corte de declarar a inconstitucionalidade das doações eleitorais por pessoas jurídicas com base na necessidade de se reformar as regras que regulamentam o financiamento eleitoral no país de modo a promover um aperfeiçoamento institucional da democracia brasileira.

Nesse ponto, os votos do Ministro Luiz Fux e do Ministro Roberto Barroso são particularmente sintomáticos. Enquanto Fux alude ao dever de uma corte constitucional de aperfeiçoar o processo democrático nos casos em que se verifica o inadequado funcionamento das suas instituições, por meio do que denomina ser um verdadeiro exercício de modelagem institucional, Barroso ampara-se no (suposto) papel representativo de uma corte constitucional, o qual autorizaria seus ministros, integrantes de uma vanguarda iluminista, a empurrar a história na direção correta.⁷ A decisão do STF na ADI nº 4.650, portanto, não apenas reformou o processo democrático no que diz

⁷ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de Setembro de 2015, pp. 35 e 130. Cf. MARQUES NETO, Pedro. Supervisão Judicial do Financiamento de Campanha Eleitoral: proteção de direitos individuais, maximização de bens democráticos e modelo antidominação. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de SP, São Paulo, 2018. Nesse trabalho, discuto mais a fundo essas questões.

respeito ao financiamento das campanhas eleitorais, revertendo uma estratégia legislativa que estava em vigor havia mais de 20 anos, como foi justificada pelos ministros com base na necessidade de se promover essa reforma – e de se promovê-la pela via judicial.

Postura semelhante verificou-se posteriormente no julgamento da ADI nº 5.617. Visando reduzir os custos de campanha eleitoral e fomentar a participação feminina na política, a Lei nº 13.165/15, por meio de seu artigo 9º, determinou que “nas três eleições que se seguirem à publicação desta lei, os partidos reservarão, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas”. O STF, no entanto, deu interpretação conforme ao instituto para, eliminando a restrição temporal referente às três eleições seguintes, obrigar os partidos políticos a destinarem no mínimo 30% do montante do Fundo Partidário para as campanhas eleitorais de suas candidatas mulheres – equiparando o percentual, assim, ao percentual mínimo de candidaturas por sexo contido na Lei nº 9.504/97, artigo 10, §3º -, bem como para determinar que, em havendo participação feminina em percentual superior ao percentual mínimo de 30% estabelecido por lei, o percentual mínimo do Fundo Partidário a ser destinado pelos partidos políticos às campanhas eleitorais de suas candidatas deverá ser igualmente superior a 30%, na mesma proporção. Ou seja, na ADI nº 5.617, por meio da interpretação conforme a constituição, o STF alterou os critérios estabelecidos pelo Congresso Nacional para a ação afirmativa referente ao financiamento das campanhas eleitorais de candidatas mulheres, de modo a radicalizá-la em comparação à versão aprovada pelas instâncias representativas.

Cada uma à sua maneira, ambas as decisões do STF em matéria de financiamento de campanha eleitoral ilustram o papel de ator de reformas eleitorais desempenhado pelo STF na supervisão do processo democrático. Na ADI nº 4.650, o STF altera uma política legislativa já consolidada (no caso, a permissão a doações eleitorais por pessoas jurídicas), justificando sua decisão com base no dever de uma corte constitucional de promover o aperfeiçoamento institucional do processo democrático ou de promover reformas capazes de empurrar a história do país na direção correta. Na ADI nº 5.617, por sua vez, por meio do instituto da interpretação conforme a constituição, o STF aproveita-se de uma reforma legislativa realizada pelo Congresso Nacional não apenas

para declará-la inconstitucional, mas para propor novos termos e condições à ação afirmativa nela prevista. Ao interpretar as regras de acordo com a constituição, a Corte cria regras eleitorais e estabelece um cenário normativo distinto do originalmente previsto pelo Congresso Nacional, conformando ativamente, por meio da proposição de novos critérios de atuação, a arquitetura institucional do processo democrático, e não apenas passivamente, por meio da declaração de inconstitucionalidade dos critérios estabelecidos pelo legislador.

3. O STF como veto a reformas eleitorais

Por meio da Lei nº 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos), o Congresso Nacional introduziu cláusula de barreira que restringia o direito ao funcionamento parlamentar a partido político que tivesse obtido, em cada eleição para a Câmara de Deputados, (a) o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados (não computados os votos brancos ou nulos); (b) em pelo menos um terço dos Estados; (c) com um mínimo de dois por cento do total de votos de cada um desses Estados.⁸ A regra repercutia sobre a distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do tempo disponível para a propaganda partidária. Os partidos que atendessem aos critérios estipulados para o funcionamento parlamentar teriam direito (a) a noventa e nove por cento do total do Fundo Partidário;⁹ (b) à “realização de um programa em cadeia nacional e de um programa em cadeia estadual em cada semestre, com a duração de vinte minutos cada”¹⁰; (c) e à “utilização

⁸ Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.

⁹ Art. 41. O Tribunal Superior Eleitoral, dentro de cinco dias, a contar da data do depósito a que se refere o § 1º do artigo anterior, fará a respectiva distribuição aos órgãos nacionais dos partidos, obedecendo aos seguintes critérios: I - um por cento do total do Fundo Partidário será destacado para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; II - noventa e nove por cento do total do Fundo Partidário serão distribuídos aos partidos que tenham preenchido as condições do art. 13, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.

¹⁰ Art. 49. O partido que atenda ao disposto no art. 13 tem assegurado: I - a realização de um programa, em cadeia nacional e de um programa, em cadeia estadual em cada semestre, com a duração de vinte

do tempo total de quarenta minutos, por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais, e de igual tempo nas emissoras estaduais”.¹¹ Os partidos que não atendessem aos critérios estipulados para o funcionamento parlamentar, por sua vez, teriam direito (a) à distribuição do um por cento restante do Fundo Partidário; (b) bem como à “realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de dois minutos”.¹² Ou seja, ao lado da cláusula de barreira, o Congresso introduziu uma cláusula de desempenho. Ambas as cláusulas, no entanto, tiveram sua eficácia diferida no tempo e somente passariam a produzir efeitos após as eleições do ano de 2006.

Antes que produzissem efeitos, porém, o STF declarou a inconstitucionalidade de ambas as cláusulas no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351. De maneira geral, a Corte entendeu que os critérios estabelecidos para a cláusula de barreira e para a cláusula de desempenho eram excessivamente restritivos, razão pela qual violavam valores constitucionais como o pluripartidarismo, a representatividade de minorias e a soberania popular.¹³ De acordo com o Ministro Relator Marco Aurélio, por exemplo, tomando-se como parâmetro as eleições de 2002, somente sete partidos políticos, dos vinte e nove partidos políticos então registrados no TSE, atenderiam às exigências da lei e, assim, teriam direito ao funcionamento parlamentar. Os demais vinte e dois partidos, além de não possuírem direito ao funcionamento parlamentar pela cláusula de barreira, teriam sua competitividade eleitoral reduzida drasticamente em razão dos critérios de distribuição do Fundo Partidário e do tempo de propaganda partidária adotados pela cláusula de desempenho.

Como o próprio exemplo do Ministro Marco Aurélio demonstra, a decisão do STF, declarando a inconstitucionalidade das cláusulas de barreira e de desempenho introduzidas pelo Congresso, impactou significativamente a arquitetura do nosso

minutos cada.

¹¹ Art. 49. O partido que atenda ao disposto no art. 13 tem assegurado: [...] II - a utilização do tempo total de quarenta minutos, por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais, e de igual tempo nas emissoras estaduais.

¹² Art. 48. O partido registrado no Tribunal Superior Eleitoral que não atenda ao disposto no art. 13 tem assegurada a realização de um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com a duração de dois minutos.

¹³ Refiro-me ao “de maneira geral” por não ser meu objetivo neste trabalho adentrar às minúcias dos votos proferidos por cada ministro.

sistema eleitoral e, assim, a configuração do nosso cenário político. Se, mantendo as estimativas feitas à época pelo Ministro Marco Aurélio, poderíamos ter hoje um sistema partidário menos fragmentado, composto por aproximadamente sete partidos políticos, temos atualmente trinta e cinco partidos políticos registrados no TSE, dos quais vinte e sete possuem representação no Congresso Nacional. Não há dúvidas de que se tratam de dois cenários políticos significativamente diferentes, cada um com seus respectivos pontos negativos e positivos, mas, ainda sim, significativamente distintos em termos de organização da competição eleitoral e da distribuição do poder político. Embora determinante para a atual configuração do sistema eleitoral, a atuação do STF na ADI nº 1.351 não foi propriamente responsável por reformar o sistema eleitoral, mas por evitar uma reforma do sistema eleitoral promovida pelo Congresso Nacional.

De certa maneira, toda decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma pode ser considerada reformadora do sistema eleitoral, pois altera o cenário normativo que regula e orienta as condutas no processo político e eleitoral. Essa concepção de reforma, no entanto, demasiadamente restritiva, é pouco útil para os fins de análise da interação entre os Poderes. Mais útil para esse fim é distinguir entre decisões que vetam reformas promovidas pelo Congresso Nacional que alterariam o *status quo* por meio da declaração de inconstitucionalidade da reforma de decisões que alteram o *status quo* por meio da declaração de inconstitucionalidade de uma política legislativa do Congresso Nacional já consolidada ou mesmo que alteram o *status quo* e criam norma nova por meio da interpretação conforme a constituição (ou por meio de outro instituto processual que permita decisões aditivas) de uma política do Congresso Nacional. Essa distinção permite diferenciar duas funções distintas desempenhadas pelo STF (e, eventualmente, por outros tribunais) na supervisão do processo democrático que a concepção de reforma como simples declaração da inconstitucionalidade de uma norma não permite. Essa distinção analítica ainda permite perceber que as decisões do STF impactam significativamente a arquitetura institucional do processo democrático não somente nos casos em que a Corte atua como ator de reformas eleitorais, mas também nos casos em que a Corte atua como veto a reformas eleitorais promovidas pelo Congresso Nacional, funcionando, em ambos os casos, como importante palco de debate a respeito da legitimidade da arquitetura institucional do nosso processo político e eleitoral.

4. O STF como coautor de reformas eleitorais

De acordo com o antigo artigo 29, IV, da Constituição Federal (posteriormente modificado pela Emenda Constitucional nº 58/09), a lei orgânica regia o Município no que diz respeito à composição da respectiva Câmara Municipal, observada, em cada caso, a proporcionalidade do número de vereadores em relação à população do Município. Para os Municípios de até um milhão de habitantes, a alínea “a” estabelecia um limite mínimo de nove vereadores e um limite máximo de vinte e um; para os Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes, a alínea “b” estabelecia o mínimo de trinta e três e o máximo de quarenta e um vereadores; por fim, para os Municípios de mais de cinco milhões de habitantes, a alínea “c” estabelecia o mínimo de quarenta e dois e o máximo de cinquenta e cinco vereadores. Com a promulgação da Constituição, o entendimento predominante no Tribunal Superior Eleitoral e no próprio STF passou a ser de que a proporcionalidade do número de vereadores em relação à população do Município, prevista no artigo 29, IV, da Constituição, já estava assegurada pelas suas próprias alíneas, que determinavam os limites mínimos e máximos de vereadores para cada faixa de Municípios.¹⁴ Dentro desses limites mínimos e máximos, os Municípios pertencentes a cada faixa teriam autonomia para fixar o número exato de vereadores a compor a respectiva Câmara Municipal.

Em 2004, no entanto, a tese da autonomia municipal foi abandonada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 197.917-8. Nele, o STF fixou a tese da autonomia municipal vinculada. Em vez de os Municípios pertencentes a uma determinada faixa terem autonomia para fixar livremente o número de vereadores a compor a respectiva Câmara Municipal, observados os limites mínimos e máximos estabelecidos nas alíneas do artigo 24, IV, da Constituição, a Corte entendeu que os

¹⁴ Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites: a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes; b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes; c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes.

Municípios pertencentes a cada faixa estariam obrigados a obedecer a proporcionalidade aritmética do número de vereadores em relação à sua respectiva população. Para que a proporcionalidade aritmética fosse obedecida pelos Municípios, o Ministro Relator Maurício Corrêa propôs a utilização de uma fórmula de cálculo por meio da qual o número de vereadores de cada Município estaria pré-definido de acordo com sua respectiva população, não havendo margem de manobra para a lei orgânica na fixação do número de vereadores do respectivo Município.¹⁵ De acordo com essa fórmula, portanto, uma vez identificada a população de um Município, estava automaticamente determinado o número de vereadores que comporiam a respectiva Câmara Municipal (por exemplo, Municípios de até 47.619 habitantes teriam necessariamente nove vereadores; Municípios de 47.620 a 95.238 habitantes teriam necessariamente dez vereadores; Municípios de 95.239 a 142.857 teriam necessariamente onze vereadores; e assim por diante).

A tese da autonomia municipal vinculada à proporcionalidade aritmética do número de vereadores em relação à população dos Municípios evitaria distorções nas composições das Câmaras Municipais, consideradas pelos ministros ofensivas ao princípio da proporcionalidade disposto no artigo 29, IV, da Constituição. Isso porque, como pontua o Ministro Maurício Corrêa, a tese da autonomia municipal não vinculada permitiria práticas como a dos Municípios de São Manuel e Guarulhos, que, por decisão de suas leis orgânicas, possuíam ambos vinte e um vereadores, embora possuíssem populações significativamente distintas em termos numéricos, de 38.271 e 972.187 habitantes, respectivamente.¹⁶

Por ocorrer em sede de recurso extraordinário, porém, a mudança de entendimento do STF produzia efeitos restritos às partes do processo. Enquanto o Município de Mira Estrela estaria sujeito à tese da autonomia municipal vinculada à proporcionalidade aritmética, os demais Municípios permaneceriam sujeitos à tese da autonomia municipal não vinculada. Ou seja, a decisão, em razão do meio processual no qual se deu, era incapaz de representar uma reforma efetiva do sistema eleitoral pelo STF. Cientes das

¹⁵ A relativa complexidade da fórmula impede a sua reprodução detalhada neste artigo. Para conferi-la, contudo, ver voto do Ministro Maurício Corrêa no Recurso Extraordinário nº 197-917-8, mais especificamente suas páginas 387 e seguintes.

¹⁶ STF. **Recurso Extraordinário nº 197.917-8**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 24 de Março de 2004, p. 383.

limitações da decisão que estavam prestes a proferir, os ministros, então, vislumbraram numa interação com o TSE a solução para esse impasse. Conforme acordado por eles, com a publicação da decisão do STF, caberia ao TSE regulamentar a matéria, de modo a conferir eficácia em âmbito nacional ao novo entendimento da Corte. Nas palavras do Ministro Nelson Jobim:

Ora, se nós não tivermos, nesse período todo, uma solução desta questão em todo o país, tenho a impressão que vai haver uma enorme terrível dificuldade para o processo eleitoral que se realizará. Então, eu ponderaria, e aqui, evidentemente, presente está o Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, que isso seria uma matéria a ser regulamentada pelo Tribunal Superior Eleitoral, para dar eficácia à situação e viabilizar a realização das eleições, porque, senão, vamos ter um imenso problema em relação a isso.¹⁷

Realmente, logo após a decisão do STF, o TSE regulamentou a matéria por meio da Resolução nº 21.702, de 2004, que em seu artigo 1º dispôs que, “nas eleições municipais deste ano, a fixação do número de vereadores a eleger observará os critérios declarados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 197.917”. Logo depois de ser editada, a resolução teve sua constitucionalidade questionada no STF. A Corte, no entanto, declarou a constitucionalidade da resolução no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade n.º 3.345 e n.º 3.365. Essa sucessão de eventos ilustra uma interação entre STF e TSE direcionada à reforma do sistema eleitoral. Impossibilitado por questões processuais de reformar o sistema eleitoral com sua decisão, o STF recorreu ao TSE para que a reforma do sistema fosse efetivada em âmbito nacional. Nessa interação, o STF não participou diretamente da reforma do sistema eleitoral como ator da reforma, mas participou indiretamente como coautor da reforma.

¹⁷ STF. **Recurso Extraordinário nº 197.917-8**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 24 de Março de 2004, p. 507.

Para que a interação entre STF e TSE com vistas à reforma do sistema eleitoral fosse bem-sucedida, a arquitetura institucional dos tribunais desempenhou papel essencial, reduzindo custos informacionais e, desse modo, permitindo uma colaboração institucional mais eficiente entre STF e TSE. Isso porque, de acordo com o artigo 119 da Constituição Federal, dos sete ministros que compõem o TSE, três são originários do STF – e, dos três ministros originários do STF, dois ocupam a vaga de Presidente e de Vice-Presidente do tribunal. Ou seja, quase metade dos ministros do TSE são também ministros do STF e, dos onze ministros do STF, três são ministros do TSE, incluindo seu presidente e seu vice-presidente.

Essa forma de composição dos tribunais permite um intercâmbio eficiente de ideias e informações entre os tribunais, inclusive entre os seus respectivos presidentes, responsáveis por coordenar a pauta de decisões dos tribunais. A maior eficiência na troca de informações entre os tribunais é propícia a uma interação mais bem coordenada entre STF e TSE com vistas à reforma do sistema eleitoral. Isso porque, frequentemente, para que um agente consiga maximizar a eficiência de seus atos (e inclusive para que um agente consiga deliberar e decidir sobre como agir), ele precisa ser capaz de prever, ou ao menos de estimar com certa precisão, a reação de outros agentes à sua ação.¹⁸ E, no caso do STF, essa previsão ou estimativa pode ocorrer em relação ao comportamento do TSE em casos envolvendo a organização do sistema eleitoral com certa precisão, em razão da arquitetura institucional criada pelo artigo 19 da Constituição Federal.

A arquitetura institucional dos tribunais, na verdade, não apenas permite que o STF preveja as reações do TSE às suas decisões quando isso for do seu interesse, como permite que os dois tribunais articulem um modo de atuação conjunta, coordenado em direção a um objetivo pré-determinado por seus ministros. Como visto na passagem transcrita acima, o Ministro Nelson Jobim explicitamente recorre ao Ministro Sepúlveda Pertence, então presidente do TSE, para solicitar que o Tribunal Eleitoral regulamente a matéria que estava prestes a ser decidida pelo STF em sede de recurso extraordinário de modo a conferir eficácia nacional ao novo entendimento da Corte. A essa solicitação, o Ministro Sepúlveda prontamente respondeu:

¹⁸ ROSS, Don. **Game Theory**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2014. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/gametheory/>.

Sr. Presidente, penso que, para a tranquilidade dessa decisão que o Tribunal Superior Eleitoral terá que tomar – e aí o apelo a Vossa Excelência e ao seu dinamismo – é essencial que o acórdão esteja publicado no menor tempo possível. A partir daí, submeterei ao Tribunal Superior Eleitoral como administrar esse problema. Embora se cuide de um caso concreto, e malgrado a minha respeitosa dissonância da maioria, é preciso dar uma orientação uniforme a esse respeito para todo o País.¹⁹

A manifestação do Ministro Sepúlveda confirma os benefícios da arquitetura institucional criada pelo artigo 19 para a interação entre STF e TSE com vistas à reforma do sistema eleitoral. Primeiro, a arquitetura estabiliza expectativas – ou, conforme o termo empregado pelo Ministro Sepúlveda, gera “tranquilidade” aos ministros do STF para decidir num determinado sentido. Segundo, a arquitetura, ao reduzir custos informacionais, aumenta a eficiência das ações – ou, conforme o termo empregado pelo Ministro Sepúlveda, permite um maior “dinamismo” na atuação dos tribunais. Terceiro, a arquitetura permite a articulação de um modo de atuação conjunto entre os tribunais, coordenado em direção a um objetivo pré-determinado por seus ministros – ou, conforme a manifestação do Ministro Sepúlveda, ele mesmo submeterá ao TSE como administrar o problema, com vistas à uniformização da orientação do STF no RE nº 197.917 em âmbito nacional.

Essa arquitetura institucional torna-se ainda mais benéfica na medida em que permite que a decisão a ser tomada pelo TSE seja posteriormente ratificada pelo STF. Foi exatamente isso que aconteceu quando, após o TSE promulgar a Resolução nº 21.702/2004, o STF declarou sua constitucionalidade no julgamento da ADI nº 3.345, do qual participaram os três ministros do STF que também compunham o TSE no momento da edição da resolução, inclusive o próprio Ministro Sepúlveda. É com base nessa sucessão de eventos que se pode afirmar que o TSE se mostrou uma via

¹⁹ STF. **Recurso Extraordinário nº 197.917-8**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 24 de Março de 2004, p. 508. Não é meu objetivo, aqui, questionar se os ministros que compõem o TSE estariam impedidos ou seriam suspeitos para julgar o caso, mas apenas realçar os benefícios da arquitetura dos tribunais na interação entre STF e TSE com vistas à reforma do sistema eleitoral.

interessante para a promoção de reformas oblíquas pelo STF, sendo que “nesses casos, o STF já não é o autor das mudanças, papel assumido pelo TSE, mas possui participação fundamental para o sucesso da ação. Seria o caso, então, de uma reforma oblíqua, no sentido de que a atuação do STF não conduz diretamente à reforma, como no caso das decisões de perfil reformador, mas conduz ao resultado final de reforma do sistema eleitoral”.²⁰

5. Para além dos papéis, as razões (o caminho a seguir)

Nas seções anteriores, destaquei três papéis desempenhados pelo STF na supervisão do processo democrático. Esses papéis ajudam a mapear a interação entre os Poderes na supervisão do processo democrático, oferecendo *insights* a respeito da utilidade de determinados institutos e instituições nessa interação. No papel de ator de reformas, por exemplo, a interpretação conforme a constituição demonstrou ser um instituto à disposição do STF que lhe permite alterar profundamente uma política eleitoral aprovada pelo Congresso Nacional sem que seja necessário retirar a norma interpretada do ordenamento jurídico. No papel de coautor de reformas, o TSE demonstrou ser uma instituição à disposição do STF que lhe permite efetivar em âmbito nacional reformas do sistema eleitoral oriundas de decisões com efeitos *inter partes*. A interação entre STF e TSE foi facilitada pela arquitetura institucional dos tribunais, que reduziu os custos informacionais e, assim, permitiu uma atuação mais bem coordenada e eficiente entre os tribunais. O mapeamento desses papéis, no entanto, lança mão de um olhar da prática decisória do tribunal alheio às razões que fundamentaram cada uma das decisões, cuja importância, embora existente na medida em que auxiliam na compreensão do que fora decidido pelo tribunal, é subsidiária.

Mais relevante para os agentes que pretendem decidir esses casos na prática, contudo, é um olhar da prática decisória do STF atento às razões de decidir elencadas pelos ministros em cada caso.²¹ Um olhar atento às razões de decidir da Corte analisará suas

²⁰ MARQUES NETO, Pedro. **O Supremo Tribunal Federal e a Reforma do Sistema Eleitoral: da judicialização à reforma a conta gotas?** Monografia de Conclusão de Curso – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2014, p. 58.

²¹ Cf. SHAPIRO, Scott. **What is the internal point of view?** *Fordham Law Review*, v. 75, pp. 1157-1170, 2006. MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law**. Oxford: Oxford University Press,

decisões não puramente em termos de papéis desempenhados pelo STF na supervisão do processo democrático, mas em termos de modelos de raciocínio empregados pelo STF na supervisão do processo democrático. Diferentes modelos de raciocínio justificarão a decisão do tribunal com base em diferentes razões jurídicas e políticas.

Destaquei em trabalho recente que, em matéria de supervisão judicial do processo democrático, os modelos de raciocínio normalmente encontram-se divididos em torno de dois eixos.²² Em torno do primeiro eixo, estão divididos os modelos (mais) maximalistas e (mais) minimalistas. Modelos maximalistas são mais tolerantes com a intervenção judicial na eliminação de patologias do processo democrático. Esses modelos vislumbram no Poder Judiciário, mais especificamente nas cortes constitucionais, uma instituição insulada do jogo político e eleitoral e, portanto, apta a promover melhorias no processo democrático que não seriam promovidas pelas instituições representativas ordinárias. Modelos minimalistas, por sua vez, são menos tolerantes com a intervenção judicial na eliminação de patologias do sistema eleitoral. Normalmente, essa atitude decorre tanto de um maior ceticismo em relação à capacidade de o Poder Judiciário efetivamente promover melhorias no processo democrático, quanto de uma concepção de separação de poderes menos condescendente com intervenções do Poder Judiciário na resolução de problemas sensíveis à esfera pública da respectiva comunidade política.²³ Embora não tenha sido o objetivo deste trabalho analisar as decisões do STF por essa perspectiva, a minha hipótese é de que a abordagem adotada pela Corte na supervisão do processo democrático tende ao maximalismo, amparando-se, como visto, na função iluminista da Corte de empurrar da história, de promover reformas que aperfeiçoem o sistema eleitoral brasileiro.²⁴

2005.

²² Cf. MARQUES NETO, Pedro. *Supervisão Judicial do Financiamento de Campanha Eleitoral: proteção de direitos individuais, maximização de bens democráticos e modelo antidominação*. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de SP, São Paulo, 2018.

²³ Cf. SUNSTEIN, Cass. **Political Equality and Unintended Consequences**. *Columbia Law Review*, v. 94, n. 4, pp. 1390-1414, 1994; SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge, USA: Harvard University Press, 2001. DAWOOD, Yasmin. **The Antidomination Model and the Judicial Oversight of Democracy**. *The Georgetown Law Journal*, v. 96, 2008.

²⁴ A tendência maximalista se apresenta nos demais casos analisados neste artigo. Um indício dessa

Em torno do segundo eixo, estão divididos os modelos individualistas e estruturalistas.²⁵ Modelos individualistas concebem a supervisão judicial do processo democrático em termos de proteção de direitos individuais.²⁶ Para esse modelo, as cortes têm como função evitar danos causados pelas regras que estruturam o processo democrático a direitos individuais, como a igualdade ou a liberdade. Modelos estruturalistas, por sua vez, concebem a supervisão judicial do processo democrático em termos de proteção do bom funcionamento das instituições democráticas na distribuição do poder político.²⁷ Para esse modelo, os danos ao processo democrático a serem evitados pelas cortes dizem menos respeito a violações a interesses individuais e mais respeito a patologias que atingem a infraestrutura do processo democrático, responsável por distribuir poderes entre os diversos agentes e grupos políticos que disputam o poder por meio da competição eleitoral. Em vez de evitar danos de primeira ordem associados à igualdade ou à liberdade individuais, as cortes deveriam evitar danos de segunda ordem

tendência encontra-se, por exemplo, no voto do Ministro Maurício Corrêa no julgamento do RE nº 197.917-8, em que usa como justificativa para a intervenção do STF a necessidade de se combater imperfeições na forma como as instituições políticas funcionam: “Não há dúvida que essa forma abusiva de escolha do número de vereadores acaba por permitir o uso indevido e perdulário dos recursos que são encaminhados aos municípios, sobretudo de seu Fundo de Participação. Esses recursos destinados aos municípios, na verdade, convertem-se em um rateio para manutenção de vereadores e uma série de outras regalias concedidas em sua função, repassado que é para essas unidades, e com o qual são pagos esses dispêndios. **Ora, o Brasil vive um momento difícil e portanto não pode se dar ao luxo de possibilitar despautério dessa ordem, constituindo-se a medida, além de ter base e fundamentos jurídicos, como antes mencionei em meu voto e os colegas que me acompanharam também sustentaram, substancial economia para os minguados orçamentos municipais**”. (grifos nosso) STF. **Recurso Extraordinário nº 197.917-8**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 24 de Março de 2004, p. 465.

²⁵ Cf. CHARLES, Guy-Uriel. **Judging the Law of Democracy**. Michigan Law Review, v. 103, n. 6, pp. 1099-1141, 2005.

²⁶ Cf. HASEN, Richard L. **The Supreme Court and Election Law: judging equality from Baker v. Carr to Bush v. Gore**. New York: New York University Press, 2003.

²⁷ Cf. ISSACHAROFF, Samuel; KARLAN, Pamela; PILDES, Richard. **The Law of Democracy: legal structures of the political process**. Washington: Foundation Press, 2007. ISSACHAROFF, Samuel; PILDES, Richard H. **Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process**. Stanford Law Review, v. 50, n. 3, pp. 643-717, 1998. PILDES, Richard H. **The Theory of Political Competition**. Virginia Law Review, v. 85, n. 8, pp. 1605-1626, 1999. DAWOOD, Yasmin. **Electoral Fairness and the Law of Democracy: a structural rights approach to judicial review**. University of Toronto Law Journal, v. 62, pp. 499-561, 2012.

associados às regras que estruturam o jogo político, que criam as condições institucionais para que resultados de primeira ordem sejam obtidos. Tais danos estruturais normalmente estão relacionados prejuízos à competição eleitoral ou a institutos de *accountability* que conduzem ao entrincheiramento político das elites no poder.²⁸ Embora este trabalho não tenha se proposto a analisar as decisões do STF por essa perspectiva, a minha hipótese é de que a abordagem empregada pela Corte tende ao estruturalismo na supervisão do processo democrático.²⁹

Nesse estudo anterior, denominei o modelo adotado pelo STF, que conjuga preocupações maximalistas com preocupações estruturais, de modelo baseado na maximização de bens democráticos, e o contrastei ao modelo de proteção de direitos individuais, baseado numa abordagem individual da supervisão judicial do processo democrático, e ao modelo antidominação, baseado numa abordagem estrutural, mas minimalista, da supervisão judicial do processo democrático.³⁰ O aprofundamento do

²⁸ Cf. LEVINSON, Daryl; SACHS, Benjamin I. **Political Entrenchment and Public Law**. The Yale Law Journal, v. 400, n. 125, pp. 400-482.

²⁹ Um indício disso são os julgamentos do STF em matéria de financiamento eleitoral e de cláusula de barreira. Concorde-se ou discorde-se com as concepções de competição eleitoral e de pluripartidarismo defendidas pelo Ministro Marco Aurélio na ADI nº 1.351, seu voto é um bom exemplo de abordagem estrutural. A preocupação do ministro exposta no seguinte trecho ilustra isso: “Esta Corte é chamada a pronunciar-se sobre a matéria a partir da Constituição Federal. Descabe empunhar a bandeira leiga da condenação dos chamados partidos de aluguel, o preconceito, mesmo porque não se pode ter como a revelá-los partidos, para exemplificar, como o Partido Popular Socialista – PPS, o Partido Comunista do Brasil – PC do B, o Partido Verde – PV e o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, sendo que este último, aliás, é condenado a não subsistir sem que tenha experimentado espaço de tempo indispensável a lograr grau de acatamento maior frente ao eleitorado. Se, impossibilitado de figurar junto à Casa para a qual elegeu deputados, tendo substancialmente mitigada a participação no fundo partidário e no horário de propaganda eleitoral, não deixará jamais a situação embrionária, própria ao surgimento de uma nova sigla. Permanecerá, se tanto, em plano secundário, inviabilizado o acesso eficaz a eleitores, o que somente ocorre em virtude da atuação parlamentar e da divulgação de metas partidárias”. STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351 e 1.354**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 07 de Dezembro de 2006, p. 59.

³⁰ Como concluí nesse trabalho: “Empregada pela Corrente Fux, essa concepção [baseada na maximização de bens democráticos] sustenta um papel mais ativo do STF em matéria de processo político-eleitoral; reconhece o papel representativo (e, eventualmente, um papel inclusive iluminista, como proposto por Barroso) do STF no julgamento dessas matérias; bem como, desse modo, atribui à Corte a função de realizar modelagens institucionais que otimizem e aperfeiçoem o processo democrático

estudo teórico e empírico desses modelos, associado à análise dos papéis desempenhados pelos tribunais esboçada neste artigo, nos oferecerá uma melhor compreensão dos diferentes papéis desempenhados pelo STF na supervisão do processo democrático. Para os interessados nas razões jurídicas e políticas que fundamentam essa supervisão, o estudo desses modelos parece representar o caminho a ser seguido.

6. Bibliografia

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Número de vereadores proporcional à população. **Recurso Extraordinário nº 197.917-8**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 24 de Março de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Resolução nº 21.702/2004 do Tribunal Superior Eleitoral. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.345**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 25 de Agosto de 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Cláusula de barreira. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351 e 1.354**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 07 de Dezembro de 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Doações eleitorais. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de Setembro de 2015.

quando forem diagnosticados casos de mal funcionamento de suas instituições. Seus adeptos buscaram aprimorar institucionalmente o modelo brasileiro de financiamento eleitoral à luz dos bens democráticos previstos constitucionalmente. Para isso, considerações estruturais relacionadas à qualidade do ambiente institucional e à distribuição de poder na democracia brasileira foram consideradas pelos ministros ao decidirem pela inconstitucionalidade das doações eleitorais por pessoas jurídicas. A corrente majoritária entendeu que o financiamento empresarial prejudica a igualdade de condições na competição eleitoral, bem como compromete a igualdade de condições na representação política, uma vez que o arranjo existente distribuiria poder para eleitores, candidatos e partidos políticos com mais recursos financeiros à sua disposição. Visando resguardar o bom funcionamento institucional da democracia brasileira, restituir a confiança da população nas instituições representativas e, assim, proteger e promover certos bens democráticos previstos constitucionalmente, a Corte declarou a inconstitucionalidade do financiamento empresarial.” Cf. MARQUES NETO, Pedro. **Supervisão Judicial do Financiamento de Campanha Eleitoral: proteção de direitos individuais, maximização de bens democráticos e modelo antidominação**. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de SP, São Paulo, 2018, pp. 111-112.

_____. Supremo Tribunal Federal. Fundo Partidário para candidaturas femininas. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.617**. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 23 de Março de 2018.

CHARLES, Guy-Uriel. **Judging the Law of Democracy**. Michigan Law Review, v. 103, n. 6, pp. 1099-1141, 2005.

CORTEZ, Rafael; MARCHETTI, Vitor. **A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais**. Opinião Pública, Campinas, v. 15, nº 2, pp.422-450, 2009.

DAWOOD, Yasmin. **The Antidomination Model and the Judicial Oversight of Democracy**. The Georgetown Law Journal, v. 96, 2008.

_____. **Electoral Fairness and the Law of Democracy: a structural rights approach to judicial review**. University of Toronto Law Journal, v. 62, pp. 499-561, 2012.

HASEN, Richard L. **The Supreme Court and Election Law: judging equality from Baker v. Carr to Bush v. Gore**. New York: New York University Press, 2003.

ISSACHAROFF, Samuel; KARLAN, Pamela; PILDES, Richard. **The Law of Democracy: legal structures of the political process**. Washington: Foundation Press, 2007.

ISSACHAROFF, Samuel; PILDES, Richard H. **Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process**. Stanford Law Review, v. 50, n. 3, pp. 643-717, 1998.

LEVINSON, Daryl; SACHS, Benjamin I. **Political Entrenchment and Public Law**. The Yale Law Journal, v. 400, n. 125, pp. 400-482.

MARCHETTI, Vitor Emanuel F. Jr. **Poder Judiciário e Competição Política no Brasil: uma análise das decisões do TSE e do STF sobre as regras eleitorais**. Tese (Doutorado em Ciência Sociais: Política) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

MARQUES NETO, Pedro. **O Supremo Tribunal Federal e a Reforma do Sistema Eleitoral: da judicialização à reforma a conta gotas?** Monografia de Conclusão de Curso – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2014.

_____. **Supervisão Judicial do Financiamento de Campanha Eleitoral: proteção de direitos individuais, maximização de bens democráticos e modelo**

antidominação. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de SP, São Paulo, 2018.

PILDES, Richard H. **The Theory of Political Competition.** Virginia Law Review, v. 85, n. 8, pp. 1605-1626, 1999.

ROSS, Don. **Game Theory.** The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2014. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/gametheory/>.

SUNSTEIN, Cass. **Political Equality and Unintended Consequences.** Columbia Law Review, v. 94, n. 4, pp. 1390-1414, 1994.

SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: judicial minimalism on the Supreme Court.** Cambridge, USA: Harvard University Press, 2001.

TAYLOR, Matthew. **Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil.** Stanford: Stanford University Press, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia.** Revista Direito GV, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008.

RADIOGRAFIA DA IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL NO STF

Marina Slhessarenko F. Barreto

Graduanda em Direito pela Universidade de São Paulo, aluna da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público de 2017 e membra do grupo PET Sociologia Jurídica entre 2016 e 2018.

Diogo Rais

Doutor e mestre em Direito do Estado pela PUC-SP e professor de direito eleitoral da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Resumo: No artigo analisamos a aplicação do instituto da imunidade parlamentar material no Supremo Tribunal Federal. É investigada a extensão da proteção dos discursos proferidos pelos parlamentares em sede penal, com foco (i) nas características que qualificam cada discurso realizado, (ii) nos traços estruturantes do instituto e (iii) nas razões de decidir dos ministros em cada caso. Os métodos utilizados são tanto quanti, quanto qualitativos. Como resultados, percebem-se a concorrência de diversos elementos para a tomada de decisões pelos ministros, com sua prevalente dispersão, e as concepções do âmbito de proteção da imunidade material, com diverso grau de proteção de discursos de acordo com o local de seu proferimento.

Palavras-chave: imunidade material; discurso parlamentar; inviolabilidade; Supremo Tribunal Federal.

Abstract: In this article, we analyze the application of parliamentary immunity on the Brazilian Supreme Court. The research is about the extension of the protection for parliamentary speech in criminal actions, focusing on (i) characteristics that qualify every speech, (ii) structural traces of the institute and (iii) rationes decidendi used by judges. The methods are both quanti and qualitative. As results, we show the use of concurrent elements in decision-making process, with its prevalent dispersion, and conceptions of the protection scope of material immunity, with different protection degrees according with the place of the speech.

Keywords: material immunity; parliamentary speech; inviolability; Brazilian Supreme Court.

Sumário: 1. Introdução – 2. Metodologia – 3. Pressupostos para a incidência da imunidade material – 4. Elementos usados para a tomada de decisões. 4.1. Prevalência dos elementos – 5. Âmbito de proteção da imunidade material. 5.1. Approach estrutural: traços do instituto da imunidade parlamentar; 5.1.1. Finalidades do instituto da imunidade parlamentar; 5.1.2. Funções parlamentares; 5.1.3. Âmbito de proteção da imunidade material: estrutural; 5.2. Approach incidental: elementos e razões de decidir sob a lente da incidência ou não da inviolabilidade; 5.2.1. Âmbito de proteção por elementos; 5.2.2. Âmbito de proteção por razões de decidir; 5.2.2.1 Discursos protegidos dentro do Congresso Nacional; 5.2.2.2. Discursos protegidos fora do Congresso Nacional; 5.2.2.3. Discurso não protegido dentro do Congresso Nacional; 5.2.3.4. Discursos não protegidos fora do Congresso Nacional; 5.2.2.5. Discursos protegidos versus não protegidos - 6. Conclusão - 7. Bibliografia.

1. Introdução

A discussão sobre liberdade de expressão no Brasil, segundo Macedo (2017), ainda é desprovida do rigor conceitual característico da doutrina norte-americana. Descendo ao nível dogmático, também, essa falta de rigor conceitual acarreta consequências, como a casuística que impera no dia-a-dia das Cortes. Essa casuística se dá não só nas instâncias inferiores, mas também nos Tribunais Superiores, a que atacam menos casos, trazendo subjacentes demandas pela definição de limites mais precisos ao livre discurso.

Neste artigo, propomos discussão em um campo específico da liberdade de expressão: o dos discursos parlamentares litigados no Supremo Tribunal Federal (STF). Para esses discursos, além de possivelmente incidir a liberdade de expressão, pode haver a proteção pela imunidade parlamentar material ou inviolabilidade³¹. Essa imunidade significa a não responsabilização civil e penal por quaisquer opiniões, palavras e votos, conforme delineado no art. 53 da Constituição brasileira³². Assim, estando algum

³¹ Imunidade material e inviolabilidade são sinônimos. Elas se diferenciam da imunidade formal, na medida em que essa última se refere à não possibilidade de prisão durante o mandato e à possibilidade de sustação de processos em curso contra o parlamentar.

³² Constituição Federal: Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por

pronunciamento coberto por essa imunidade, não há que se responsabilizar o parlamentar por injúria, calúnia ou difamação, no campo penal, ou sujeitá-lo ao pagamento de indenizações no campo civil.

Os objetivos se concentram em traçar um perfil dos casos em que o Tribunal é provocado a decidir, verificando (i) as características de cada discurso individual, que servem como razões para a tomada de decisões dos ministros ora pela incidência ora pela não incidência da imunidade material, (ii) os argumentos usados pelos ministros para delimitar o âmbito de proteção da imunidade material, sejam eles argumentos sobre o funcionamento do instituto ou sobre os discursos em espécie como protegidos pelo instituto e (iii) a alta ou baixa proteção dos discursos de acordo com o local de seu proferimento, dentro ou fora do Congresso Nacional. Se expressos dentro do Congresso Nacional, temos como hipótese que os discursos serão mais protegidos; se fora, por outro lado, que haverá menor proteção.

O caminho a ser percorrido aqui parte de explanações metodológicas, para, em seguida, tratar das razões que moldam os julgados sobre imunidade material, com base nas características dos discursos litigados e, por fim, esboçar o âmbito de proteção do instituto.

2. Metodologia

A amostra empírica que embasou o artigo é composta de julgados no campo penal contra deputados federais e senadores, em lapso temporal que se estende de 20/12/2001³³ até 16/07/2017³⁴, totalizando 56 decisões, distribuídas entre 51 processos - em sua maioria inquéritos (80,4%). Para analisá-los, foram empregados os seguintes métodos:

quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

³³ Data que representa o termo inicial da atual redação do dispositivo constitucional atinente à imunidade parlamentar material.

³⁴ Esse termo final corresponde ao termo final utilizado em pesquisa empírica que embasou o presente artigo, realizada na Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público. Ver BARRETO, M. S. F. **Liberdade de Expressão Parlamentar: dimensões, elementos e âmbito de proteção da imunidade material**. 2017. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/publication/liberdade-de-expressao-parlamentar-dimensoes-elementos-e-ambito-de-protecao-da-imunidade-material/>.

Em primeiro lugar, foi adotada a perspectiva de ministros emissores de decisões e não de um Tribunal único, ainda que só sejam analisadas decisões colegiadas. Não é do escopo deste artigo o aprofundamento nessa questão, mas importa notar que, dentro de um mesmo Tribunal, há diversas agregações possíveis entre os ministros e isso impacta a forma e o conteúdo das decisões tomadas.

Na análise de elementos (seção 4), também foi empregada distinção proposta por Klafke e Pretzel (2014) em relação às coalizões para a fundamentação da decisão e a tomada da decisão em si. De acordo com os autores, há dois conceitos importantes no processo de *decision-making*: a maioria fundamentadora e a maioria decisora. A maioria decisora reflete pronunciamento sobre o mero resultado da ação em julgamento (procedência ou não, grosso modo), ao passo que a maioria fundamentadora representa a fundamentação que embasará o resultado final do acórdão, refletindo idealmente consensos e dissensos. Como nos foi importante saber quais os argumentos trazidos para fundamentar as posições vencedoras, nos apoiamos não apenas na corrente vencedora quanto ao dispositivo decisório, que indica se a ação foi procedente ou não, mas em específico nos votos que traziam os fundamentos vencedores, se é que possível os distinguir³⁵.

A partir disso, foi realizada análise estatística dos dados sumarizados nas fundamentações vencedoras, que permitiu a observação de possíveis correlações entre argumentos trazidos acerca de características do discurso e o resultado de acolhimento ou não da imunidade parlamentar.

Além disso, foi empregado método qualitativo para a análise de argumentos sobre o instituto da imunidade parlamentar e para a identificação das razões de decidir. Inclusive, na análise das razões de decidir (seção 5.2.2), foram selecionados argumentos não só das fundamentações vencedoras, mas também de outras partes do acórdão que não os votos vencidos, como os relatórios.

Por fim, partimos da diferenciação entre o que enseja a proteção de um discurso e os efeitos da proteção desse discurso, do que se passa a tratar na próxima seção.

³⁵ Isso trouxe algumas dificuldades justamente por o desenho institucional do STF não prezar pela formação de maiorias fundamentadoras: é comum não haver fundamentos compartilhados ou, ao menos dialogados, entre ministros. Em alguns casos, de ações julgadas em turmas, a mera agregação entre dois ministros da corrente vencedora já me representou uma "maioria fundamentadora", se os demais não compartilhavam fundamentos entre si.

3. Pressupostos para a incidência da imunidade material

A imunidade parlamentar material é um instituto aplicável, em sede penal, a casos em que há ou é provável que haja um crime contra a honra^{36, 37}. Na maioria dos casos, portanto, lida-se com, no mínimo, dois possíveis enquadramentos jurídicos, o de crime contra a honra³⁸ e o de imunidade parlamentar.

Nesse sentido, há quatro combinações possíveis dos enquadramentos jurídicos em cada caso, de acordo com a existência³⁹, em tese, de crime contra a honra⁴⁰ e a incidência de imunidade parlamentar. São elas:

- (I) existência de crime contra a honra e incidência de imunidade parlamentar;
- (II) não existência de crime contra a honra, mas incidência de imunidade parlamentar;
- (III) existência de crime contra a honra e não incidência de imunidade parlamentar e
- (IV) não existência de crime contra a honra e não incidência de imunidade parlamentar.

Esse modelo de base, porém, pode ser complexificado e simplificado, a depender de considerações acerca do método de julgamento ou dos efeitos de cada enquadramento sobre a utilidade do enquadramento posterior.

Para exaurir as situações hipotéticas, o modelo pode envolver o fator *ordem* de julgamento de cada enquadramento jurídico, o que dobra o número de hipóteses a oito. A importância disso se relaciona à consideração do enquadramento da imunidade parlamentar como prioritário ou não em relação ao(s) subsequente(s), o que pode levar a

³⁶ Os ministros comumente chamam crimes contra a honra de 'delitos de opinião'.

³⁷ Isso porque, em não havendo a suspeita de um crime contra a honra, é improvável que se ajuíze ação contra congressista, a menos que se faça um pedido de explicações com vistas a elucidar o conteúdo do discurso proferido. O pedido de explicações é um instrumento utilizado quando há situação de dúvida, ambiguidade ou equivocidade quanto ao conteúdo de pronunciamentos, servindo ao aparelhamento da ação penal principal. Ele é disciplinado pelo art. 144 do Código Penal: Art. 144. Se, de referências, alusões ou frases, se infere calúnia, difamação ou injúria, quem se julga ofendido pode pedir explicações em juízo. Aquele que se recusa a dá-las ou, a critério do juiz, não as dá satisfatórias, responde pela ofensa.

³⁸ Pode haver o enquadramento de mais de um crime contra a honra nos casos, mas, para efeitos de simplificação analítica, admitiu-se como um enquadramento uno o de crime contra a honra, mesmo porque, para fins de observação dos efeitos, não há diferença digna de nota.

³⁹ Entenda-se aqui a consideração positiva de materialidade e autoria acerca do crime.

⁴⁰ “Em tese” porque, na verdade, se incide o instituto da imunidade parlamentar material, não há crime contra a honra, e é excluída a ilicitude do feito.

seu julgamento como matéria preliminar, capaz de impedir o julgamento do mérito do processo^{41, 42}.

Ao considerar os efeitos úteis de cada enquadramento, por outro lado, há a aproximação das situações (I) e (II), em um polo, e (III) e (IV) em outro, supondo a imunidade parlamentar ser o primeiro enquadramento a ser realizado. Isso se dá em decorrência do fato de que não importa, para fins de responsabilização do congressista, a constatação do crime contra a honra quando a imunidade é enquadrável em um caso. Ou seja, independentemente do resultado do enquadramento como calúnia, injúria ou difamação, o parlamentar será protegido pela imunidade, o que impede sua responsabilização penal. Nas hipóteses de descarte do enquadramento de imunidade, no entanto, o enquadramento penal que se segue terá efeitos úteis sobre o resultado do julgamento: se enquadrado crime contra a honra, o congressista será responsabilizado, caso contrário, não haverá responsabilidade.

Se considerarmos, entretanto, que o crime contra a honra será julgado antes, então apenas em caso de afirmação de sua materialidade ou autoria é que será útil o julgamento da imunidade material. Afinal, não existindo o crime ou não sendo autor do

⁴¹ O Regimento Interno do STF (RISTF) prevê que matérias preliminares serão apreciadas antes do mérito do processo, em consonância com o Código de Processo Civil (CPC). Dentre as matérias expressamente arroladas como preliminares no CPC, não consta a imunidade material de parlamentares. Isso, entretanto, não impede que ministros do Supremo Tribunal Federal julguem a matéria, por vezes, à título de matéria preliminar. Acolhida a imunidade como preliminar, a regra seria a extinção do julgamento do mérito do processo, tendo em vista que outras matérias assim rotuladas geram esse efeito. Nem sempre, contudo, o acolhimento de preliminares impede a apreciação do mérito.

Em relação ao todo dos processos, nove (quase 18%) tiveram a imunidade material julgada como preliminar. Em um desses processos, inclusive, o acolhimento da imunidade como preliminar não extinguiu o exame, ainda que em tese, do crime contra a honra. Dos processos restantes, um teve a imunidade julgada enquanto matéria prejudicial, trinta e três (cerca de 65%) foram julgados com o enquadramento da imunidade antes do enquadramento de crime contra a honra e, em oito (cerca de 16%), ocorreu o oposto.

⁴² Com as recentes mudanças no entendimento de ministros do STF sobre o foro por prerrogativa de função, é desejável que a imunidade material seja julgada como preliminar. Isso porque se entendeu que devem estar cumulativamente presentes os requisitos de (i) conexão com o exercício da função e (ii) cometimento de crime durante o mandato, requisitos que se identificam com aqueles que embasam a imunidade material.

crime o congressista em questão, o resultado de não-responsabilidade não será afetado pela incidência ou não de imunidade parlamentar.

4. Elementos usados para a tomada de decisões

Para a tomada de decisões acerca da imunidade parlamentar, diversas razões foram invocadas pelos ministros. Tanto razões de ordem mais abstrata, como sobre a existência, história e finalidades do instituto, quanto razões estritamente atinentes aos discursos em espécie foram trazidas. A essa segunda classe de razões se atribuiu o nome de elementos dos discursos, sendo eles capazes de projetar a decisão para um sentido ou para o outro, a depender de como foi sua agregação nos casos em discussão. Esses elementos, portanto, dizem respeito a razões individualizáveis daquelas decisões, com base exclusivamente naquilo estabelecido nas fundamentações vencedoras.

Essas razões individualizáveis foram lidas por um filtro binário, em termos de sua relevância ou irrelevância para a tomada da decisão. A relevância foi inferida a partir da argumentação dos ministros, que levantasse esses elementos, ao menos mencionando-os, seja para afirmar sua existência, seja para negá-la. A irrelevância, em contraste, foi traduzida de forma mais literal, pela menção expressa dos ministros acerca do não impacto daquele elemento para a tomada da decisão final⁴³. Com todas as facilidades que essa perspectiva traz para a análise quantitativa, ainda assim há que se ressaltar que ela não é suficiente para encarar a complexidade real das razões em jogo, demandando exame complementar, elucidado na seção 5.2.2⁴⁴.

Os elementos encontrados dizem respeito ora aos agentes envolvidos no proferimento e propagação do discurso, ora ao discurso em si, ou ao contexto discursivo. Cada grupo de elementos está elencado a seguir, bem como uma breve definição sobre o que se trata.

⁴³ A simples não menção a um elemento, na prática, tem efeitos análogos à não importância. No entanto, foi considerada a neutralidade da não menção para a análise dos dados, em nome da fidelidade ao que foi estritamente trazido pelos ministros individual ou coletivamente.

⁴⁴ Isso porque ela não apreende os traços específicos de cada elemento, mas sim sua mera consideração ou não como uma razão de peso para o caso em discussão. Um exemplo pode ser ilustrativo dessa questão: pode haver mais de uma condição ou qualidade de agente invocado por processo, o que efetivamente se deu em um dos processos analisados.

Os elementos relacionados aos agentes são:

Condição ou qualidade ("condição")

Algum papel profissional (profissão, candidatura, etc.) ou social (integração a um grupo social ou minoria) exercido, além do de congressista.

Intenção do querelado/ denunciado⁴⁵ ("intenção")

Consideração positiva ou negativa ou de dolo⁴⁶, ou de mera intenção de criticar, fiscalizar, narrar ou opinar, mutuamente excludentes entre si.

Já os elementos discursivos em sentido estrito são os seguintes:

Teor ("teor")

Conteúdo discursivo.

Linguagem usada ("linguagem")

Termos do discurso considerados no julgamento, geralmente porque ditos desproporcionais ou chulos. Eles também são aptos a ensejar responsabilização política nas casas legislativas, por falta de decoro.

Possível enquadramento de crime contra a honra⁴⁷ ("possível crime contra a honra")

Exame sobre materialidade e autoria em calúnia, injúria ou difamação para o julgamento do caso.

Exceção de verdade ("verdade")

Mecanismo que enseja prova de veracidade do fato imputado em acusações de calúnia ou difamação, tornando atípico esse fato.

Gravidade penal ("gravidade penal")

Enxergada geralmente sob a lente da inexistência, ela corresponde à adequação do pleito em sede penal. Alguns ministros acham que há discursos não detentores de lesividade necessária para serem litigados nessa esfera.

⁴⁵ Denunciados são aqueles que figuram no polo passivo de ações penais de iniciativa pública. Por outro lado, querelados são aqueles que integram o polo passivo em ações penais de iniciativa privada.

⁴⁶ Na verdade, o momento correto para o julgamento definitivo acerca de dolo na realização do discurso é após o recebimento da denúncia, na instrução probatória. Isso não impede, contudo, que haja juízo nessa fase sobre a matéria, mesmo porque há como excluir de plano a existência de dolo.

⁴⁷ Esse elemento já foi tratado anteriormente em duas situações diferentes. Primeiro, quando de seu enquadramento *em tese*, já que, na prática, a incidência de imunidade exclui a ilicitude do feito. Também foi mencionado o possível enquadramento “eficaz”, quando do descarte da incidência de imunidade. Com relação a esse elemento aqui, há captação de ambas as situações indistintamente, afinal, elas geram o mesmo efeito: consideração dele como razão para decidir.

Área diversa da área política coberta pela imunidade ("área")

Área não protegida pela imunidade material, ainda que pertencente à esfera política, como a de divergências intrapartidárias ou mesmo a área pessoal.

Por último, são elementos contextuais:

Local de proferimento ("local")

Onde foi proferido o discurso pleiteado em juízo⁴⁸.

Repercussão ("repercussão")

Eco produzido pelo discurso proferido pelo parlamentar, seja em redes sociais ou outros meios de comunicação.

Evento antes ou durante o proferimento do discurso, ligado a ele ("evento")

Fato que revela a inserção do discurso em um panorama maior, que possivelmente elucida pressupostos para sua ocorrência.

Razão/ motivo do proferimento do discurso ("razão")

Diferente da intenção do agente, aponta para o porquê da existência daquele discurso em termos objetivos. Não será investigado o ânimo de cada agente, mas sim os elementos exteriores a ele que ajudam a entender a ocorrência do proferimento realizado, como a realização de atos tipicamente legislativos⁴⁹.

Resposta ("resposta")

Réplica a pronunciamento anterior, como a retorsão em casos de injúria, capaz de elidir a responsabilidade penal.

4.1. Prevalência dos elementos

A partir de uma análise sobre a incidência de cada um dos elementos nos processos, algumas tendências podem ser traçadas. Uma primeira observação é que o teor do discurso veiculado é uma razão prevalente para a decisão, aparecendo em 90% dos casos. Como único elemento invocado para julgar, porém, ele só apareceu em um⁵⁰ dos

⁴⁸ Cabe mencionar que nem sempre será pleiteado em juízo o discurso originalmente proferido pelo parlamentar, podendo ser pleiteado um discurso derivado do originalmente proferido.

⁴⁹ Outro exemplo da presença dessa razão é o de uma entrevista potencialmente ofensiva, concedida *em razão de* uma prévia ação parlamentar, não potencialmente ofensiva.

⁵⁰ Foi esse o caso do Inq nº 2.840 AgR/GO (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 09/05/2013).

51 processos, ao passo que apareceu combinado apenas com elementos estritamente do discurso em outros dois⁵¹.

O local é o segundo elemento mais aportado entre os ministros, aparecendo em pouco mais de 60% dos casos, embora a taxa de justificação de sua irrelevância seja a mais alta também: em aproximadamente 15% dos processos se apontou a não importância do local do discurso para a incidência da imunidade parlamentar. Essa elevada taxa pode ser explicada pelo posicionamento de alguns ministros contra a doutrina da inviolabilidade absoluta⁵². De acordo com Celso de Mello, Mauricio Corrêa, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Marco Aurélio⁵³, não importa, para fins de exclusão de responsabilidade, que o discurso tenha sido proferido dentro das dependências do Congresso Nacional: de qualquer forma, deve ser analisado o teor discursivo para verificar a pertinência com o mandato parlamentar.

Bem como o teor discursivo, o local raras vezes é visto como suficiente para sustentar a decisão em um certo sentido. Em apenas três casos⁵⁴ isso ocorreu, todos no sentido do acolhimento da imunidade parlamentar, em conformidade com a doutrina da inviolabilidade absoluta. Como se pode observar, essa doutrina é controversa no Tribunal, sendo defendida por alguns ministros e rejeitada por outros. Isso será retomado na seção 5.

Em terceiro lugar no quesito prevalência está o elemento da possível existência de crime contra a honra, com aplicação em quase 60% das decisões. Vale perceber que, nas decisões em que se usa desse elemento, nem sempre houve igual menção ao elemento intencional. Esse foi o caso de cerca de 20% desses processos: julgou-se com base na

⁵¹ Esses casos foram: Inq nº 3.925/DF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 27/10/2015) e Pet nº 5.875 AgR/DF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 17/03/2017).

⁵² A inviolabilidade absoluta, conforme defendida por outros ministros, está relacionada à automaticidade de proteção dos discursos proferidos dentro do Congresso Nacional. Nesses casos, argumenta-se que, em se tratando de discurso proferido dentro do recinto legislativo, a imunidade incide de forma peremptória, independentemente do teor daquilo veiculado.

⁵³ Esse ministro tanto rechaçou quanto defendeu essa posição.

⁵⁴ Inq nº 1.400 QO/PR (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04/12/2002), Inq nº 4.177/DF (Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, j. 12/04/2016) e Inq nº 3.817/DF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/04/2015).

possibilidade ou não de crime contra a honra, passando-se ao largo da consideração sobre a intenção do agente emissor do discurso, mesmo porque, definitivamente, ela cabe ser feita apenas após o recebimento da denúncia contra esses parlamentares⁵⁵. Cabe notar também que, levando a tendência dos elementos anteriores ao extremo, em nenhum caso o elemento possível crime contra a honra foi, sozinho, suficiente para motivar um sentido decisório, estando sempre associado ao teor discursivo, no mínimo. Esses três elementos estão presentes em mais de 50% dos casos. Após eles, os elementos mais presentes são evento, intenção e condição/qualidade, com percentuais entre 40 e 50%. Todos esses elementos dependem do conteúdo discursivo, ainda que, na maioria das vezes, associem-se também a outros elementos.

Em seguida na ordem de prevalência decrescente, aparecem área, razão e resposta, com percentuais entre 10 e 20%. Nenhum desses elementos configura uma forte razão para decidir, apresentando alto índice de agregação a outros elementos, sejam eles do discurso, do agente ou do contexto. A regra é que concorram entre quatro e sete elementos diferentes para decisões em que há área ou razão. Para a resposta, não há um padrão verificável; geralmente ela aparece combinada a diversos outros elementos, mas em um caso ela sustentou sozinha um sentido decisório⁵⁶.

Finalmente, os elementos verdade, repercussão, gravidade penal e linguagem aparecem em menos de 10% das decisões. Conforme tendência que aparece também nos elementos razão e área, eles também são invocados juntamente com vários outros elementos, combinando-se com até mais seis diferentes.

Em suma, foi possível observar a concorrência de elementos muito diversos entre si para a tomada de decisões, representando ora razões mais fortes, ora menos para algum sentido decisório. De qualquer maneira, é exceção que, sozinho, um elemento sustente uma decisão, em conjunto com razões de ordem mais abstrata. Os elementos do agente, discurso e contexto aparecem combinados em proporções muito diferentes entre si. Foi observável, porém, a associação total dos elementos possível crime contra a honra, evento, intenção e condição em relação ao teor discursivo.

Feita essa análise, partimos às considerações sobre a abrangência do instituto da imunidade material.

⁵⁵ Na maioria dos casos da amostra, se julga justamente o recebimento da denúncia.

⁵⁶ O caso foi o do Inq nº 1.937/DF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 24/09/2003).

5. Âmbito de proteção da imunidade material

Para tratar do âmbito de proteção da imunidade material, são sugeridos dois *approaches*. O primeiro se relaciona aos aspectos estruturantes do instituto da imunidade, sendo extraído de argumentos dos ministros com maior nível de abstração. O segundo, por outro lado, diz respeito às razões que individualizam o discurso em cada caso, sendo extraído tanto da agregação dos elementos já estudados quanto das razões para decidir, ambas complementares nessa análise⁵⁷. Ao primeiro *approach* damos o nome de estrutural, ao segundo, de incidental.

Combinando a análise dos *approaches* com a hipótese sobre a dependência da proteção ao discurso em relação ao local onde ele foi proferido, dentro ou fora do Congresso Nacional, chegamos ao panorama a seguir revelado. Antes de partir a ele, todavia, cabe fazer uma ressalva quanto à ambiguidade da hipótese de que aos discursos proferidos dentro do Congresso incidirá maior proteção.

Originalmente, pensamos que os discursos proferidos dentro do Congresso teriam *mais proteção* do que os discursos proferidos fora do recinto parlamentar. Essa hipótese, porém, apresenta uma dubiedade, conforme se verificou posteriormente: "mais proteção" pode incorporar duas concepções diferentes. A primeira delas é a de que proteger mais discursos significa proteger um maior número de discursos e, portanto, aferir seu grau de proteção implica a comparação entre a quantidade de discursos proferidos e protegidos tanto dentro quanto fora do ambiente parlamentar.

Em contrapartida, a segunda concepção pressupõe que a maior proteção de discursos está relacionada a maior variabilidade entre os discursos protegidos, isto é, à abrangência maior de discursos muito diferentes entre si. Para se aferir isso, é preciso realizar não uma comparação entre a quantidade proporcionalmente protegida de discursos por local, mas sim uma filtragem de acordo com os diferentes conteúdos protegidos. Ambas as concepções serão analisadas quando do exame do *approach* incidental ao âmbito de proteção. Primeiro, porém, será examinado o *approach* estrutural.

⁵⁷ A análise de elementos é limitada *ab initio*, já que se detecta a importância ou não de um determinado elemento para o julgamento - e não seu conteúdo. Portanto, ainda que pareça útil, essa análise deve ser complementada por uma análise das razões para decidir um caso.

5.1. Approach estrutural: traços do instituto da imunidade parlamentar

Para esboçar o âmbito de proteção da imunidade material em termos mais abstratos, não só é necessário se atentar aos argumentos que traduzem as concepções dos ministros acerca do instituto em questão, como também a suas finalidades e às funções parlamentares. As finalidades são importantes porque ajudam a delimitar o próprio campo da imunidade, trazendo fundamentos para se estender ou restringir a aplicação a casos específicos. Elas conferem clareza e orientação aos ministros, dando um sentido à existência do instituto.

Também as funções parlamentares aparecem como uma outra limitação importante ao esboço da inviolabilidade. Elas estão ligadas às concepções sobre o mandato parlamentar e sua extensão, que são encampadas quando se trata das finalidades do instituto em questão. Assim, não é possível entender as finalidades da imunidade material sem sustentar alguma concepção subjacente acerca de quais são as atividades a serem exercidas pelos parlamentares, como se observará a seguir. Entender quais são essas funções, portanto, também dá clareza aos ministros para a decisão sobre se um discurso está ou não protegido pela imunidade material.

5.1.1. Finalidades do instituto da imunidade parlamentar

Dentre os acórdãos analisados, há diversos argumentos sobre as finalidades da inviolabilidade. São eles:

bom exercício do mandato representativo;

livre e independente exercício do mandato legislativo;

garantia do amplo exercício da liberdade de expressão e de crítica no exercício das múltiplas funções parlamentares;

garantia da democracia.

Uma primeira observação quanto a esses argumentos de finalidade é que eles não são estanques. Eles podem aparecer combinados e, com efeito, apresentam relações entre si. O argumento do bom exercício do mandato representativo, por exemplo, está ligado ao argumento do livre e independente exercício desse mandato. O *bom* exercício pressupõe um exercício dentro das condições adequadas, que se coadunam com a liberdade e independência do poder que se detém. Portanto, (a) e (b) representam

argumentos similares, sendo as condições do segundo argumento pressupostas para o primeiro argumento.

O argumento (c) pode também ser enxergado de maneira instrumental a (a). Tanto a liberdade de expressão quanto a liberdade de crítica, enxergada como um campo específico do discurso, são vistas como ferramentas ao exercício das funções parlamentares, possivelmente assegurando o bom exercício do mandato. A própria liberdade no exercício do mandato legislativo (argumento (b)), na verdade, implica a liberdade de expressão (argumento (c)).

Por fim, o argumento (d) pode ser visto como uma consequência dos argumentos anteriores. Exercer um bom mandato, isto é, um mandato livre e independente, em que são asseguradas a liberdade de expressão e crítica, enseja o desempenho da democracia, dentre outros inúmeros fatores, é claro.

A dificuldade que se põe aqui, para todos os argumentos, é a necessidade de concepções subjacentes a que eles se lastreiem. Independência, liberdade, liberdade de expressão e de crítica, funções parlamentares e democracia são conceitos disputados por diferentes tradições no campo das ciências humanas. Não faz parte do escopo deste artigo a abertura desse campo teórico, no entanto. Cabe notar, também, que, ao reverenciar esses argumentos, não necessariamente os ministros oferecem insumos teóricos para que se compreenda a tradição a que eles se filiam.

De qualquer forma, ainda que não se discuta em termos teóricos todos esses conceitos, vale o esboço empírico dos achados sobre as funções parlamentares, discutidas em certo grau pelos ministros quando do aporte de argumentos sobre finalidades da imunidade material. Ele será feito no tópico a seguir.

Vale mencionar também que, juntamente com as finalidades supracitadas, surgem argumentos quanto a não-finalidades do instituto em questão. A principal delas, reiteradamente evocada, é a de que a imunidade parlamentar não pode ser traduzida em estatuto pessoal do congressista, apta a gerar total irresponsabilidade jurídica, independentemente do que for proferido. Assim, a imunidade tem sua razão de ser por representar um predicamento *intuitu functionae*, e não *intuitu personae*.

Outra não-finalidade é a criação de desigualdades no âmbito eleitoral. Essa afirmação foi realizada em processos em que se discutia a condição de parlamentar candidato que proferiu discursos potencialmente ofensivos. Nesses casos, argumenta-se no sentido de que, em prol da paridade de armas, princípio reconhecido no direito eleitoral, não se

poderia considerar a imunidade do parlamentar. Isso porque a candidatura do congressista não revela um ofício parlamentar.

Por fim, foi invocada uma não-finalidade diversa em um único caso, em que o deputado federal Jair Bolsonaro teceu comentários alegadamente violentos à deputada Maria do Rosário⁵⁸. No julgamento desse caso, os ministros afirmaram que a imunidade parlamentar não pode atuar em favor da violência de gênero, incentivando a desqualificação da condição feminina.

5.1.2. Funções parlamentares

As funções parlamentares elencadas pelos ministros são várias. Além da função tipicamente legislativa, com a qual todos concordam, há outras:

discursar;

tratar de matérias de interesse coletivo ou geral, que podem ser

traduzidas em três níveis de competências formais e seus desdobramentos político-partidários: a) competências do poder legislativo como um todo; b) competências da casa legislativa em que atue o parlamentar federal; c) competências singulares do agente enquanto membro do Poder⁵⁹;

fiscalizar e controlar o patrimônio público, combatendo a má utilização da coisa pública;

investigar no âmbito das Comissões Parlamentares de Inquérito.

⁵⁸ Após alguns episódios de enfrentamento verbal entre os deputados, Jair Bolsonaro deu uma entrevista ao Jornal Zero Hora, afirmando que nunca estupraria a deputada Maria do Rosário "porque ela é muito ruim", "muito feia", não faz o seu "gênero" (FOSTER, Gustavo. **Bolsonaro diz que não teme processos e faz nova ofensa: "Não merece ser estuprada porque é muito feia"**. GaúchaZH, 10/12/2014), o que foi discutido no Supremo Tribunal Federal.

⁵⁹ Voto do min. Ayres Britto no Inq nº 2036/PA (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, j. 23/06/2004), retomado nos Inquéritos nº 2332 AgR/DF (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 10/02/2011) e 2674/DF (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, j. 26/11/2009), pp. 97 e 98.

Novamente, não é possível considerar essas funções isoladamente, afinal, elas se combinam largamente ao longo do exercício parlamentar. O discursar, especialmente, é uma função transversal às atividades parlamentares. Nesse sentido, como defendido por Rosa Weber no Inq n° 3814/DF⁶⁰ as atividades parlamentares são substancialmente discursivas. É inerente ao cargo de congressista o uso do discurso, entendido aqui como um método para o exercício das atividades parlamentares.

Bem como em (a), as funções elencadas em (b) são transversais ao exercício parlamentar. Qualquer das três competências enumeradas em (b) são guiadas pelo tratamento como matéria de interesse coletivo ou geral. De maneira diversa, as funções (c) e (d) são mais particulares, representando mecanismos de freios e contrapesos do sistema democrático brasileiro. (c) e (d) são funções parlamentares exercidas em diálogo direto com atribuições e autoridade de outros poderes da República, a saber, o administrativo/executivo e o judiciário.

5.1.3. Âmbito de proteção da imunidade material: estrutural

Os argumentos usados pelos ministros quanto ao que a inviolabilidade abrange são, alguns mais, outros menos, pacíficos no Tribunal. São eles, seguidos dos respectivos índices de aceitação no STF, os seguintes:

a inviolabilidade não é absoluta (pacífico)

a inviolabilidade não se dá somente no exercício do mandato, mas também em razão dele (pacífico)

a inviolabilidade é absoluta para discursos proferidos dentro do Congresso Nacional (controverso)

O primeiro argumento merece pontual recapitulação histórica constitucional. A Constituição de 1967 previa expressamente a imunidade material para deputados e senadores *no exercício do mandato*, o que veio a ser suprimido pela nova ordem constitucional. O artigo 53 da Constituição de 1988 estabelece apenas que os congressistas serão invioláveis por suas opiniões, palavras e votos, tanto no âmbito civil quanto no âmbito penal. Apesar dessa supressão, nenhum dos ministros acredita ser a inviolabilidade absoluta. Nesse sentido, ela só tem o condão de proteger discursos de alguma forma relacionados ao exercício do mandato parlamentar.

⁶⁰ Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, j. 07/10/2014.

Isso, aliás, está relacionado ao segundo argumento invocado pelos ministros, também de bastante consenso. De acordo com ele, não só imunidade parlamentar se dá no exercício do mandato, conforme previa a Constituição de 1967, mas também em razão dele. Isso quer dizer que o que atrai a imunidade é a conexão efetiva do discurso com o desempenho de funções parlamentares, não havendo presunção de conexão em razão meramente do proferimento ter sido feito durante o mandato legislativo. Inclusive, vem sendo utilizada a ideia de que deve haver um "nexo de implicação recíproca"⁶¹ entre o discurso e o fato de exercer um mandato parlamentar.

A maior divergência entre os ministros nesse debate é que, para alguns, esse nexo de implicação recíproca é dispensável para discursos proferidos dentro da ambiência do Parlamento. Para eles, há presunção de conexão do discurso proferido dentro do Congresso com o exercício do mandato, sendo praticamente automático o julgamento⁶². Isso nos leva ao terceiro argumento, que sintetiza a discussão sobre aplicabilidade ou não da doutrina da inviolabilidade absoluta, também explicada na seção 4.

5.2. *Approach* incidental: elementos e razões de decidir sob a lente da incidência ou não da inviolabilidade

5.2.1. Âmbito de proteção por elementos

Foram distinguidas treze categorias que qualificam e individualizam os discursos em espécie. Por serem muitas, porém, resta inviabilizada a análise de possível correlação⁶³ com a incidência ou não de imunidade parlamentar. Por isso, esse *approach*

⁶¹ Essa expressão foi cunhada no Inq nº 390 QO/RO (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 27/09/1989).

⁶² Ver Werhan (2004), capítulo 4. O autor defende que, havendo restrições aos discursos com base em conteúdo (*content based restrictions*), é mais difícil sustentar essas restrições ou julgar cada discurso individual como enquadrável ou não nessas restrições. Por outro lado, havendo restrições que não levam o teor discursivo em conta, usando como critério proibitivo o local, por exemplo, as restrições são de mais fácil sustentação e mais automático julgamento.

⁶³ Correlação é uma medida estatística de relacionamento linear entre variáveis, que pode ser medida de algumas formas diferentes. A intenção, de qualquer maneira, é observar se as variáveis são alteradas conjuntamente, o que, entretanto, não pode levar a uma relação de causalidade por si só.

foi pensado considerando os elementos como sendo ou do discurso, ou do contexto ou do agente.

Foi possível traçar apenas uma correlação significativa⁶⁴, entre a utilização de elementos do discurso em si e a não incidência da imunidade parlamentar, através do coeficiente de correlação⁶⁵. Foi apontada uma correlação negativa de -0,42, o que significa que os elementos do discurso em si apresentam-se razoavelmente associados à não incidência da imunidade parlamentar. Assim, é mais comum que em processos em que se nega a existência de imunidade parlamentar haja maior número de elementos do discurso em si em comparação a processos de incidência de imunidade parlamentar. Isso faz sentido se considerarmos o acolhimento da doutrina da inviolabilidade absoluta de discursos proferidos dentro do Congresso por alguns ministros.

Em suma, percebe-se correlação não relevante entre os elementos do agente e contexto e a incidência da imunidade parlamentar nos casos específicos. O que se pode afirmar é que, ao excluir um certo discurso do âmbito de proteção da imunidade material, é provável que se use elementos do discurso em si, mais do que quando se enquadra um discurso no âmbito de proteção da inviolabilidade.

5.2.2. Âmbito de proteção por razões de decidir

Tendo em vista a hipótese de que há maior proteção, a princípio, para os discursos proferidos dentro do Congresso, foi pensada uma divisão entre os discursos efetivamente litigados em (a) discursos protegidos pela imunidade parlamentar, dentro ou fora do ambiente congressual e (b) discursos não protegidos pelo instituto, também dentro ou fora desse ambiente. Após essa divisão por incidência de imunidade e por

⁶⁴ As correlações traçadas foram entre os elementos do agente e a incidência de imunidade, resultando em -0,261; entre elementos do contexto de imunidade, de 0,14 e entre elementos do discurso e imunidade, que resultou em -0,42.

⁶⁵ Ele é a medida padronizada para a aferição da associação entre as variáveis, podendo variar de -1 até +1. O coeficiente +1 indica que duas variáveis estão perfeitamente correlacionadas de forma positiva, ou seja, quando uma aumenta, a outra aumenta na mesma proporção. Já um coeficiente 0 indica a ausência de relacionamento entre as variáveis, i.e., se uma se altera, a outra permanece igual. Por fim, um coeficiente -1 indica um relacionamento negativo perfeito: enquanto uma variável aumenta, a outra diminui por um valor proporcional. Além disso, os valores a que o coeficiente pode chegar, mensurando a correlação entre variáveis, são comumente vistos da seguinte maneira: $\pm 0,1$ representa baixa correlação, $\pm 0,3$, média e $\pm 0,5$ alta (FIELD, 2009, pp. 128 e 129).

local, foi realizado esforço de aproximação ou diferenciação entre eles, formando grupos de discursos detentores de traços comuns.

5.2.2.1. Discursos protegidos dentro do Congresso Nacional

Todos os discursos protegidos dentro do Congresso Nacional, que totalizam um número de seis, têm como objeto condutas de funcionários públicos, seja no âmbito da vida pessoal, seja no âmbito da vida profissional, incluída aqui a atividade parlamentar. Em metade dos processos em que eles são colocados em discussão, é afirmada de modo conclusivo a existência de inviolabilidade absoluta para discursos proferidos dentro do Congresso. Nos outros processos, há outras razões que não só o local, para apoiar a decisão de incidência da imunidade.

5.2.2.2. Discursos protegidos fora do Congresso Nacional

Os discursos proferidos fora do Congresso Nacional apresentam uma variabilidade maior em relação àqueles proferidos em suas dependências. Podemos separá-los em quatro grupos, de acordo com sua especificidade⁶⁶:

discursos sobre funcionários públicos e empresa concessionária de serviço público, totalizando seis;

discursos em referência a fatos ou pessoas investigadas em Comissões, como as CPIs, da Câmara ou Senado, totalizando um número de três;

discursos ligados à área profissional dos querelantes sobre condutas desses querelantes nessa área, totalizando quatro e

um discurso sobre conduta de candidata, envolvendo conflito pessoal.

5.2.2.3. Discurso não protegido dentro do Congresso Nacional

O único discurso não protegido proferido dentro do Congresso Nacional foi aquele proferido pelo deputado Jair Bolsonaro, tendo por alvo a deputada Maria do Rosário⁶⁷. Na verdade, esse discurso específico, originado em uma entrevista, encontra

⁶⁶ Com efeito, alguns grupos são mais específicos que outros, como o (b) em relação ao (a). Em casos de enquadramento possível em mais de um grupo, adotou-se o critério da maior especificidade para a inclusão no grupo.

⁶⁷ Esse discurso foi julgado no Inq nº 3932/DF, em conjunto com a Pet nº 5432/DF (Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21/06/2016).

precedentes em 2003, quando o deputado disse à deputada que jamais a estupraria porque ela não merece. Em 2014, o deputado interpelou novamente a deputada no Plenário da Câmara dos Deputados, reiterando o discurso anterior. Então, um dia depois, em entrevista ao Jornal Zero Hora, explicou o motivo: “porque ela é muito ruim, porque ela é muito feia, não faz meu gênero”. Segundo o relator do caso, ministro Luiz Fux, esse discurso, que condicionou a prática criminosa de estupro ao merecimento da deputada federal, não poderia ser acobertado pela imunidade. O ponto é que, ainda que o discurso proferido na Tribuna do Congresso Nacional também tenha sido colocado em questão, somente o discurso proferido em entrevista no gabinete do deputado (portanto, dentro do Congresso) ensejou responsabilização.

Isso porque, no primeiro caso, o relator acolheu a doutrina da inviolabilidade absoluta, afirmando que a jurisprudência do STF entende ser impossível a responsabilização do parlamentar por palavras ditas no recinto da Câmara dos Deputados. Já quanto ao discurso realizado em entrevista, o ministro afirmou que o fato de o parlamentar tê-la realizado no ambiente parlamentar foi meramente acidental e o discurso proferido poderia ser enquadrado em dois dos três tipos penais chancelados pela acusação.

Expostas essas observações quanto ao caso, algumas conclusões podem ser tiradas. Em primeiro lugar, é de se reiterar a importância da doutrina da inviolabilidade absoluta para discursos proferidos no Congresso Nacional *stricto sensu*⁶⁸, é dizer, na Tribuna ou no Plenário das Casas Legislativas. Ainda que o supramencionado discurso tenha conteúdo semelhante àquele da entrevista (e, portanto, entendido como não relacionado ao mandato ou não derivado dele), ele não ensejou responsabilização *porque* proferido em recinto comumente visto como de “debate democrático de fatos e ideias”⁶⁹.

Um segundo ponto a se notar relaciona-se à argumentação sobre o caráter incidental do local de realização da entrevista. Até o julgamento do presente caso, não havia sido invocado o gabinete de um deputado, que se inclui no Congresso Nacional *lato sensu*, como local de realização de entrevista. Com efeito, entrevistas ocorreram em diversos

⁶⁸ Colocam-se aqui como Congresso *stricto sensu* os ambientes em que ocorrem o debate aberto de ideias, em oposição aos ambientes reservados aos deputados individualmente.

⁶⁹ Voto do relator ministro Luiz Fux, Inq n° 3932/DF/ e Pet 5432/DF (Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21/06/2016), p. 25.

outros locais, inclusive documentados dos autos. O ponto é que, nem sempre, o local de proferimento dessas entrevistas é reputado importante; na verdade, o comum é que não seja. Quando esse local esteve presente, foi para, inclusive, reforçar a desconexão em relação ao mandato parlamentar, como no caso de um discurso proferido em sede de clube de futebol.

Uma hipótese para explicar essa não importância é o fato de os discursos serem conferidas à mídia e, portanto, poderem ser acessados por milhares de cidadãos posteriormente, independentemente do lugar em que foram proferidos. Nesse sentido, o que importa é o veículo em que a entrevista foi disseminada e não propriamente onde ela aconteceu. O público pensado para a entrevista não é o entrevistador ou eventualmente quem mais esteja no momento de sua concessão, mas sim quem virá a lê-la ou acessá-la posteriormente.

Essa hipótese, por um lado, poderia ser olhada sob o filtro do elemento 'repercussão', que procura precisamente captar se houve preocupação, para fins de responsabilização penal, sobre os efeitos de um discurso na sociedade. Entretanto, esse elemento não apresentou incidência significativa na amostra colhida, tendo sido invocado expressamente em apenas dois processos. Por outro lado, o fato de não se verbalizar a preocupação com a repercussão não impede que sua importância seja suposta, justamente, pela não menção ao local de proferimento da entrevista.

De qualquer maneira, não se pode perder de vista que isso não explica a responsabilidade penal. Afirmar a disponibilidade de conteúdo a grande número de pessoas posteriormente não implica intrinsecamente a conexão com o mandato parlamentar ou a derivação a partir dele. O que ela explica é apenas a redução da importância ao local da entrevista, em prol da observação de suas finalidades, quais sejam, atingir um grande número de pessoas ou potencializar o alcance de um discurso. Em contrapartida, afirmar o local da realização da entrevista é uma estratégia direta para o estabelecimento da conexão com o mandato parlamentar. No caso em discussão, por exemplo, tentou-se afirmar que o discurso da entrevista também estaria coberto pela inviolabilidade absoluta por ter sido exprimido nas dependências congressuais.

5.2.3.4. Discursos não protegidos fora do Congresso Nacional

Também nesse caso, assim como no de discursos protegidos fora do Congresso, há uma variabilidade maior de discursos litigados, agrupados da seguinte maneira:

discursos referentes à atuação de funcionários públicos e consequências de suas condutas, totalizando sete;

discursos proferidos por parlamentar candidato ou pré-candidato em âmbito eleitoral, em número de dois;

discursos em área da política não relacionada ao exercício das funções parlamentares, também em número de dois;

discursos de parlamentares inseridos em uma área profissional sobre conduta de querelantes nessa área, totalizando três.

5.2.2.5. Discursos protegidos versus não protegidos

Assim agrupados os discursos, cabem alguns apontamentos. Primeiro, vale ressaltar que se trata aqui apenas dos discursos efetivamente litigados, ou seja, aqueles que foram levados ao STF, em sua competência para julgar os processos daqueles detentores de foro por prerrogativa de função. Isso quer dizer que, em se tratando da variabilidade dos discursos, tem-se um retrato momentâneo, de acordo com os parâmetros temporais da amostra captada, em relação à imunidade material.

Em segundo lugar, há que se notar a não uniformidade de critérios para o agrupamento de discursos. Como as próprias razões para decidir foram muito diversas entre si, não foi possível utilizar apenas um critério, como interlocutor ou alvo do discurso, para agrupar os proferimentos.

Feitos esses apontamentos, é possível traçar respostas à hipótese retratada no início dessa seção, a depender o método que se usa. Em se adotando o critério de maior proteção como maior proporção de discursos protegidos por local de proferimento, tem-se a confirmação da hipótese proposta. 85,71% dos discursos proferidos dentro do Congresso ensejaram proteção pela imunidade parlamentar, ao passo que, fora do Congresso, 68,18% ensejaram-na.

Pela perspectiva da variabilidade de discursos protegidos e não protegidos, porém, a resposta muda em termos descritivos. Há apenas um grupo de discursos protegidos expressos dentro do Congresso Nacional, que é o daqueles discursos voltados à conduta de funcionários públicos. Já quanto aos discursos proferidos fora das dependências congressuais, a variabilidade é significativamente maior: foram detectados quatro grupos de discurso. De qualquer forma, ainda que seja essa a resposta empírica, as orientações fixadas no caso *Bolsonaro vs. Maria do Rosário* (único caso de discurso

proferido dentro do Congresso, mas não protegido⁷⁰) indicam para o caminho da inviolabilidade absoluta dos discursos proferidos na Tribuna ou no Plenário das Casas Legislativas. Assim, com efeito, seria maior a proteção aos discursos nesses locais, em comparação com aqueles fora dessas dependências: independentemente do conteúdo, esses discursos automaticamente teriam proteção.

6. Conclusão

Em suma, procuramos analisar o panorama da liberdade de expressão parlamentar no STF. Como observado, há divergências sobre o modo de operação do instituto da imunidade parlamentar. Ainda que haja pontos pacíficos, como a ideia de que os discursos abrangidos pela imunidade não só são aqueles no exercício do mandato, mas também em razão dele, há discordâncias notáveis, como a doutrina da inviolabilidade absoluta. Mesmo sendo significativo o coro de ministros que discorda da aplicabilidade da presunção suposta pela inviolabilidade absoluta (na atual composição da Corte, quatro ministros), é igualmente expressivo o número de ministros que a aclama. Inclusive, no bojo da única decisão que resultou em responsabilização penal de deputado federal, defendeu-se a doutrina da inviolabilidade absoluta para discursos proferidos *na Tribuna* das Casas Legislativas.

Também, ao longo do artigo, foi mostrada a concorrência de diversos elementos, sejam eles do discurso, do contexto ou do agente, para a tomada de decisões sobre a proteção ou não de um pronunciamento pela imunidade material. Os mais recorrentes foram o teor, local, possível enquadramento como crime contra a honra, intenção e condição. É raro, no entanto, que esses elementos apareçam sozinhos para embasar um sentido decisório, estando, na verdade, combinados de diversas maneiras possíveis. Não foi possível, entretanto, estabelecer correlações significativas entre esses elementos em espécie e a incidência ou não da imunidade. A única correlação relevante foi a negativa entre algum elemento do discurso e a incidência do instituto, o que aponta para o fato de que, em não se protegendo discursos, é comum que a fundamentação passe pelo teor daquilo que foi proferido ou outro elemento do discurso em sentido estrito.

⁷⁰ Ainda que o local tenha sido considerado irrelevante para a responsabilização, em razão do discurso dado em entrevista.

Com todos esses insumos, chegamos à conclusão de que, em termos quantitativos, há maior proteção aos discursos proferidos dentro do recinto congressional em relação àqueles proferidos fora. Por outro lado, a variabilidade observada desses discursos é muito menor, em comparação com os discursos litigados expressos fora das dependências do Congresso, ainda que haja, de qualquer modo, a orientação normativa da inviolabilidade absoluta.

7. Bibliografia

ALMEIDA, E. M. **Decisão do STF sobre foro deixa lista infundável de dúvidas.** Folha de São Paulo, 04 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/05/decisao-do-stf-sobre-foro-deixa-lista-infundavel-de-duvidas.shtml>>. Acesso em 11/07/2018.

BEZERRA, E. **Pedido de explicações cabe apenas em caso de dúvida.** Revista Consultor Jurídico, 25 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-fev-25/pedido-explicacoes-cabe-apenas-duvida-reafirma-stf>>. Acesso em 02/07/2018.

BARRETO, M. S. F. **Liberdade de Expressão Parlamentar: dimensões, elementos e âmbito de proteção da imunidade material.** 2017. Disponível em <<http://www.sbdp.org.br/publication/liberdade-de-expressao-parlamentar-dimensoes-elementos-e-ambito-de-protecao-da-imunidade-material/>>. Acesso em: 09/07/2018.

CORREL (Função CORREL). **Suporte do Office.** Disponível em: <<https://support.office.com/pt-br/article/CORREL-Fun%C3%A7%C3%A3o-CORREL-995dcef7-0c0a-4bed-a3fb-239d7b68ca92>>. Acesso em 14/11/2017.

FIELD, A. Capítulo 1: Tudo o que você sempre quis saber sobre estatística. Capítulo 3: Explorando dados. Capítulo 4: Correlação. In: _____. **Descobrimo a estatística usando o SPSS.** Tradução: Lorí Viali. 2ª edição. Porto Alegre: Artmed, 2009. pp. 56-57, pp. 85-87, pp. 125-129.

FOSTER, G. **Bolsonaro diz que não teme processos e faz nova ofensa: "Não merece ser estuprada porque é muito feia".** Gaúcha ZH, 10/12/2014. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/12/Bolsonaro-diz-que-nao-teme-processos-e-faz-nova-ofensa-Nao-merece-ser-estuprada-porque-e-muito-feia-4660531.html>>. Acesso em 03/11/2017.

KLAFKE, G. F.; PRETZEL, B. R. **Processo Decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas**. Revista de Estudos Empíricos em Direito: v.1, n.1, pp. 89-104, 2014.

MACEDO JUNIOR, R. P. **Freedom of Expression: what lessons should we learn from US experience?** Revista DireitoGV : v. 13, n.1, pp. 274-302, jan-abril 2017.

MATSUURA, L. **Se ofensa é clara, não cabe interpelação criminal**. Revista Consultor Jurídico, 15 de dezembro de 2008. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-dez-15/ofensa clara nao cabe pedido explicacao](https://www.conjur.com.br/2008-dez-15/ofensa_clara_nao_cabe_pedido_explicacao)>. Acesso em 02/07/2018.

MEDINA, D. E. L. El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Legis, 2012.

MENDES, C. H. **Lendo uma decisão: obiter dictum e ratio decidendi. Racionalidade e retórica na decisão**. Sociedade Brasileira de Direito Público, 2010. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf>. Acesso em: 09/07/2018.

PEARSON (Função PEARSON). **Suporte do Office**. Disponível em: <<https://support.office.com/pt-br/article/pearson-fun%C3%A7%C3%A3o-pearson-0c3e30fc-e5af-49c4-808a-3ef66e034c18>>. Acesso em 05/07/2018.

WERHAN, K. The Central Organizing Principles of Free Speech Jurisprudence. The Codified First Amendment. In: _____. **Freedom of Speech: A Reference Guide to the United States Constitution**. Westport: Praeger, 2004. pp. 69-106.

O Quebra-cabeça dos Partidos Políticos na Jurisprudência do STF

Pedro Henrique Espagnol de Farias

*Discente do curso de Direito da PUC-SP. Ex-aluno da Escola de Formação Pública da
Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp (2016).*

Diogo Rais

*Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC-SP. Professor da Universidade
Presbiteriana Mackenzie.*

Resumo: Os partidos políticos são estruturas fundamentais em democracias representativas, consolidando uma agenda política que passa do povo ao Estado, no momento do voto. O STF, por sua vez, possui influência direta no desenho partidário, constituindo uma alternativa estratégica ao Legislativo e ao TSE para se realizar determinadas alterações eleitorais ou impedi-las. Nesse sentido, o trabalho analisa a coerência argumentativa da Corte em casos paradigmáticos envolvendo os partidos, de modo a identificar seu papel institucional a partir da maneira com que decide as matérias. Com base em tais conclusões, também se realiza um trabalho de contextualização, voltado para a evolução em dois polos, tanto do Tribunal em seu posicionamento quanto do Congresso na tramitação de reformas eleitorais.

Palavras-chave: partidos políticos; democracia; argumentação; jurisprudência; Direito Eleitoral; STF.

Abstract: The political parties are fundamental structures in representative democracies, responsible for transmitting an agenda that may become the State's itself, depending on the elections' results. The Supreme Court, on the other hand, has direct influences in how the parties' legal framework is established, consolidating itself as a strategic alternative to the Congress and to the TSE in steering or hindering electoral modifications. In this context, the paper analyzes the Court's coherence in the reasoning of leading cases regarding political parties, as well as identifies its institutional role according to the way it handles the questions submitted to its decision. Taking these

conclusions into account, a contextualization of the rulings is also held, pointing to an evolution in both the Tribunal's and the Congress' attitude.

Keywords: political parties; democracy; reasoning; case law; Electoral Law; STF.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O quebra-cabeça dos partidos políticos na jurisprudência do STF – 3. Considerações Finais - 4. Referências Bibliográficas - 5. Acórdãos Pesquisados.

1. Introdução

Os partidos políticos são instituições responsáveis pela formação da vontade política em uma democracia representativa, na medida em que constituem o veículo jurídico por meio do qual o povo elege determinada agenda de interesses ao poder. Nesse sentido, entender as regras que compõem a configuração partidária em um Estado se mostra importante para compreender a própria democracia então existente.

Para tanto, bastaria uma análise da Constituição Federal e das principais normas que tratam do tema – como o Código Eleitoral e a Lei Orgânica dos Partidos Políticos. Contudo, este não é o propósito desta pesquisa por dois motivos principais: primeiro, o artigo se coloca como uma análise empírica e não dogmática, o que implica no estudo da aplicação dessas normas e não em sua descrição doutrinária; segundo, apesar de ter como foco principal os partidos, o trabalho também trata da jurisdição constitucional e a coerência argumentativa de suas decisões.

No que diz respeito à segunda razão, cabe ressaltar que o interesse pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) ultrapassa a constatação de que a Corte vem assumindo papel relevante no debate de temas de interesse público.⁷¹ A base da escolha está na função específica exercida pelo Supremo em âmbito eleitoral, surgindo como alternativa estratégica para o questionamento de matérias em relação ao Poder Legislativo – sobretudo em momentos nos quais o cenário político não favorece a mudança buscada – e até ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE).⁷²

Quanto ao último, inclusive, há uma importante ligação no que tange suas composições: o órgão eleitoral é formado por 7 juízes titulares e 7 substitutos, o que

⁷¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia, *Revista Direito GV*, 8(2), 2004. p. 441-464.

⁷² Enquanto o primeiro possui função clara e notória de editar normas, sejam elas leis ordinárias ou até emendas constitucionais, deve-se lembrar que o TSE, para além de ser um órgão integrante da Justiça, atua como Administrador Eleitoral, acumulando funções típicas de Executivo e Legislativo na matéria, conforme indicam os arts. 23 e 24 da Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral), e decisões irrecorríveis, nos termos do art. 121, §3º, da Constituição Federal.

significa dizer que na ausência esporádica dos primeiros são estes que assumirão o cargo, de modo que tanto no quadro titular como no substituto há uma organização composta por 3 Ministros do STF, 2 Ministros do STJ e 2 advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral. Em outros termos, a maioria dos dois Tribunais coincide, já que possuem em comum 6 magistrados, cujas opiniões sobre determinadas matérias eleitorais podem ser decisivas no desenho das regras do jogo democrático.

Com esses objetivos bem determinados, a pesquisa consistiu na análise argumentativa de casos paradigmáticos relacionados a partidos políticos que passaram pelo Tribunal, chegando-se ao seguinte conjunto: cláusula de desempenho, cláusula de barreira, verticalização de coligações e financiamento privado de campanha.⁷³ A partir do estudo dos respectivos acórdãos, este artigo buscará expor as principais conclusões acerca da coerência do STF ao decidir sobre o tema, além do papel institucional assumido ao argumentar de tal ou qual maneira quando provocado.

Ainda, será adicionada uma reflexão em torno do destino que algumas das decisões tomadas pelo Supremo tiveram no contexto político, por meio de uma evolução no posicionamento dos próprios Ministros, como também do Congresso Nacional na tramitação de propostas declaradas inconstitucionais anteriormente.

Ao final, conclui-se que a Corte se mostrou coerente em matéria eleitoral, dirimindo controvérsias sobre um desenho aberto dos partidos estabelecido em plano constitucional e empregando princípios democráticos genéricos para argumentar sobre soluções concretas, de modo a se colocar como “fiel da balança” da disputa eleitoral com a missão de proteger a igualdade entre as organizações partidárias. No entanto, ao mesmo tempo em que se observa uma mudança no modo com que a Corte encara determinados temas, também é notável uma adequação do Legislativo no tratamento de

⁷³ Para se chegar a este conjunto, utilizou-se como recortes principais: casos julgados após a entrada em vigor da Constituição de 1988, de modo a analisar apenas argumentos com parâmetros constitucionais comuns, e em sede de controle de constitucionalidade concentrado, por conta de seu efeito erga omnes. Diante da vasta jurisprudência que persistiu com tais critérios, foi utilizada a “Coletânea Temática de Jurisprudência: Direito Eleitoral”, somente pela organização realizada em torno do tema, realizando-se a escolha dos leading cases a partir de filtros em torno da matéria e dos detalhes estruturais que se desejava analisar. Isto é, foram escolhidos apenas precedentes que tratavam de partidos políticos e que diziam respeito especificamente à sua criação (cláusula de desempenho e cláusula de barreira) e funcionamento (verticalização de coligações e financiamento de campanha).

matérias que haviam sido declaradas inconstitucionais e, recentemente, foram aprovadas sem encontrar obstáculos em âmbito judicial.

2. O quebra-cabeça dos partidos políticos na jurisprudência do STF

Conforme mencionado, a pesquisa se baseia no estudo de casos composto por 4 precedentes: cláusula de desempenho, cláusula de barreira, verticalização de coligações e financiamento de campanha. Este estudo foi realizado de acordo com a teoria dos precedentes judiciais, muito empregada em países de *common law* e que vem ganhando força no Brasil a partir da crescente valorização conferida pelas normas à coerência jurisprudencial.⁷⁴

A identificação das questões jurídicas (*quaestio iuris*) envolvidas nos casos e dos consequentes fundamentos para decidi-las (*ratio decidendi*) permitiu analisar a coerência do Supremo, com foco voltado para os argumentos empregados nas decisões. Para essa análise, foi utilizado o modelo de *Case Brief*, que consiste numa sistematização dos principais aspectos contidos nos precedentes da seguinte forma:⁷⁵

Case Brief	Caso "A"	Caso "B"
Classe Processual e Nº		
Relator		
Data do Julgamento		
Partes		
Dispositivos Questionados		
Fatos		
<i>Quaestio Iuris</i>		
<i>Ratio Decidendi</i>		
Decisão		
Voto Vencido e Fundamento		
Papel do STF		

Fonte: DURAN, Camila. *Ejur Participativo Direito GV*.

⁷⁴ Cita-se, como exemplo, o art. 926 do Código de Processo Civil de 2015, que fixa o dever de uniformização, integridade e coerência de todo Tribunal em relação à sua jurisprudência.

⁷⁵ DURAN, Camila Vilard. Como ler decisões judiciais?, *Ejur Participativo Direito GV*, 7 dez. 2015. Disponível em: <<http://ejurparticipativo.direitosp.fgv.br/portfolio/como-ler-decisoes-judiciais>>. Acesso em: 26.06. 2017.

Antes de se proceder ao estudo de fundo sobre os resultados dessa análise, vale fazer uma reflexão acerca da dinâmica deliberativa do colegiado, já que, na leitura dos acórdãos, houve uma dificuldade relacionada ao emprego dos mesmos argumentos por correntes opostas. Esse fenômeno demonstra fragilidades em duas frentes, seja ela do debate que ocorre entre os magistrados seja de suas próprias argumentações.

O fato de que a mesma racionalidade jurídica conduz a decisões opostas comprova uma falta de diálogo entre os votos, bem como fundamentos genéricos o bastante para abarcar possibilidades inversas de solução ao caso concreto, a depender do modo como o Ministro o utilize.

Com isso em mente, observa-se o seguinte cenário:

Casos	<i>Quaestio iuris</i>	<i>Ratio decidendi</i>
Cláusula de Desempenho	O desempenho eleitoral passado pode obstar a participação do partido na eleição subsequente?	É inconstitucional cláusula que restringe a participação de partidos políticos nas eleições com base em desempenho passado, pois atenta contra as minorias políticas e a anualidade eleitoral;
Cláusula de Barreira	É legítimo restringir a vida dos partidos a partir de seus resultados eleitorais?	Restrições que atinjam a atuação e os recursos necessários à vida dos partidos são desproporcionais, violando a isonomia e a representatividade democrática, de modo a prejudicar o pluralismo;
Verticalização de Coligações	É válida Emenda Constitucional que altere o funcionamento partidário (celebração de coligações) a menos de um ano das eleições subsequentes?	É inválida alteração no funcionamento dos partidos, ainda que por EC, em período inferior ao estabelecido pela regra da anualidade, sob pena de infringir a segurança jurídica e a isonomia, inerentes ao devido processo eleitoral.

Financiamento de Campanhas	A iniciativa privada pode financiar campanhas eleitorais?	As pessoas jurídicas não podem doar a partidos políticos nos termos estabelecidos em lei, na medida em que suas doações ameçam a legitimidade democrática, a separação entre público e privado e a igualdade de chances na disputa política.
-----------------------------------	---	--

Fonte: Elaborado pelos autores

Como se pode ver, as deliberações se concentraram, sobretudo, em dois aspectos: isonomia e democracia. Enquanto a primeira linha de argumentação é utilizada como defesa das minorias e de paridade de chances na disputa eleitoral, a segunda está majoritariamente inserida numa discussão sobre a representatividade. Nesse contexto, demonstra-se a preocupação argumentativa do Tribunal em estabelecer um equilíbrio entre os diversos setores sociais no jogo político como forma de garantir legitimidade ao exercício do poder.

Tais julgados consolidam um entendimento do Supremo segundo o qual os partidos políticos podem ser entendidos como instituições que devem possuir autonomia, tanto em sua criação quanto funcionamento. Assim, protegeu-se a liberdade de criação das organizações partidárias de forma ampla, sem o condicionamento a resultados eleitorais como opção para reduzir o número de agremiações.

Igualmente, nos casos que envolveram a verticalização de coligações e financiamento, optou-se por preservar a liberdade dos partidos para celebrar alianças políticas, de modo que a proposição encontrou óbices formais pelo descumprimento à anualidade eleitoral, e a vedação à potencial influência do poder econômico na paridade de chances nos pleitos eleitorais.

Essa busca por proteger as organizações partidárias se deu, contudo, em detrimento das escolhas do Legislativo. Isso porque nos acórdãos que discutiam as cláusulas de desempenho e de barreira, bem como a verticalização, houve uma invalidação de projetos de lei ou emendas constitucionais que alteravam regras partidárias, ao passo que no financiamento houve a declaração de inconstitucionalidade de todo o regime jurídico que autorizava a arrecadação de recursos privados para campanhas.

Tal interferência foi fundada em seu denominado papel contra majoritário, como instituição catalisadora dos impasses políticos encontrados no sistema eleitoral e que visa defender as minorias diante das regras do jogo democrático. Nesse sentido, os Ministros parecem levar em consideração as circunstâncias políticas e aspectos fáticos que rondam os casos para afirmar uma linha decisória “casuística”, em sua tentativa de blindar eventuais acusações de usurpação de competência, ofensa à separação dos poderes ou até alterações de posicionamento futuras por meio do recorrente destaque à anulação das normas nos termos específicos levados a julgamento, se negando a estabelecer taxativamente determinado modelo como inconstitucional.⁷⁶

Ademais, a orientação pessoal dos próprios ocupantes dos cargos também se mostra uma variável relevante para compreender a jurisprudência em questão. Para exemplificar, cabe citar a alteração de entendimento da Corte no que toca a cláusula de barreira. A mudança no perfil do Tribunal pode ser analisada como central à criação de um ambiente propício à aprovação da Emenda Constitucional (EC) nº 97/2017, que trouxe a inovação anteriormente declarada inconstitucional no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1.351-3/DF e 1.354-8/DF.

Isso ocorre não apenas por manifestações públicas de seus novos integrantes – em comparação com a composição do colegiado em 2006, última oportunidade em que o tema chegou à Corte –, como Dias Toffoli, Luis Roberto Barroso e Alexandre de Moraes, mas também pela modificação no posicionamento de alguns dos Ministros que já haviam se manifestado de forma contrária nos acórdãos analisados. É o caso de Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, que chegaram a afirmar o equívoco da decisão de invalidação da cláusula de barreira, sustentando a necessidade de tal restrição ao número crescente de partidos no contexto eleitoral brasileiro.⁷⁷

⁷⁶ Nessa linha, acaba se abrindo margem para conformações legislativas ao julgamento da Corte. Exemplo disso foi a declaração de inconstitucionalidade do financiamento privado de campanhas, oportunidade na qual o STF deixou claro a anulação daquele modelo específico estabelecido pela lei e não da possibilidade genérica, sendo possível cogitar um novo desenho que contenha a participação do capital privado com certas restrições e seja acolhido politicamente pelos Ministros.

⁷⁷ RAIS, Diogo; FARIAS, Pedro Henrique Espagnol de. *Resenha Eleitoral (Florianópolis)*, v. 21, n. 1, p. 95-118, nov. 2017. Disponível em: < http://www.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/ejesc/documentos/Resenha_n_21_1/O_STF_e_a_Clausula_de_Barreira.pdf >. Acesso em: 10.07.2018.

Atualmente, após a entrada em vigor da referida Emenda Constitucional, ainda em 2017, três das peças do quebra-cabeças aqui desenhado foram modificadas pelo Congresso Nacional: tanto a criação de organizações partidárias (cláusulas de desempenho e de barreira), quanto seu funcionamento (verticalização de coligações) foram limitados.

A nova cláusula de barreira passa a valer já na legislatura atual,⁷⁸ sendo que os critérios tomarão como base os resultados do ano eleitoral de 2018 e escalarão gradualmente até 2030. A partir desta data, os partidos deverão cumprir o requisito constitucional de obtenção de 3% dos votos válidos em um terço das unidades da Federação, tendo 2% em cada uma delas, ou elegerem 15 Deputados Federais distribuídos em um terço de unidades federativas para terem acesso ao fundo partidário e tempo de propaganda em rádio e televisão.⁷⁹

No atinente às coligações, a mudança é ainda mais drástica. Se, na proposta invalidada pelo STF em decorrência de uma irregularidade relacionada à anterioridade eleitoral, era prevista a liberdade ampla para se celebrar alianças partidárias,⁸⁰ sem vinculação entre candidaturas nas esferas federal, estadual e municipal, a atual regra acaba por proibir a alternativa de se coligar em eleições proporcionais, a partir de 2020.

⁷⁸ Tendo em vista a aplicação da referida cláusula de barreira, nota-se a exclusão de 14 partidos do rateio do Fundo Partidário e tempo de TV, quais sejam: Rede, Patriota, PHS, DC, PCdoB, PCB, PCO, PMB, PMN, PPL, PRP, PRTB, PSTU, PTC. Cf. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 14 partidos não alcançam cláusula de desempenho e perderão recursos, *Agência Câmara*, out. 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/564071-14-PARTIDOS-NAO-ALCANCAM-CLAUSULA-DE-DESEMPENHO-E-PERDERAO-RECURSOS.html>. Acesso em: 01.04.2019.

⁷⁹ O §3º do art. 17 da Constituição Federal, após a EC 97/2017, passou a ter a seguinte redação: “§3º: Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente: I - obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos 0076otos válidos em cada uma delas; ou II - tiverem eleito pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.”

⁸⁰ Ainda que naquela oportunidade o motivo da invalidação tenha sido de caráter formal, houve manifestações de Ministros, como Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, em apoio ao projeto, em decorrência da proteção que conferiria à autonomia partidária de se coligar, importante sobretudo aos partidos de menor expressão.

Quanto ao financiamento privado de campanha, a avaliação das eleições de 2018, bem como dos próximos pleitos, será crucial para se identificar os impactos que o precedente pode assumir na arrecadação de recursos pelos partidos para viabilização das campanhas políticas.⁸¹ Enquanto a maioria da Corte, à época do julgamento, esperava disputas eleitorais mais igualitárias, com menor influência do poder econômico e mais transparentes, a corrente divergente temia pela viabilidade das campanhas, liberdade de expressão e até considerava uma interferência indevida no campo de escolha legislativo.

A incerteza sobre o modelo será objeto de comprovações ao longo dos pleitos, podendo impactar no destino da PEC 113C/2015 ou de outras proposições normativas que visem à autorização expressa do financiamento privado.⁸² A depender dos resultados da arrecadação de recursos e do desenrolar das campanhas sem o capital privado, não é difícil imaginar um cenário em que a proposta normativa se torne uma possibilidade e que a questão, eventualmente, seja judicializada novamente.

3. Considerações Finais

⁸¹ A lei nº 13.487/17 criou o denominado Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), composto por 30% das emendas de bancadas de deputados e senadores e pela renúncia fiscal economizada com o fim da propaganda partidária em rádio e TV (o horário eleitoral gratuito se mantém), totalizando o valor de R\$ 1,716 bilhão. Essa verba será distribuída da seguinte forma: 2% igualmente divididos entre todas as siglas registradas no TSE; 35% entre partidos com ao menos um representante na Câmara, na proporção dos votos obtidos por tais legendas na última eleição geral para a Casa; 48% entre partidos na proporção do tamanho de suas bancadas na Câmara; e 15% entre partidos na proporção do tamanho de suas bancadas no Senado. Ainda, segundo orientações do TSE, foi estabelecido um teto de gastos para cada cargo em disputa – sendo R\$ 70 milhões para a campanha a Presidente da República, por exemplo – e ao menos 30% das verbas do fundo deverá ser destinada a candidaturas femininas. Os cinco partidos que mais receberão verbas, de acordo com a Corte Eleitoral (MDB, PT, PSDB, PP e PSB), indicaram a prioridade na distribuição dos recursos aos candidatos que já possuem mandato.

⁸² Veja-se a redação proposta pela PEC aos §§5º, 6º e 7º do art. 17 da Constituição: “§ 5º É permitido aos partidos políticos receber doações de recursos financeiros ou de bens estimáveis em dinheiro de pessoas físicas ou jurídicas. § 6º É permitido aos candidatos receber doações de recursos financeiros ou de bens estimáveis em dinheiro de pessoas físicas. § 7º Os limites máximos de arrecadação e gastos de recursos para cada cargo eletivo serão definidos em lei”. Vale notar que a proposta se encontra na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, aguardando designação de relator, tendo em vista o encerramento de relatoria por fim do mandato.

Durante a pesquisa foi possível afirmar a coerência entre as decisões analisadas do STF, adotando posicionamento de proteção à autonomia partidária, tanto na criação das agremiações, quanto no funcionamento. A Corte se colocou como “fiel da balança” da disputa eleitoral, de modo a proteger as regras do jogo democrático ao blindar os partidos de qualquer interferência que pudesse afetar a igualdade de chances entre eles.

Esta imagem institucional parece compensar uma ausência de representatividade dos outros poderes⁸³ simultaneamente ao ganho de capital político pelo Judiciário. O respaldo em questão não é originado pelo voto popular, mas sim por uma argumentação que tem em seu cerne a busca por legitimidade na disputa eleitoral, a partir da proteção dos partidos como instituições aptas a representar diferentes setores da sociedade e que, portanto, devem ter isonomia em seu tratamento.

No entanto, a evolução das propostas em âmbito legislativo pode suscitar ao menos três raciocínios plausíveis: (1) a Corte alterou seu perfil na dinâmica de forças com o Poder Legislativo, assumindo um papel institucional deferente; (2) o STF se mostra sensível a transformações de cunho fático, tendo verificado os impactos negativos de suas interferências passadas na realidade partidária brasileira e, por conta disso, alterado seu posicionamento; e/ou (3) o Legislativo se adequou aos óbices impostos pelo Supremo em outras ocasiões e criou um ambiente político propício para a aprovação do projeto, com o respeito a regras formais que pudessem prejudicar sua validade – tal qual a observação à anterioridade eleitoral – somado à escolha da via normativa mais adequada, qual seja a Emenda Constitucional.⁸⁴

⁸³ A perda de confiança aqui mencionada pode ser ilustrada por alguns resultados das eleições municipais de 2016. No último pleito, os votos brancos e nulos chegaram a “vencer” os pleitos em 10 capitais e atingir o 2º lugar em mais 11, demonstrando certa insatisfação do povo em relação a seus candidatos. BBC, Nulos, brancos e abstenções “vencem” eleições em 22 capitais, *Último Segundo IG*, 03 out. 2016. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/eleicoes/2016-10-03/brancos-nulos-eleicoes.html>>. Acesso em: 01.07.2018.

⁸⁴ Dado que nas hipóteses de invalidação das cláusulas de barreira e desempenho isso havia sido feito por meio de lei ordinária, de modo que o STF motivou sua invalidação por uma suposta incongruência entre as alterações então propostas e o modelo partidário desenhado pela Constituição Federal. A única declaração de inconstitucionalidade de PEC dentre os três casos abrangidos pela nova EC 97/2017 foi a verticalização de coligações, mas tendo como fundamento principal o desrespeito à anterioridade eleitoral.

Ao passo em que seria difícil sustentar o primeiro, tendo em vista recentes embates institucionais entre a jurisdição constitucional e o Congresso,⁸⁵ os outros dois parecem indicar conclusões razoáveis. Enquanto se nota uma mudança no cenário da Corte, do ponto de vista de sua composição e das opiniões dos magistrados que persistiram nela, também se destaca uma postura diferente do Parlamento, que parece ter uma compreensão maior dos termos em que cada inovação deve ser introduzida, adotando uma cautela que dificulta a própria judicialização dos temas.

O desempenho do novo modelo de financiamento para as campanhas eleitorais pode ser decisivo para observar o comportamento de ambos os lados, isto é, do Legislativo na manutenção da arrecadação de recursos provenientes apenas da distribuição das verbas do fundo eleitoral e do posicionamento do STF, caso uma eventual proposição normativa bata as portas do Judiciário.

4. Bibliografia

BBC. **Nulos, brancos e abstenções “vencem” eleições em 22 capitais**, *Último Segundo IG*, 03 out. 2016. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/eleicoes/2016-10-03/brancos-nulos-eleicoes.html>>. Acesso em: 01.07.2018.

DURAN, Camila Vilard. **Como ler decisões judiciais?**, *Ejur Participativo Direito GV*, 7 dez. 2015. Disponível em: <<http://ejurparticipativo.direitosp.fgv.br/portfolio/como-ler-decisoes-judiciais>>. Acesso em: 29.06. 2018.

FARIAS, Pedro Henrique Espagnol de. **O Fiel da Balança: o quebra cabeça dos partidos políticos na jurisprudência do STF como garantia das regras do jogo**

⁸⁵ Aqui, se pode fazer referência a um caso recente em que o embate institucional com o Congresso Nacional ficou claro, qual seja o impasse envolvendo o afastamento do então Presidente do Senado Renan Calheiros, ao final de 2016. Na ocasião, o Ministro Marco Aurélio decidiu liminarmente afastar o Senador do cargo, no âmbito da ADPF nº 402, ajuizada pela Rede Sustentabilidade, mas a Mesa Diretora da Casa se recusou a receber a notificação do julgamento. O Plenário, por sua vez, decidiu manter Calheiros no cargo, ainda que o afastando da linha sucessória da Presidência da República, por ser réu em ações penais. Cf. *Globo Política*, Senado decide descumprir liminar para afastar Renan e aguardar plenário do STF, *G1*, dez. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/renan-senado-decide-nao-cumprir-liminar-e-aguardar-decisao-do-plenario-do-stf.ghtml>. Acesso em: 01.04.2019.

democrático. 2016. Disponível em <<http://www.sbdp.org.br/publication/o-fiel-da-balanca-o-quebra-cabeca-dos-partidos-politicos-na-jurisprudencia-do-stf-como-garantia-das-regras-do-jogo-democratico/>>. Acesso em: 01.07.2018.

MENDES, Conrado Hübner. **Lendo uma decisão: obiter dictum e ratio decidendi. Racionalidade e retórica na decisão**, *Sociedade Brasileira de Direito Público*. Disponível em: < <https://bit.ly/1QXAimr> > . Acesso em: 12.06. 2018.

Ministros – Composição do Tribunal. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/o-tse/ministros/composicao/por-origem/ministros-provenientes-do-stf>>. Acesso em: 05.07.2018.

RAIS, Diogo; FARIAS, Pedro Henrique Espagnol de. **O STF e a cláusula de barreira: entre as experiências e as suas projeções**, *Resenha Eleitoral (Florianópolis)*, v. 21, n. 1, p. 95-118, nov. 2017. Disponível em: < <https://bit.ly/2vKZUD5>>. Acesso em: 10.07.2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**, *Revista Direito GV*, 8(2), 2004. p. 441-464.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, **14 partidos não alcançam cláusula de desempenho e perderão recursos**, Agência Câmara, out. 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/564071-14-PARTIDOS-NAO-ALCANCAM-CLAUSULA-DE-DESEMPENHO-E-PERDERAO-RECURSOS.html>. Acesso em: 01.04.2019.

Globo Política, **Senado decide descumprir liminar para afastar Renan e aguardar plenário do STF**, *G1*, dez. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/renan-senado-decide-nao-cumprir-liminar-e-aguardar-decisao-do-plenario-do-stf.ghtml>. Acesso em: 01.04.2019.

Análise Estrutural dos Direitos Democráticos: O Caso da ADI 4650 no Supremo Tribunal Federal

Helena Hime Funari

Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), com programa sanduíche em Munique (Ludwig Maximilian University of Munich), ex-aluna da Escola de Formação Pública da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp (2017)

Resumo: Neste artigo, discuto a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) no controle do processo político, em específico, na ADI 4650, que versa sobre financiamento de campanhas eleitorais. Entendo que a Corte, no controle de constitucionalidade do processo político, enfrenta dois desafios: a complexidade do assunto – que diz respeito a um conjunto de arranjos institucionais – e a tensão com o Legislativo no desenho de separação de poderes. Por entender que a Teoria da Competição Política (TCP) sugere uma abordagem responsiva a esses desafios, adoto-a como lente de análise e investigo em que medida a argumentação do STF se aproxima dessa teoria. Em síntese, a TCP propõe três mudanças na forma de atuação da Corte: quanto ao objeto do controle, à forma de análise, e ao papel do Tribunal na divisão dos poderes. Ao final, trago conclusões sobre a forma de decidir da Corte. O artigo se organiza da seguinte maneira: na primeira parte, apresento a teoria da competição política; na segunda, faço a análise empírica da ADI 4650 e, na terceira, concluo.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Processo político. Análise estrutural. Teoria da competição política. ADI 4650/2015.

Abstract: I discuss a precedent of the Brazilian Supreme Court concerning political rights. I sustain that the control of democratic rights faces two challenges: the complexity of the matter and the discussion surrounding the separation of powers. Therefore, I claim that the Supreme Court should make a supervision of the political process akin to the Theory of Political Competition, which encompasses a structural rights approach. In this sense, I inquire in which extent the analysis of the Brazilian

Supreme Court in the ADI 4650/2015 regarding the campaign finance regulation is compatible with this approach.

Keywords: Judicial review. Political process. Democratic rights. Structural rights approach. Theory of Political Competition. ADI 4650/2015.

Sumário: 1. Introdução - Financiamento de campanha eleitoral: o debate no STF – 2. ADI 4650: Teoria da Competição Política no Supremo Tribunal Federal?. 2.1. Resumo da ação; 2.2. Da decisão; 2.3. Princípio da igualdade; 2. 4. Intenção do legislador; 2.5. Princípio democrático; 2.6. Sopesamento de princípios; 2.7. Separação de poderes – 3. Conclusões finais – 4. Bibliografia.

1. Introdução

- Financiamento de campanha eleitoral: o debate no STF

O STF tem desempenhado importante papel ao regular sobre campanhas eleitorais. O debate chega à corte em 1994, com a ADI-MC 1076, que declarou constitucional a proibição de financiamento de campanhas eleitorais por entidades sindicais e de classe. Em 2015, a Corte é novamente chamada a decidir: na ADI 4650, proíbe a doação por pessoas jurídicas às campanhas eleitorais; e, na ADI-MC 5394, declara a obrigatoriedade de identificação dos doadores originais quando da prestação de contas pelos candidatos das verbas recebidas dos partidos.

Decidir sobre financiamento e prestação de contas de campanhas eleitorais é decidir sobre o processo político, ou seja, quais são as regras do jogo democrático⁸⁶. De uma perspectiva mais ampla, a participação na democracia se dá a partir de uma constelação de possibilidades. Eleitores participam por meio do voto, do financiamento de candidatos, da atuação em campanhas e debates eleitorais. Os candidatos, por sua vez, exercem seus direitos através do discurso público e da associação em partidos, sendo estes a forma coletiva pela qual a disputa eleitoral se organiza. Ainda, para além dos partidos, grupos de interesse – organizados em função de ideologias ou interesses econômicos – influenciam constantemente candidatos e políticos eleitos⁸⁷. Essas

⁸⁶ O processo político é composto por uma série de instituições que dizem respeito às atividades como a competição pela conquista do processo político; a solução de conflitos relacionados com a escolha de objetivos políticos ou os meios de atingir os objetivos (processo de barganha); e a elaboração de normas e dispositivos legais, bem como de regras para a sua execução (processo legislativo; processo de elaboração de normas) (ROBERTS, in: MELO, 1984, p. 1-2).

⁸⁷ PILDES, Richard H. **The theory of political competition**. *Virginia Law Review*, vol. 85, n. 8, nov. 1999, p. 1605.

modalidades de participação democrática, por fim, são resguardadas pelos direitos políticos, que visam a garantir sua legitimidade.

No campo da ciência política, a própria definição conceitual de “participação política” engloba um amplo espectro: “atividades realizadas por cidadãos privados que buscam, de modo mais ou menos direto, influenciar a seleção dos funcionários governamentais”, ou aquelas atividades “realizadas por cidadãos privados com o objetivo de influenciar a tomada de decisão do governo”⁸⁸.

Para Dawood, essa participação é melhor compreendida como um jogo de poderes no qual os indivíduos, organizados socialmente e no âmbito das instituições eleitorais, exercem seus direitos de associação, liberdade de expressão e voto⁸⁹. Nessa definição, é relevante a ênfase que a autora dá sobre esses direitos serem institucionalmente viabilizados e exercidos.

Por exemplo, a discussão sobre financiamento de campanha envolve questões institucionais variadas: decidir quais agentes atuam no processo eleitoral por meio das doações; como será a repartição de recursos entre os candidatos e quais as fontes de recursos disponíveis; controlar a ação desses agentes através de uma prestação de contas eficiente; e como garantir transparência e informação ao eleitor, entre outras questões que não são em si lícitas ou ilícitas, mas dependem de como se organizam em uma complexidade de arranjos institucionais⁹⁰.

Dawood apresenta, assim, uma nova definição dos direitos democráticos, a partir de uma abordagem estrutural. A base dessa definição é o conceito de instituição, que engloba tanto os arranjos institucionais definidos pelo Estado quanto as diversas formas de organização e exercício do poder pelos particulares:

⁸⁸ BORBA, Julian. **Participação política: uma revisão dos modelos de classificação**. *Revista Sociedade e Estado*, vol. 27, n. 2, maio/agosto 2012, p. 265.

Borba, na verdade, traz definições ainda mais abrangentes do conceito, como “um comportamento que influencia ou tenta influenciar a distribuição dos bens públicos”. Todavia, neste artigo, me atenho a estas duas definições.

⁸⁹ DAWOOD, Yasmin. Electoral fairness and the law of democracy: a structural rights approach to judicial review. *University of Toronto law journal*, v. 62, 2012, p. 503.

⁹⁰ “Por arranjos institucionais, definiu-se o conjunto de regras, mecanismos e processos que definem a forma particular como se coordenam atores e interesses na implementação de cada política”. GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha C. (Org.). **Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas**. Brasília: Ipea, 2014, p. 2.

At the heart of this alternative structural approach lies a new conceptualization of democratic rights, which I refer to as “structural rights”. I define structural rights as individual rights that take into account the broader institutional framework within which rights are defined, held and exercised. The “broader institutional framework”, refers not only to governmental institutions and processes but also to the actions of other individuals who are exercising their rights. Rights do not exist in a vacuum but are instead exercised within a particular political, institutional, and societal context⁹¹.

Conceber os direitos políticos em sua dimensão estrutural possui consequências para a análise do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, Pildes e Issacharoff, autores que também sustentam uma análise estrutural no âmbito da Teoria da Competição Política⁹², entendem que a Corte, no controle do processo político, deve adotar uma análise diferente daquela tradicionalmente adotada em face de outras garantias constitucionais. A postura tradicional é a análise individual dos direitos, na qual a Corte define o âmbito do princípio constitucional que o indivíduo invoca como violado, contrapõe um determinado interesse ou objetivo estatal e sopesa ambos para determinar a (in)constitucionalidade da norma⁹³.

⁹¹ DAWOOD, Yasmin. Electoral fairness and the law of democracy: a structural rights approach to judicial review. *University of Toronto law journal*, v. 62, 2012, p. 503.

⁹² A Teoria da Competição Política é um tipo de análise estrutural dos direitos políticos: “political markets’ approach, which I will refer to as the ‘structural approach’ [...] although these proposals [a Teoria da Competição Política e a análise estrutural] differ in some of their details [...] these commentators argue that the Court’s decisions should be informed by the structural insight that political actors are often self-serving when they design election laws”. DAWOOD, Yasmin. **Electoral fairness and the law of democracy: a structural rights approach to judicial review**. *University of Toronto law journal*, v. 62, 2012, p. 504. Para fins desse artigo adoto essa equiparação.

⁹³ PILDES, Richard H. **The theory of political competition**. *Virginia Law Review*, vol. 85, n. 8, nov. 1999, p. 1606.

Segundo Pildes e Issacharoff, a forma estrutural de conceber o processo eleitoral é considerá-lo como um mercado político no qual os partidos competem por votos, pois somente a partir do livre embate e concorrência entre ideias é possível garantir que as decisões políticas sejam representativas dos cidadãos:

The key to our argument is to view appropriate democratic politics as akin in important respects to a robustly competitive market – a market whose vitality depends on both clear rules of engagement and on the ritual cleansing born of competition. Only through an appropriately competitive partisan environment can one of the central goals of democratic politics be realized: that the policy outcomes of the political process be responsive to the interests and views of citizens⁹⁴.

Uma vez estabelecido o paradigma do processo político como um mercado competitivo, um novo conjunto de preocupações se fazem relevantes. Em síntese, a adoção da TCP acarreta mudanças em três aspectos do controle de constitucionalidade: (i) quais normas e condutas são objeto de controle; (ii) como deve ser a análise da Corte nesses casos; e (iii) qual o seu papel no arranjo de separação de poderes.

Quanto ao objeto, a TCP tem por premissa que, uma vez garantida a contestabilidade do mercado político, a representação democrática é legítima, pois os representantes eleitos são aqueles que lograram convencer os eleitores de seus projetos, e todos os competidores tiveram a oportunidade de expor suas ideias, bem como de influenciar o debate. O único prejuízo ao funcionamento de um mercado são condutas anticompetitivas, que desbalanceiam a igualdade de oportunidades e levam à dominação por certos agentes. Na disputa eleitoral, atitudes desleais são aquelas que visam a

⁹⁴ PILDES, Richard H. **Politics as markets: partisan lockups of the democratic process**. *Stanford Law Review*, vol. 50, n. 3, fev. 1998, p. 646.

entrincheirar determinados grupos no poder, e são essas que devem ser objeto de vigia do controle de constitucionalidade⁹⁵.

Ou seja, o papel da Corte e, no caso brasileiro, do STF, não é definir o conteúdo dos direitos individuais democráticos – o que entra no escopo de proteção do princípio democrático para cada agente do processo político – nem buscar, a partir de comparações individuais, o nível ideal de igualdade entre competidores, mas evitar condutas que violam a competição interpartidária. Segundo Pildes, há uma mudança no foco de análise: das regras de primeira ordem – que definem substancialmente os direitos democráticos no âmbito individual – para as de segunda ordem – aquelas que garantem o ambiente de competição política. A observância das regras de segunda ordem é o que assegura os incentivos para os atores concorrerem de forma leal e, como consequência, a higidez da competição eleitoral:

In cases involving the regulation of politics, we argue that courts should shift from the conventional first-order focus on rights and equality to a second-order focus on the background markets in partisan control. Rather than seeking to control politics directly through the centralized enforcement of individual rights, we suggest courts would do better to examine the background structure of partisan competition. Where there is an appropriately robust market in partisan competition, there is less justification for judicial intervention. Where courts can discern that existing partisan forces have manipulated these background rules, courts should strike down those manipulations in order to ensure an appropriately competitive partisan environment⁹⁶.

⁹⁵ PILDES, Richard H. **Politics as markets: partisan lockups of the democratic process**. *Stanford Law Review*, vol. 50, n. 3, fev. 1998, p. 646.

⁹⁶ PILDES, Richard H. **Politics as markets: partisan lockups of the democratic process**. *Stanford Law Review*, vol. 50, n. 3, fev. 1998, p. 648.

Uma vez estabelecido que a Corte deve intervir nos momentos de falha da competição eleitoral, passo à análise do segundo aspecto: como deve ser essa intervenção; aqui, a analogia com o mercado gera duas implicações. A primeira é que os direitos democráticos devem ser funcionalizados no ambiente eleitoral, ou seja, as consequências de uma determinada norma ou ato devem ser avaliadas em sua dimensão estrutural. Como a participação dos cidadãos é sempre mediada por organizações, uma análise que foque nas consequências para o indivíduo de forma abstrata não capta a complexidade do direito, podendo ser, inclusive, disfuncional⁹⁷.

Um exemplo da importância de uma análise estrutural é o caso da doação por pessoas jurídicas às campanhas eleitorais. A influência do poder econômico e suas consequências dependem da análise de uma série de fatores: do teto da doação de pessoas jurídicas e físicas, dos limites de gasto dos partidos, da prestação de contas, e dos mecanismos de transparência eleitoral. Os efeitos sistêmicos de uma decisão que se aparta das estruturas que moldam as eleições podem ser imprevisíveis, acarretando, por um lado, mais danos, e, por outro, a necessidade de constante intervenção do STF.

A segunda implicação da Teoria da Competição Política na forma de análise é que a Corte deve se preocupar com o modo associativo por meio do qual ocorre a competição eleitoral, ou seja, com os principais atores do mercado político: os partidos⁹⁸. Quando estes são vistos como o principal modo de competição, algumas medidas que eventualmente pareçam restritivas no âmbito do eleitor são relativizadas, já que elas não prejudicam o debate eleitoral nem a participação de diversos grupos de interesse. No mesmo sentido, outras medidas que, a priori, parecem justificadas com base em garantias individuais, podem se mostrar extremamente danosas para o equilíbrio entre partidos.

Por fim, o terceiro aspecto de mudança que a TCP provoca no controle de constitucionalidade é em relação ao arranjo de separação de poderes. A partir de uma visão dos partidos e dos políticos como principais atores do processo eleitoral, o legislativo não pode mais ser visto como uma instituição neutra, na medida em que os parlamentares são os primeiros interessados em se perpetuar no poder. Nesse sentido, a

⁹⁷ PILDES, Richard H. **The theory of political competition**. *Virginia Law Review*, vol. 85, n. 8, nov. 1999, p. 1608.

⁹⁸ PILDES, Richard H. **The theory of political competition**. *Virginia Law Review*, vol. 85, n. 8, nov. 1999, p. 1610.

Corte assume um papel importante em vetar as normas que tenham por objetivo favorecer os partidos da situação em detrimento de outros, prejudicando a competição eleitoral.

Todavia, nos demais casos – quando não há entrincheiramento dos partidos no poder nem prejuízo à competição –, o papel da Corte deve ser de deferência para com o Legislativo, uma vez que a ela cabe a fiscalização das regras de segunda ordem, e não a definição dos direitos individuais. Assim, a Teoria da Competição Política não defende uma expansão da atuação da Corte, mas que essa atuação seja melhor direcionada. Quando as regras de segunda ordem e o ambiente de competição política estiveram garantidos, não há motivos para a atuação da Corte⁹⁹.

Especificamente no caso brasileiro, a Constituição Federal (CF) proíbe apenas o recebimento pelos partidos de recursos de entidades ou governos estrangeiros em seu art. 17¹⁰⁰, não havendo uma palavra sobre pessoas jurídicas. Também no que diz respeito à prestação de contas, a CF é silente; assim, na ausência de determinação pelo constituinte originário, é competência do Legislativo regular sobre o processo político, decidir sobre quem pode contribuir às campanhas, teto de gastos dos partidos, regras de filiação partidária, e formas de prestação de contas ao TSE. Ao STF, cabe intervir nesse processo não para desenhar os arranjos institucionais, mas quando o Congresso, sob o pretexto de estar regulando o processo político, emitir regras que desfavoreçam certos partidos e levem ao entrincheiramento de outros no poder.

Assim, por entender que a Teoria da Competição Política traz uma lente de análise compatível à complexidade do processo político no que diz respeito ao seu caráter estrutural e à interdependência das normas, bem como sugere uma atuação da Corte que dialogue com o espaço de competência do Legislativo no arranjo de separação de

⁹⁹ PILDES, Richard H. **The theory of political competition**. *Virginia Law Review*, vol. 85, n. 8, nov. 1999, p. 1619.

¹⁰⁰ Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

poderes e o respeito, inquiri em que medida a atuação do STF na ADI 4650 – que versou sobre a doação de pessoas jurídicas e físicas às campanhas eleitorais – é compatível com essa análise¹⁰¹.

2. ADI 4650: Teoria da Competição Política no Supremo Tribunal Federal?

2.1. Resumo da ação

O Conselho Federal da Ordem de Advogados do Brasil (CFOAB) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), em face da então vigente disciplina normativa, sobre o financiamento de campanhas eleitorais no que diz respeito ao teto de doação por pessoas físicas (PF) e pessoas jurídicas (PJ), regulada pelas leis 9.504/97 e 9.096/95. Não havia restrições ao recebimento de doações pelos partidos nem teto de gastos nas eleições, apenas uma restrição individual aos doadores com base em sua renda. Assim, as PJs podiam doar até 2% do faturamento bruto e as PFs, até 10% do rendimento bruto auferido no ano anterior ao pleito. Em síntese, o pedido é pela inconstitucionalidade de doação por PJs e PFs, por modulação de efeitos da decisão em relação às últimas, e que o Congresso seja instado a regular sobre o limite de doação por pessoas naturais.

Na ausência de lei específica regulando os gastos em cada eleição¹⁰², o CFOAB alegou que os amplos limites de doações, além de criarem assimetria entre os participantes da disputa política, geravam dependência em relação ao poder econômico, violando os princípios democrático, republicano, da isonomia e da proporcionalidade¹⁰³.

O Tribunal, por maioria, julgou procedente, em parte, o pedido formulado pelo CFOAB, e declarou inconstitucionais os dispositivos legais que autorizavam as contribuições de

¹⁰¹ A análise de compatibilidade entre a argumentação do STF na ADI 4650 e a TCP foi extraída de uma pesquisa mais ampla, na qual analiso, à luz da TCP, todos os casos de financiamento de campanha eleitoral que incluem, além da ADI 4560, a ADI-MC 1076 e 5394. Para ver a análise na íntegra, cf. FUNARI, Helena Hime. **Financiamento de Campanha Eleitoral no Supremo Tribunal Federal: uma análise à luz da teoria da competição política**. 2017. Disponível em <<https://goo.gl/yEE9ac>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

¹⁰² De acordo com o art. 17-A da Lei n. 9.504, em cada eleição deveria haver uma lei fixando os limites de gastos em campanhas. Não havendo, cabe a cada partido fixar os limites de gastos e comunicar à Justiça Eleitoral – o que acontece na prática.

¹⁰³ Princípio da isonomia: art. 5º, caput, e art. 14 da CF/88. Princípio democrático: art. 1º, caput e § único, art. 14, art. 60, §4º, II da CF. Princípio republicano: art. 1º, caput da CF/88.

peças jurídicas às campanhas eleitorais. Os ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes, que davam interpretação conforme, foram vencidos. Quanto às pessoas físicas, o pedido não foi acatado, e suas contribuições às campanhas eleitorais continuam sendo regidas pela lei em vigor.

2.2. Da decisão

A partir da leitura e fichamento da decisão, reconstruo a análise feita pelos ministros. Reagrupei os argumentos trazidos por eles em cinco categorias, as quais foram construídas com base no material empírico, ou seja, não refletem uma distinção previamente feita. As categorias argumentativas são: princípio da igualdade, intenção do Legislador, princípio democrático, sopesamento de princípios e separação de poderes.

2.3. Princípio da igualdade

Esta categoria discute se a doação de PJs às campanhas eleitorais, bem como a ausência de teto de gastos para doação de PFs ferem o princípio constitucional da isonomia. Esse princípio foi interpretado de duas formas.

Uma parcela dos ministros teve como foco de análise os eleitores considerados individualmente, isto é, questionou se a lei em vigor gera desigualdade entre os doadores em seu direito de igual influência no processo político e, caso o faça, se há justificativa. Considero que essa forma de argumentação se aproxima da análise individual dos direitos, pois o STF procura garantir que um doador, individualmente considerado, tenha a mesma influência política que os demais, primando pelo direito de igual proteção perante a lei. Os ministros analisaram separadamente o princípio da igualdade no âmbito de PJs e, em um segundo momento, no das PFs.

Em relação às primeiras, entenderam que elas não possuíam direito de participação no processo político por meio de doações, pois o montante doado por uma empresa, quando em comparação à contribuição de um eleitor comum, necessariamente gera desigualdade. Contudo, em relação à ausência de teto para doação de PFs, eles reconheceram que essa prerrogativa desequilibra o processo político, pois os candidatos mais ricos exercerão maior influência. Todavia, ao final, entenderam pela constitucionalidade dos dispositivos. O que justifica esse posicionamento foi o reconhecimento nas pessoas naturais do direito de participação no processo político. Assim, mesmo que os atuais limites de doação provoquem injustiças, os indivíduos não

podem ser privados de seu direito político de doar para campanhas eleitorais, ou seja, há uma justificativa, no âmbito individual, para a violação do princípio da igualdade.

Essa linha argumentativa revela uma preocupação dos ministros em garantir a igualdade no processo político no momento da doação pelo indivíduo. Eles desconsideraram que a vitória nas eleições depende mais da capacidade dos partidos de arrecadar fundos de diversas fontes e eleitores do que do montante doado por alguma pessoa.

Uma outra parcela dos ministros focou o princípio da igualdade na relação entre os candidatos e partidos na competição eleitoral, forma argumentativa que considero se aproximar da TCP. Segundo Zavascki, o princípio da isonomia deve se dirigir aos partidos políticos, e não aos eleitores individuais, pois aqueles são os principais atores da disputa eleitoral:

Aliás, relativamente ao princípio da isonomia no âmbito de competições eleitorais, muito mais importante que o estabelecimento de critérios de igualação entre os doadores deve ser a preocupação de preservar a igualdade de armas entre os principais atores da disputa, que são os candidatos e os partidos políticos. A equidade na competição é, com efeito, um princípio fundamental da democracia multipartidária (ADI 4650, p. 154-155).

No mesmo sentido da primeira interpretação, os ministros decidem pela proibição de participação de PJs. Não porque estas desigualam os eleitores, mas porque o eleitor concentra suas doações em determinados partidos e candidatos, e estes desigualam a competição eleitoral. Ou seja, eventuais diferenças individuais são consideradas irrelevantes desde que se mantenha a competição em nível macro na arena política¹⁰⁴.

É interessante notar que ambas as formas de análise na ADI 4650 chegaram à mesma conclusão – pela proibição de doação de PJs e pela constitucionalidade da doação de

¹⁰⁴ Ressalva: dentro da segunda linha argumentativa, nem todos os ministros decidiram pela proibição de doação por PJs, mas esse foi o posicionamento da corrente vencedora.

PFs, mantido o limite percentual legal. Entretanto, o importante não é a conclusão final, mas que, na segunda interpretação, o STF voltou seu olhar ao ambiente de competição política e averiguou em que medida as diferenças econômicas dos doadores interferem na disputa entre os partidos.

2. 4. Intenção do legislador

Esta categoria engloba eventuais preocupações dos ministros para com os objetivos que estão por trás da norma analisada, ou seja, se o legislador teria agido de forma autointeressada. O voto do ministro Gilmar Mendes é o único que traz considerações sobre possíveis atitudes de entrincheiramento no poder por parte dos parlamentares. Ele questiona se, por trás da permissão de doação por pessoas jurídicas, haveria alguma intenção do legislador em prejudicar a competição eleitoral. O ministro entende que não, pois a possibilidade de arrecadação de doações privadas é justamente o que garante a contestabilidade do poder pela oposição, dado que os partidos governistas possuem a máquina estatal como uma vantagem competitiva¹⁰⁵. O ministro, todavia, foi voto vencido.

2.5. Princípio democrático

Englobam-se, aqui, duas discussões. Na primeira, os ministros questionam se pessoas jurídicas participam do processo eleitoral e, na segunda, inquirem quais as consequências para o processo político quando da participação de PJs.

Em relação à primeira discussão, uma parcela dos ministros entendeu que as empresas não são parte do processo eleitoral, pois a participação na democracia passa pela necessária conceituação do agente como cidadão, e cidadãos são somente as pessoas físicas, que possuem a capacidade de votar¹⁰⁶. Entendo que pressupor capacidade de votar para qualificar participação política é uma argumentação que se aproxima da análise individual dos direitos políticos: por trás desse argumento há uma concepção de que quem exerce a democracia são os indivíduos, em detrimento de possíveis outras formas de demonstrar interesses políticos em grupos e organizações.

¹⁰⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta e Inconstitucionalidade 4650, Rel. Ministro Luiz Fux, p. 225.

¹⁰⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650, Rel. Ministro Luiz Fux, p. 82.

Não obstante o direito ao voto ser a maior garantia do processo político, é inegável que a arena eleitoral se organiza de forma coletiva.

Ainda em relação à primeira discussão, uma outra parcela de ministros entendeu que a capacidade para votar não é requisito ao exercício da cidadania, e que é legítima a participação de PJs. Nesse sentido, o ministro Zavascki fala que o voto é apenas uma das inúmeras formas de participação democrática, e que os interesses das empresas – como os de qualquer outro eleitor – compõem a disputa eleitoral, sendo esta nada mais do que a composição entre diversos interesses naturalmente enviesados¹⁰⁷. Entendo que este posicionamento se aproxima da TCP, pois ao admitir a participação dos agentes coletivos na corrida eleitoral, há o reconhecimento de seu caráter estrutural.

Por fim, a segunda discussão no âmbito do princípio democrático questiona quais as consequências do financiamento empresarial para as eleições. A maioria entendeu que a doação por PJs prejudica o livre debate de ideias e desequilibra a corrida eleitoral, pois o poder econômico é distribuído desigualmente na sociedade e, quando penetra no campo da política, prejudica a paridade de armas entre os candidatos. Já a divergência, no voto do ministro Gilmar Mendes, entende que a doação empresarial é homenageadora do princípio democrático, pois viabiliza a disputa do poder pelos partidos da oposição. Entendo que ambos os posicionamentos se aproximam da TCP, pois, através de uma argumentação consequencialista, os ministros analisam a constitucionalidade da norma questionada mensurando seus efeitos na competição interpartidária.

2.6. Sopesamento de princípios

Um outro questionamento levantado pelos ministros foi se o princípio da liberdade de expressão garante às empresas o direito de doar às campanhas eleitorais, em detrimento do princípio democrático, que proíbe – no entendimento da corrente majoritária – a doação feita por empresas. É a categoria sopesamento de princípios.

Para os Ministros, a liberdade de expressão não inclui um direito fundamental das pessoas jurídicas de realizar doações eleitorais. Os ministros afirmam que, no âmbito do processo político, não existe um direito absoluto à liberdade de expressão dos atores, pois este princípio tem por objetivo maior a promoção do debate de ideias¹⁰⁸.

¹⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650, Rel. Ministro Luiz Fux, p. 143-144.

¹⁰⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650, Rel. Ministro Luiz

Ademais, segundo os ministros, a análise da realidade corrobora o entendimento de que pessoas jurídicas não têm legítimo interesse em participar das campanhas eleitorais: elas doam para partidos de espectros ideológicos opostos¹⁰⁹. Esse fato demonstra mero pragmatismo para cooptar agentes públicos e evitar represálias políticas, e não interesse em aumentar o debate eleitoral e defender posições ideológicas, segundo Fux:

O que se verifica, assim, é que uma mesma empresa contribui para a campanha dos principais candidatos em disputa e para mais de um partido político, razão pela qual a doação por pessoas jurídicas não pode ser concebida, ao menos em termos gerais, como um corolário da liberdade de expressão. A *práxis*, antes de refletir as preferências políticas denota um *agir estratégico* destes grandes doadores que visam a estreitar suas relações com o poder público, de forma republicana ou não republicana¹¹⁰.

De acordo com os ministros, no caso brasileiro, a doação a campanhas por pessoas jurídicas não está a serviço da finalidade maior do processo político, que é a promoção do debate eleitoral, assim, ela não deve ser abarcada pela garantia da liberdade de expressão.

Por um lado, a argumentação em torno do princípio da liberdade de expressão encontra-se dentro dos moldes tradicionais da análise individual dos direitos constitucionais: delimita-se o sujeito de direito, inquire-se se a norma ou ato questionado está no raio de proteção de algum princípio fundamental e, caso haja violação deste princípio, se há alguma justificativa. Por outro lado, a forma de aferir a existência ou não desse direito foi feita com base em sua funcionalização nas necessidades do processo político, o que denota uma preocupação estrutural. Assim, entendo a afirmação de que não há um

Fux, p. 52.

¹⁰⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650, Rel. Ministro Luiz Fux, p. 127-128.

¹¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650, Rel. Ministro Luiz Fux, p. 53.

direito individual de liberdade de expressão intrínseco às pessoas jurídicas – mas que a garantia constitucional é modelada em função da necessidade de transparência para a promoção do debate público na arena eleitoral – como uma análise que se aproxima da TCP.

2.7. Separação de poderes

Esta categoria diz respeito ao papel que o STF arroga para si no arranjo de separação de poderes quando do controle de constitucionalidade do processo político, o voto do ministro Fux é exemplificativo do posicionamento da maioria. Segundo ele, o papel da Corte constitucional é análogo a de uma autoridade antitruste e, citando John Hart Ely, expõe que o STF deve intervir em duas hipóteses de mau funcionamento do processo: quando (i) os partidos do governo estão bloqueando os canais de mudança política de modo a assegurar que continuarão no poder e que os de fora continuarão alijados, ou (ii) quando, embora ninguém seja, a rigor, excluído do processo, os representantes vinculados às maiorias estejam sistematicamente prejudicando alguma minoria¹¹¹ (ADI 4650, p. 36; ADI-MC 5394, p. 36).

Os ministros ainda entendem que, no caso do processo eleitoral, a Corte possui papel imprescindível, uma vez que é natural o legislativo emitir normativos visando ao próprio benefício, pois o legislador encontra-se em situação de conflito de interesses:

Esse cenário coloca uma questão de sinceridade e realidade institucional, que poderia ser resumida em uma pergunta direta e imediata: é factível confiar única e exclusivamente aos agentes políticos a prerrogativa de reformulação das regras concernentes ao financiamento de campanhas, quando, em verdade, foi o exato sistema em vigor que permitiu a sua ascensão aos cargos que ocupam? A resposta é, a meu juízo, negativa¹¹².

¹¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650, Rel. Ministro Luiz Fux, p. 36 ; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5394: Medida Cautelar, Rel. Teori Zavascki, p. 36

¹¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650, Rel. Ministro Luiz

Assim, entendo que a análise dos ministros sobre o arranjo de separação de poderes se aproxima da análise da TCP, pois reconhece o Legislativo como principal regulador do processo político, mas reforça o papel do STF como uma Corte antitruste. Assim, fazendo uma analogia ao processo político como um mercado, enfatiza o papel do Tribunal na manutenção da competição - em assegurar as regras de segunda ordem.

3. Conclusões finais

Na primeira parte deste artigo, tracei três aspectos que caracterizam um controle de constitucionalidade de acordo com a Teoria da Competição Política: ter por objeto as regras de segunda ordem – que mantêm o ambiente de competição interpartidária; aferir as consequências das normas no ambiente institucional da corrida eleitoral, que se baseia na atuação de atores coletivos; e possuir um olhar desconfiado em relação ao Legislativo para atitudes de entrincheiramento no poder, mas respeitando seu espaço de competência.

Em termos qualitativos, entendo que o STF se aproxima de uma análise estrutural: no princípio da igualdade, os ministros reconhecem o papel dos atores coletivos; o voto do ministro Gilmar Mendes traz desconfiança em relação ao legislador autointeressado; os princípios democrático e da liberdade de expressão são funcionalizados no ambiente da corrida eleitoral; e, quanto à separação de poderes, o STF se compara a uma Corte antitruste, reconhecendo a competência do Legislativo como ator primeiro no desenho dos direitos políticos.

Todavia, esses argumentos estruturais vieram entrelaçados com argumentos individuais, o que fez com que eles, em grande parte, perdessem sua força. Por exemplo, em um mesmo excerto o ministro Marco Aurélio define igualdade política como (i) a garantia de igualdade entre cidadãos de exercer influência na esfera política e como (ii) a manutenção da paridade de armas entre partidos¹¹³. Isso também pode ser notado em

Fux, p. 36-37.

¹¹³ Segundo o ministro “a aplicação das regras eleitorais impugnadas tem comprometido a igualdade política entre cidadãos, possibilitando que os mais ricos exerçam influência desproporcional sobre a esfera pública. Além disso, ela prejudica a paridade de armas entre candidatos, que é essencial para o

relação ao princípio democrático: apesar de ter havido inúmeras vertentes de sua aplicação, a que foi decisiva para a declaração de inconstitucionalidade da doação por pessoas jurídicas foi a que atrelou o exercício da cidadania – de forma ampla – ao voto individual.

Outro ponto que considero relevante é que a utilização do vocabulário da Teoria da Competição Política – ou a atenção aos conceitos e às variáveis que essa análise considera relevante – é apenas o primeiro passo para equipar o STF no oferecimento de respostas aos problemas sistêmicos do processo político. Isso porque a qualidade final da análise depende de como esses argumentos serão utilizados, e o modo de utilização desses argumentos depende das evidências institucionais e fáticas que são trazidas pelos ministros em seus votos.

Especialmente o segundo aspecto da análise estrutural – como mensurar se houve ou não violação das regras de segunda ordem – requer um olhar à realidade; nesse sentido, é interessante a disputa que houve no âmbito do princípio democrático. Enquanto, por um lado, o ministro Fux afirmou, com índices e dados estatísticos, que a presença do poder econômico (pessoas jurídicas) é concentrada em determinados setores, gera desequilíbrios entre candidatos e corrompe políticos¹¹⁴; o ministro Gilmar Mendes, por outro lado, através de evidências históricas, procurou demonstrar que a corrupção é anterior à participação de pessoas jurídicas em campanhas eleitorais, de forma que a sua proibição não soluciona o problema.

Assim, decidir pela análise individual ou pela análise estrutural possui consequências diretas sobre quais argumentos embasarão os votos, de forma que a

funcionamento da democracia”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650, Rel. Ministro Luiz Fux, p. 173.

¹¹⁴ Segundo o ministro: “os dez principais financiadores – em geral construtoras, bancos e indústria – contribuíram com aproximadamente 22% do total arrecadado [...] Diante desse quadro empírico, não é difícil constatar que um número restrito de pessoas jurídicas – aproximadamente 20 mil empresas, o que corresponde a 0,5% do total de empresas brasileiras – segundo informações do IBGE – financia as campanhas políticas no Brasil. Mais: se considerarmos que existe uma correlação de quase 100% (cem por cento) entre a quantidade de dinheiro despendida na campanha eleitoral e os votos amealhados pelos candidatos, como restou demonstrado pelo professor e cientista político Geraldo Tadeu, na Audiência Pública, conclui-se que há irrefragável dependência de partidos políticos e candidatos com relação ao capital dessas empresas”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650, Rel. Ministro Luiz Fux, p. 50.

prevalência da abordagem individual ou um uso meramente retórico da Teoria da Competição Política deixa os ministros na posição confortável de não precisar levá-la até suas últimas consequências.

Ademais, o uso das duas análises de forma combinada gera incongruências. Por exemplo, cabe o questionamento sobre até que ponto é efetiva a análise individual do princípio da igualdade. Se, de acordo com essa lente, o objetivo é garantir a isonomia entre os doadores, a decisão na ADI 4650 – de proibir o financiamento por pessoas jurídicas, mas em afirmar a constitucionalidade das doações por pessoas naturais sem um teto de gastos equitativo – não responde a esse objetivo e pode, inclusive, ser considerada contraditória. Também em relação ao princípio democrático, o reconhecimento da importância dos atores coletivos no processo eleitoral perde sua efetividade quando os ministros proíbem a participação destes¹¹⁵.

Por fim, no que diz respeito à discussão sobre separação de poderes, apesar do ministro Fux arrogar para o STF o papel de uma Corte antitruste, o ministro Barroso entende que, às vezes, cabe ao STF o papel de uma vanguarda iluminista que empurre a história¹¹⁶. Aqui, questiono se esse posicionamento não seria incompatível com uma atitude de deferência para com as escolhas do Legislativo na modelagem dos direitos políticos.

Assim, ao passo que o STF se aproxima da Teoria da Competição Política na ADI 4650, sua argumentação também se vale da análise individual. Sustentei que apenas a análise estrutural é responsiva à complexidade do processo político, bem como legítima no arranjo de separação de poderes, assim, esses dois desafios seguem em aberto. De qualquer forma, o primeiro passo foi dado: o reconhecimento, por parcela do

¹¹⁵ É interessante notar que a proibição da participação de atores coletivos não é novidade na ADI 4650 em relação às empresas. Na ADI 1076/1994, os ministros proibiram a doação de sindicatos e entidades de classe às campanhas eleitorais.

¹¹⁶ Segundo o ministro: “Portanto, há uma dimensão representativa que legitima, com parcimônia, a nossa atuação, para ajudar a superar determinados entraves que são próprios da política, que às vezes são inevitáveis na política e não desmerecem a política. Mas, nessas horas, é preciso – eu usei essa expressão em um julgamento, daquela tribuna –, às vezes, uma vanguarda iluminista que empurre a história, mas que não se embriague dessa possibilidade, porque as vanguardas também são perigosas quando se tornam pretensiosas. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650, Rel. Ministro Luiz Fux, p. 173, p. 130-131.

STF, de que os direitos democráticos exigem um debate específico no âmbito do controle de constitucionalidade.

4. Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política**. *Migalhas*, [S.l.], 5 fev. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/Hoa7gG>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

BORBA, Julian. **Participação política: uma revisão dos modelos de classificação**. *Revista Sociedade e Estado*, vol. 27, n. 2, maio/agosto 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650**. Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/v2BmQs>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

COSTA, Daniel Castro Gomes da; CARVALHO NETO, Tarcisio Pillares Vieira de. **Direito eleitoral brasileiro: temas contemporâneos**. São Paulo: Pillares, 2014.

DAWOOD, Yasmin. Electoral fairness and the law of democracy: a structural rights approach to judicial review. *University of Toronto law journal*, v. 62, 2012.

FALGUERA, Elin; OHMAN, Magnus; JONES, Samuel. **Financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais: um manual sobre financiamento político**. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

FERREIRA, Lara Marina. O financiamento de partidos políticos e de campanhas eleitorais no contexto da reforma política brasileira. *Estudos Eleitorais*, Brasília, v.6, n. 1, jan./abr. 2011.

FUNARI, Helena Hime. Financiamento de Campanha Eleitoral no Supremo Tribunal Federal: uma análise à luz da teoria da competição política. 2017. Disponível em <<https://goo.gl/yEE9ac>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha C. (Org.). **Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas**. Brasília: Ipea, 2014.

ISSACHAROFF, Samuel; PILDES, Richard H. **Politics as markets: partisan lockups of the democratic process**. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 50, n. 3, p. 643-717, 1998.

MELO, Carlos Antonio de Almeida. **Processo Político e participação**. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 21, n. 82 (abr./jun. 1984). Disponível em: <<https://goo.gl/41cKD7>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

PEIXOTO, Victor de Moraes. **Financiamento de campanhas: o Brasil em perspectiva comparada**. *Perspectivas*, São Paulo, v. 35, p. 91-116, jan./jun. 2009.

PILDES, Richard H. **Politics as markets: partisan lockups of the democratic process**. *Stanford Law Review*, vol. 50, n. 3, fev. 1998, pp. 643-717.

PILDES, Richard H. **The theory of political competition**. *Virginia Law Review*, vol. 85, n. 8, nov. 1999.

SUSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian. **Interpretations and institutions**. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, Chicago, n. 28, 2002.

Desafios da Gestão: Uma Análise Do Controle Judicial da Administração Pública a partir dos Casos de Nomeação de Ministros de Estado

Julia Maria Lillo do Nascimento

Discente do curso de Direito da USJT. Ex-aluna da Escola de Formação Pública da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp (2016) e membro do Grupo Público da FGV Direito SP + sbdp.

Resumo: O artigo procura analisar o modo como o Poder Judiciário exerce seu controle sobre a Administração Pública. Para isso, foi apresentado um panorama teórico acerca do controle judicial de atos administrativos, para então, analisar os casos recentes de nomeação de ministros de Estado apreciados pelo STF. Desse modo, discutiu-se a nomeação de Lula ao cargo de chefe da Casa Civil, de Moreira Franco ao cargo de chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República e de Cristiane Brasil ao cargo de ministra do Trabalho. Ao fim, foi possível notar (i) que o controle exercido pela Suprema Corte é feito com base em princípios, (ii) que não há um padrão para definir o que os ministros do STF consideram como desvio de finalidade dos atos administrativos e (iii) que há preocupação em limitar a atuação do Chefe do Poder Executivo a fim de que a discricionariedade administrativa não configure arbitrariedade.

Palavras-chave: Nomeação de ministro de Estado; ato administrativo; discricionariedade; controle judicial.

Abstract: The article aims to analyze how the Judiciary exercises its control over Public Administration. For this, a theoretical overview was presented on the judicial control of administrative acts, to analyze the recent cases of appointment of ministers of state appreciated by the STF. Thereby, the appointment of Lula to the position of head of Civil House, Moreira Franco to the position of head of the General Secretariat of the Presidency of the Republic and Cristiane Brasil to the position of Minister of Labor was discussed. At the end, it was possible to notice (i) that the Supreme Court's control is based on principles, (ii) that there is no standard to define what STF Justices consider as a purpose deviation of administrative acts and (iii) that there is concern about limiting

the activity of the President of Republic to ensure that administrative discretion does not constitute arbitrariness.

Keywords: Appointment of Minister of State; administrative act; discretion; judicial control.

Sumário: 1. Introdução – 2. Objetivos da pesquisa – 3. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário – 4. Os casos de nomeação de ministros de Estado no STF. 4.1. Caso Lula; 4.2. Caso Moreira Franco; 4.3. Caso Cristiane Brasil – 5. Análise: o que podemos constatar?. 5.1. O controle feito por meio de princípios; 5.2. A configuração do desvio de finalidade; 5.3. Discricionariedade *versus* arbitrariedade – 6. Conclusão – 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Dentre as atribuições inseridas no rol das competências privativas do Presidente da República está o poder de nomear e exonerar os ministros de Estado (art. 84, I da CF).

Tal competência é regularmente exercida pelo Chefe do Poder Executivo, por meio de ato administrativo discricionário, assim entendido como o ato praticado com base em norma que deixa à autoridade administrativa a livre apreciação do motivo (ocasião em que se vai praticar o ato – oportunidade –) ou do objeto (utilidade da prática do ato – conveniência –), ou de ambos ao mesmo tempo¹¹⁷.

A Constituição, ao tratar dos ministros de Estado, limitou-se a estabelecer apenas dois requisitos para a sua nomeação, quais sejam: (i) que seja escolhido entre os brasileiros maiores de vinte e um anos; e (ii) que esteja ele em exercício de seus direitos políticos (art. 87, *caput*, da CF).

Assim, partindo do pressuposto de que a nomeação de ministros de Estado é um ato discricionário e que, como tal, decorre de uma análise do binômio conveniência e oportunidade por parte do administrador público¹¹⁸, pergunta-se: cabe ao Poder

¹¹⁷ FAGUNDES, M. Seabra; BINENBOJM, Gustavo (atual.). **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

¹¹⁸ “Cabe aqui observar que embora seja comum falar-se em ‘ato discricionário’, a expressão deve ser recebida apenas como uma maneira elíptica de dizer ‘ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a alguns ou alguns dos aspectos que o condicionam ou que o compõem’. Com efeito, o que é discricionária é a competência do agente. [...] O ato será apenas o ‘produto’ do exercício dela. Então a discricionária não está no ato, não é uma *qualidade* dele; logo, não é ele que é discricionário, embora seja nele (ou em sua omissão) que ela haverá de se revelar”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª edição, 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p.18.

Judiciário exercer controle sobre esses atos? Qual é a medida do controle judicial sobre a administração pública?

Visando responder a essas questões, a pesquisa procura trazer uma reflexão acerca do controle judicial de atos administrativos, além de trazer uma análise empírica de casos de nomeação de ministros de Estado julgados recentemente pelo STF.

2. Objetivos da pesquisa

O presente artigo tem como objetivo analisar a forma como o Poder Judiciário exerce seu controle sobre a Administração Pública através dos casos de controle da discricionariedade administrativa, notadamente por meio dos casos emblemáticos de nomeação de ministros de Estado.

Desse modo, buscou-se, em um primeiro momento, trazer um panorama teórico acerca do controle de atos administrativos e da discricionariedade administrativa pelo Poder Judiciário, para então, apresentar os casos de nomeação de ministros de Estados discutidos no Supremo Tribunal Federal, com seus respectivos desfechos.

Ao final, analisando os resultados encontrados, pretendeu-se responder a seguinte indagação: de que maneira o Poder Judiciário vem exercendo seu controle sob a Administração Pública?

3. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário¹¹⁹

Historicamente, a legitimação dos atos da administração pública aparece atrelada à ideia de legalidade, em que o respeito aos aspectos formais do ato administrativo era suficiente para legitimar o agir da máquina estatal.

Contudo, com a instauração do Estado Social Democrático de Direito, passou-se a verificar que essa visão liberal clássica da legalidade perdeu importância, trazendo uma noção de que a lei formal não mais seria suficiente para legitimar a ação estatal. A atuação do Estado, então, passou por um processo de constitucionalização, exigindo-se, para fins de legitimação, a observância material de normas e princípios constitucionais. Nesse contexto de mudança de paradigma, insere-se a questão do controle do mérito administrativo¹²⁰ pelo Poder Judiciário.

¹¹⁹ Essa seção do artigo foi produzida tomando como base a obra “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário” de M. Seabra Fagundes, atualizada por Gustavo Binenbojm.

Conforme SEABRA FAGUNDES e BINENBOJM, muito embora falar em mérito, em discricionariedade administrativa, seja falar em questão que envolve interesses e não direitos, sendo certo que interesses contrariados por atos administrativos não se submeteriam ao Judiciário, estando apenas os direitos individuais sujeitos a tal apreciação, há que se considerar que, majoritariamente, a doutrina contemporânea afirma que mesmo quando há amplo juízo de conveniência e oportunidade por parte do administrador, poderá haver controle judicial.

Nesse sentido, entende-se que o mérito dos atos administrativos poderia sofrer controle em razão de: (i) desvio de poder ou desvio de finalidade; (ii) aplicação do dever de proporcionalidade; (iii) moralidade; (iv) eficiência; (v) aplicação da teoria dos motivos determinantes¹²¹.

Se por um lado, a ideia de controle do mérito administrativo pelo Poder Judiciário vem sendo bem recebida, por outro coloca-se a questão da possibilidade de controle judicial sob os atos exclusivamente políticos.

Em apertada síntese, os atos exclusivamente políticos seriam aqueles que se distinguem dos atos administrativos pela sua finalidade, assim entendida como o “limite da sua

¹²⁰ “O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração, ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta.

Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo.” FAGUNDES, M. Seabra; BINENBOJM, Gustavo (atual.). **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 180.

¹²¹ “É interessante registrar que a aplicação da teoria do desvio de poder para o controle da finalidade dos atos administrativos discricionários pode ser vista por outro ângulo: não como controle do mérito, mas como o seu estreitamento. É dizer: não se trata de controlar o mérito, mas diminuir o espaço em que o administrador faz escolhas de acordo com a própria conveniência e oportunidade.

O mesmo pode ser afirmado com relação às outras formas, ditas, de controle do mérito do ato administrativo, como *e.g.*, o controle da proporcionalidade, da moralidade e da eficiência. Nesse sentido, por exemplo, não se controla o mérito do ato administrativo em descompasso com a proporcionalidade, mas apenas se reconhece que o conteúdo desproporcional do ato simplesmente não é mérito. Em outras palavras, não há conveniência e oportunidade possível fora dos limites da proporcionalidade.” FAGUNDES, M. Seabra; BINENBOJM, Gustavo (atual.). **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 207.

repercussão jurídica”¹²² e, pelo seu conteúdo, delimitado pelo âmbito interno de funcionamento do mecanismo estatal.

Seguindo esses parâmetros, a nomeação de ministros de Estado pelo Presidente da República pode ser citada como um exemplo de ato estritamente político, razão pela qual vale buscar, empiricamente, como se dá o controle judicial sobre eles.

4. Os casos de nomeação de ministros de Estado no STF

Em relação aos casos de nomeação de ministro de Estado analisados pelo STF cabe destacar que ambos foram resolvidos monocraticamente, sem apreciação pelas turmas ou pelo plenário da Corte. Os casos Lula e Moreira Franco foram decididos, respectivamente, pelos ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, em sede de medida cautelar em Mandado de Segurança e, o caso Cristiane Brasil foi decidido por meio de decisão da Presidência, pela Ministra Cármen Lúcia, em sede de reclamação.

4.1. Caso Lula

A nomeação de pessoa investigada criminalmente ao cargo de ministro de Estado, por importar em concessão de foro por prerrogativa de função, implica em desvio de finalidade do ato administrativo? Essa foi pergunta respondida pelo ministro Gilmar Mendes, ao apreciar a medida cautelar dos Mandados de Segurança (MS) nº 34.070 e nº 34.071, julgados em conjunto¹²³.

A nomeação de Lula ao cargo de chefe da Casa Civil se insere no contexto das investigações da operação Lava-Jato. À época, o ex-presidente era alvo de investigações criminais conduzidas pelo juiz Sérgio Moro em que, por meio de interceptação telefônica, teriam sido registrados ajustes entre Lula e Dilma Rousseff – presidente do Brasil naquele momento – para que ele assumisse o cargo de ministro de Estado com a

¹²² FAGUNDES, M. Seabra; BINENBOJM, Gustavo (atual.). **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 198.

¹²³ A nomeação do ex-presidente Lula ao cargo de Chefe da Casa Civil, dentre os casos analisados, foi o que gerou mais questionamentos na Suprema Corte. Chegaram ao STF: duas ADPFs (nº 390 e nº 391), quatro Mandados de Segurança (nº 34.509, nº 34.070, nº 34.071 e nº 34.079), uma Ação Cautelar (nº 4.130) e duas Ações Populares (nº 5.977 e nº 5.985).

intenção única de deslocar a competência de investigação e julgamento para o Supremo Tribunal Federal.

Em relação a esse caso, vale observar que os mandados de segurança analisados foram interpostos por partidos políticos, o que suscitou uma primeira discussão acerca da legitimidade de tais partidos para propor MS coletivo com a finalidade de tutelar direito difuso.

Nesse sentido, o ministro-relator esclarece que a jurisprudência do STF vinha sendo firmada no sentido de que não seria viável a tutela do interesse individual homogêneo por meio de MS coletivo manejado por partido político¹²⁴, sendo certo que o próprio voto do ministro Gilmar Mendes teria restringido a legitimidade dos partidos à propositura de MS coletivo impetrado em nome de seus próprios filiados.

Contudo, examinando o caso da nomeação do ex-presidente Lula ao cargo de chefe da Casa Civil, o ministro reconheceu que a análise que fez daquela feita fora excessivamente restritiva, na medida em que “os partidos políticos têm finalidades institucionais bem diferentes das associações e sindicatos. Representam interesses da sociedade, não apenas de seus membros. Representam até mesmo aqueles que não lhes destinam voto”¹²⁵.

Com base nessa ideia e amparado nas teorias de José Afonso da Silva, Teori Zavascki e Alexandre de Moraes no sentido de que o art. 21 da Lei nº 12.016/09¹²⁶ que trata da

¹²⁴ Tal entendimento teria sido fixado no julgamento do RE 196.184, de relatoria da ministra Ellen Grace, julgado em 27.04.2004.

¹²⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar: MS 34.070 e MS 34.071, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 18/03/2016, p. 6.

¹²⁶ Lei nº 12.016/09 Art. 21.: O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

legitimidade para propositura de MS coletivo, por adotar uma linha mais restritiva acerca da legitimidade dos partidos políticos, deve ser interpretado conforme a Constituição, o ministro-relator julgou cabível a propositura de MS por partido político para tutelar direito difuso.

Sobre o mérito da nomeação, ficou consignado, por meio da narrativa dos fatos¹²⁷, que houve desvio de finalidade no ato administrativo.

Segundo o ministro Gilmar Mendes, teria ficado evidente que a nomeação teve como intuito o deslocamento do foro para o STF a fim de salvaguardar o ex-presidente contra eventuais ações penais sem a autorização parlamentar prevista no art. 51, I da CF¹²⁸.

Nesse sentido, a nomeação de pessoa investigada criminalmente afrontaria os princípios da moralidade e da impessoalidade inscritos no art. 37 da CF¹²⁹, que seriam de observância obrigatória no ato de preenchimento do cargo de ministro de Estado, configurando o que o ministro chamou de “ilícito atípico”, assim definido como:

Ações que, *prima facie*, estão permitidas por uma regra, mas que uma vez consideradas todas as circunstâncias, devem considerar-se proibidas.

[...]

Porque, a despeito de sua aparência de legalidade, porque, a despeito de estarem, à primeira vista, em conformidade com uma regra, destoam da razão que a justifica, escapam ao princípio e ao interesse que lhe é subjacente. Trata-se simplesmente de garantir coerência valorativa ou justificativa

¹²⁷ Acerca da narrativa dos fatos, importa destacar que a decisão é composta por inúmeras descrições de fatos que permearam o contexto de nomeação de Lula ao cargo de ministro de Estado, o que inclui transcrições de interceptações telefônicas produzidas no âmbito das investigações da Operação Lava-Jato.

¹²⁸ CF/88, Art. 51.: Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;

¹²⁹ CF/88, Art. 37.: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

ao sistema jurídico e de apartar, com clareza discricionabilidade de arbitrariedade¹³⁰.

Assim, o ministro Gilmar Mendes destaca quatro elementos que configurariam o ato de nomeação praticado com desvio de finalidade como um “ilícito atípico”, quais sejam: (i) a existência de uma ação que, em princípio, estaria em conformidade com a norma; (ii) a produção de um resultado danoso, intencional ou não, como efeito da prática dessa ação; (iii) o caráter injustificado desse resultado danoso, tendo como base os princípios jurídicos aplicáveis ao caso; e (iv) o estabelecimento de uma segunda regra que limita o alcance da primeira, estabelecendo, assim, que comportamentos que anteriormente aparentavam legalidade são proibidos¹³¹.

Desse modo, construiu-se o raciocínio de que aplicando a teoria de “ilícitos atípicos” ao caso Lula tem-se que a Presidente da República praticou ato em conformidade com a sua atribuição conferida pelo art. 84, I da CF, mas que, ao fazê-lo, teria produzido resultado concreto “de todo incompatível com a ordem constitucional em vigor: conferir ao investigado foro no Supremo Tribunal Federal”¹³².

Por fim, cabe ressaltar que, de acordo com o entendimento firmado, os motivos subjetivos de quem pratica o ato ilícito não seriam relevantes para a configuração do desvio de finalidade, já que o vício teria natureza objetiva, não cabendo investigar se houve dolo ou intenção de fraudar a lei¹³³.

¹³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar: MS 34.070 e MS 34.071, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 18/03/2016, p. 18.

¹³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar: MS 34.070 e MS 34.071, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 18/03/2016, p. 19.

¹³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar: MS 34.070 e MS 34.071, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 18/03/2016, p. 19.

¹³³ Nesse ponto, o entendimento do ministro parece se aproximar da teoria de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “mesmo nos casos em que o agente atuou sem a reta intenção de atender a lei, seu comportamento é fulminável, não porque teve o intuito de desatender a lei, mas porque a desatendeu. Onde, não é a má fé, nos casos em que haja existido (desvio de poder alheio a qualquer interesse público), nem o intuito de alcançar um fim ilícito, por meio impróprio, quando haja sido este o caso (desvio do fim específico), aquilo que macula o ato e sim a circunstância deste não realizar a finalidade para qual a lei o preordenara. É que, no Direito Público, a satisfação do escopo sobreleva a boa ou má intenção do sujeito que pratica o ato. Se atendeu com bons ou maus propósitos, nada importa. Se

Em suma, é possível perceber que, para o ministro Gilmar Mendes, a simples nomeação de pessoa criminalmente implicada a cargo que confere foro por prerrogativa de função configura desvio de finalidade capaz de induzir à nulidade do ato administrativo de nomeação.

4.2. Caso Moreira Franco

Considerando a prerrogativa de foro inerente a função de ministro de Estado, a nomeação de alguém para tal cargo configura hipótese de desvio de finalidade pelo fato de importar em obstrução aos atos de investigação criminal? Essa foi a questão enfrentada pelo STF no caso Moreira Franco.

A nomeação de Moreira Franco ao cargo de chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República gerou controvérsia por duas razões principais. A primeira delas aparece ligada ao fato de que Moreira Franco, além de ser investigado pela operação “Farra das Passagens”, teria sido citado em acordos de colaboração premiada no âmbito da operação Lava-jato; já a segunda, está relacionada ao fato de que o cargo a ser ocupado por ele teria sido criado, por meio da Medida Provisória (MP) nº 768, o que teria levantado suspeitas de que o intuito da nomeação tenha sido a concessão de foro privilegiado a Moreira Franco¹³⁴.

Em relação à impugnação da investidura de Moreira Franco ao cargo de ministro de Estado é interessante notar que muito embora o caso guarde profunda semelhança com o caso Lula, sendo, inclusive, mencionado como paradigma, o resultado da medida fora completamente diverso daquele.

desatendeu com intentos lisos ou incorretos, praticou, igualmente, uma ilegalidade e o ato não pode operar.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª edição, 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p.73.

¹³⁴ A MP nº 768 não chegou a ser votada pelo Congresso Nacional, tendo sido revogada e editada nova MP, a nº 782, já convertida em Lei (Lei nº 13.502/2017), que também dispõe sobre o cargo de chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, conferindo-lhe *status* de ministro de Estado.

A MP 782 é, atualmente, objeto de ação direta de inconstitucionalidade que já conta com parecer da Procuradoria Geral da República opinando pela declaração de inconstitucionalidade da medida, uma vez que ela seria uma reprodução da MP nº 768, sendo vedada pela CF a reedição de MP que tenha perdido sua eficácia e, com a manifestação a Advocacia Geral da União no sentido de que as medidas possuem substanciais diferenças, já que a MP nº 768 tratava de um objeto restrito - criação da Secretaria-Geral e do Ministério de Direitos Humanos – ao passo que a nova MP, a nº 782, teria um objeto mais amplo - a organização básica dos órgãos da presidência e dos ministérios -.

A primeira semelhança reside no fato de que, da mesma forma que os mandados de segurança impetrados com o objetivo que anular a nomeação de Lula foram propostos por partidos políticos, o MS 34.609, que questionou a nomeação de Moreira Franco, também o foi.

Entretanto, ao analisar a legitimidade de tais partidos para a impetração de MS coletivo para tutelar direito difuso, entendeu o ministro Celso de Mello que, de acordo com o que estabelece o já mencionado art. 21 da Lei nº 12.016/09 e com a própria jurisprudência do STF, os partidos não possuem legitimidade ativa “*ad causam*” para o ajuizamento, razão pela qual o MS proposto deveria ser extinto sem resolução do mérito.

Posto isso, mesmo não considerando o impetrante parte legítima na demanda, o ministro-relator entendeu por bem analisar o mérito da questão. Assim, o primeiro tópico enfrentado foi a alegação de desvio de finalidade.

De acordo com o ministro Celso de Mello, não haveria que se falar em desvio de finalidade no ato de nomeação, haja vista que os atos administrativos são dotados de presunção (relativa) de legalidade, veracidade e legitimidade. Nesse sentido, afirma que:

A configuração desse grave vício jurídico, no entanto, que recai sobre um dos elementos constitutivos do ato administrativo, pressupõe a intenção deliberada, por parte do administrador público, de atingir objetivo vedado pela ordem jurídica ou divorciado do interesse público [...], desígnio esse que não se presume, sob pena de subversão dos postulados referentes à presunção de legalidade, de veracidade e de legitimidade de que se reveste todo e qualquer ato emanado da Administração Pública¹³⁵.

Desta feita, caberia àquele que imputa a prática de desvio de finalidade ao administrador a prova inequívoca de que o ato fora praticado sem a persecução do interesse público,

¹³⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar: MS 34.609, Rel. Ministro Celso de Mello, j. 14/02/2017, p. 13.

sendo certo que não seriam oponíveis meras alegações ou conjecturas¹³⁶, motivo pelo qual deve-se presumir a legalidade do ato impugnado.

Já quanto à alegação de obstrução das investigações criminais, fica consignado que, a prerrogativa de foro traduz uma consequência necessária e natural decorrente da investidura no cargo de ministro de Estado, não se podendo alegar que tal prerrogativa constitui obstrução da justiça ou, ainda, paralisação de atos de investigação criminal. Isso porque, o foro por prerrogativa de função não configuraria privilégio de ordem pessoal, tendo em vista que persecução penal fica cargo do Supremo Tribunal.

Nesse sentido, destaca ainda o ministro Celso de Mello, diferentemente do que determina o ministro Gilmar Mendes no caso Lula, que o deslocamento do foro para o STF não importa em necessidade de observância da condição de procedibilidade prevista no art. 51, I da CF, pois de acordo com a própria jurisprudência do Tribunal

a exigência constitucional de autorização prévia da Câmara dos Deputados somente se aplica, tratando-se de infrações penais comuns, se se cuidar de crime comum do próprio Ministro de Estado praticado em conexão com delito comum alegadamente perpetrado pelo Presidente da República¹³⁷.

Em outras palavras, em relação à observância do art. 51, I da CF, há o entendimento de que tal preceito não é aplicável nas hipóteses de crimes comuns de ministros de Estados, quando não conexos com as funções do cargo que ocupa.

Desse modo, é possível dizer que, em resposta a questão jurídica formulada na demanda, o ministro Celso de Mello entendeu que a investidura no cargo de ministro de Estado, por si só, desde que observados os requisitos dispostos no art. 87 da CF, não configura obstrução à justiça e nem implica na caracterização de desvio de finalidade do ato administrativo, razão pela qual seria de rigor o indeferimento do pedido liminar formulado.

¹³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar: MS 34.609, Rel. Ministro Celso de Mello, j. 14/02/2017.

¹³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar: MS 34.609, Rel. Ministro Celso de Mello, j. 14/02/2017, p. 20.

4.3. Caso Cristiane Brasil

A nomeação de pessoa condenada pela justiça trabalhista ao cargo de ministra do Trabalho afronta a moralidade administrativa inscrita no art. 37, *caput*, da CF? Essa é a questão de fundo da ação popular proposta com o intuito de questionar a indicação da deputada federal Cristiane Brasil ao Ministério do Trabalho.

Em 03 de janeiro de 2018, o presidente da República editou Decreto em que nomeava Cristiane Brasil ao cargo de ministra do Trabalho. Conduto, não demorou para que a indicação da deputada fosse questionada na esfera judicial, tendo sido propostas ações populares com pedido liminar de suspensão da posse agendada para o dia 9 de janeiro daquele ano.

Muito embora alguns dos pedidos liminares tenham sido indeferidos¹³⁸, um deles prosperou, sendo a posse da deputada suspensa pelo juiz de primeira instância e, posteriormente, sendo confirmada a suspensão em segunda instância¹³⁹. Com a confirmação da suspensão dos efeitos da nomeação pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região foi proposta medida de contracautela – no Superior Tribunal de Justiça -, que foi julgada procedente, autorizando-se a realização da cerimônia de posse agendada.

Nesse contexto, o caso Cristiane Brasil foi enfrentado pelo STF no julgamento da Reclamação (Recl.) 29.508, que tinha como fundamento a incompetência da presidência do STJ para apreciar a contracautela interposta contra a decisão proferida pelo TRF.

Assim, um primeiro ponto a se considerar nesse caso diz respeito ao seu distanciamento dos demais casos enfrentados nesse trabalho.

O caso Cristiane Brasil distancia-se dos casos Lula e Moreira Franco na medida em que a nomeação da deputada não estava inserida no contexto de investigação criminal e a decisão do Tribunal não foi dada pela análise do mérito da demanda, mas sim pela análise da competência da Presidência do STJ e STF para decidir a medida de contracautela interposta pela União.

¹³⁸ É possível citar ao menos duas ações em que houve indeferimento do pedido liminar de suspensão da cerimônia de posse da deputada: (i) Ação Popular nº 0001900-19.2018.4.02.5101, distribuída 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro; e (ii) Ação Popular nº 0502878-70.2017.4.02.510 da Vara Federal de Magé – Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

¹³⁹ Ação Popular nº 001786-77.2018.4.02.5102, distribuída na 4ª Vara Federal de Niterói - Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

Ao apreciar a Rcl. 29.508, a ministra Cármen Lúcia demonstrou grande preocupação em determinar que a decisão proferida não tinha como objetivo a discussão acerca possibilidade de nomeação da deputada ao cargo de indicação, fixando como tema de debate a competência ou incompetência do STJ para apreciar a medida deferida pela Presidência daquele Tribunal.

Desse modo, ao analisar a questão da usurpação de competência, a ministra utilizou como fundamento da decisão além do art. 25 da Lei nº 8.038/90¹⁴⁰, a própria jurisprudência do STF, no sentido de que havendo dupla natureza de fundamentos apresentados (constitucionais e infraconstitucionais), a competência para decidir medida de contracautela só será do Presidente do Superior Tribunal de Justiça quando “a causa de pedir estiver fundamentada em princípios constitucionais genéricos e a decisão que se busca suspender os efeitos pautada em normas infraconstitucionais”¹⁴¹.

Em suma, o que se colocou foi a necessidade de análise de dois requisitos para a definição da competência para julgamento da contracautela, quais sejam: a natureza constitucional ou infraconstitucional da fundamentação utilizada na causa de pedir e, estando a fundamentação amparada em princípios constitucionais, o grau de generalidade do princípio utilizado.

Nesse sentido, aplicando-se a análise dos requisitos ao caso Cristiane Brasil tem-se por certo que a fundamentação da causa de pedir possuía dupla natureza: constitucional, pela alegada violação ao princípio da moralidade administrativa disposto no art. 37, *caput*, da CF e, infraconstitucional, na medida em que a nomeação teria afrontado o disposto no art. 4º, I da Lei nº 4.717/65¹⁴², ficando, assim, a problemática do caso adstrita a análise da generalidade do princípio constitucional utilizado.

¹⁴⁰ Lei nº 8.038/90, Art. 25.: Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.

¹⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão da Presidência. : Rcl. 29.508, Reg. Ministra Cármen Lúcia, j. 08/02/2018, p. 14.

¹⁴² Lei nº 4.717/65, Art. 4º.: São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º.

I – A admissão ao serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação,

Nesse ponto, considerando que o grau e generalidade é fator determinante na fixação da competência os Tribunais, questiona-se: o princípio da moralidade administrativa é ou não um princípio genérico, dependente de regulamentação infraconstitucional que delimite a sua aplicação?

Respondendo a essa pergunta, a ministra Cármen Lúcia entendeu que “a matéria posta em análise tem como núcleo preceito constitucional dotado de densidade normativa suficiente a regular a situação apresentada” ¹⁴³ e, em razão disso, julgou demonstrada a usurpação de competência da Presidência do Supremo Tribunal Federal, ratificando assim, a suspensão do ato de posse deferida em decisão monocrática anterior.

Mesmo diante da tentativa de delimitar a análise à apreciação formal do caso, houve interferência judicial em competência exclusiva do Poder Executivo – nomeação de ministros de Estado – destacando-se, mais uma vez, a análise do mérito de ato administrativo discricionário. Muito embora o mérito da questão jurídica posta na ação popular não tenha sido analisado pelo STF, é evidente a interferência do Judiciário no caso, seja pelas decisões proferidas em primeira ¹⁴⁴ e segunda ¹⁴⁵ instâncias, seja porque a análise do princípio da moralidade administrativa realizada pela Presidência do STF conduziu o caso a uma situação de suspensão da posse até a apreciação da contracautela pelo Supremo Tribunal, o que efetivamente não ocorreu, tendo havido nova indicação

das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais.

¹⁴³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão da Presidência. : Rcl. 29.508, Reg. Ministra Cármen Lúcia, j. 08/02/2018, p. 15.

¹⁴⁴ Em primeira instância houve o reconhecimento de que, em respeito ao princípio da separação de poderes, não caberia ao Poder Judiciário realizar exame do mérito administrativo, mas que como tal princípio não é absoluto, “deverá agir o juiz sempre que a conduta praticada for ilegal, mais grave ainda, inconstitucional, em se tratando de preceito constitucional autoaplicável”, desse modo, a suspensão da posse seria um “sacrifício de bem jurídico proporcional ao resguardo da moralidade administrativa, valor tão caro à coletividade e que não deve ficar sem o pronto amparo da tutela jurisdicional”.

¹⁴⁵ Em segunda instância, assentou-se a ideia de que “diante da gravidade dos fatos narrados (condenações transitadas em julgado na seara trabalhista)” é legítima a fundamentação baseada no princípio da moralidade administrativa, sendo certo que a existência de certidões negativas de débitos trabalhistas e previdenciários é questão de mérito, não apreciada em sede de concessão da medida cautelar. Ou seja, na ponta, há a fixação do pressuposto de que a existência de condenações trabalhistas implica em violação ao princípio da moralidade.

do Presidente da República para a ocupação do cargo após longo período de indecisão do Judiciário sobre o caso¹⁴⁶.

5. Análise: O que podemos constatar?

Diante dos três casos de nomeação de ministros de Estados apreciados pelo STF é possível destacar alguns pontos relevantes ligados à forma como o Poder Judiciário exerce seu controle sobre a administração pública.

5.1. O controle feito por meio de princípios

Um primeiro ponto comum aos casos analisados que merece destaque diz respeito à utilização de princípios como parâmetro decisório.

Analisando as decisões proferidas pelos ministros do STF, foi possível perceber que a interpretação que cada ministro deu ao princípio constitucional em questão foi o elemento definidor para a obtenção do resultado da demanda.

Nesse ponto, de acordo com o ministro Gilmar Mendes, a nomeação de pessoa investigada criminalmente a função que tenha como prerrogativa o foro privilegiado implica em desrespeito aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade inscritos no art. 37, *caput*, da CF, uma vez que o preenchimento do cargo traz como consequência o deslocamento da competência para o STF.

Já para o ministro Celso de Mello, não haveria que se falar em violação dos princípios gerais da administração pública, uma vez que para falar em ofensa à moralidade administrativa seria necessário, a princípio, que houvesse prova do desvio de finalidade do ato administrativo. Ou seja, para ele, no que diz respeito ao controle de atos administrativos discricionários, a questão da violação de princípios aparece intimamente ligada a uma análise anterior acerca do desvio de finalidade.

No caso Cristiane Brasil, por sua vez, o que se observou foi que a concepção adotada pela ministra Cármen Lúcia acerca do grau de generalidade do princípio da moralidade administrativa foi o elemento definidor para a decisão que suspendeu a posse da

¹⁴⁶ A deputada Cristiane Brasil havia sido nomeada em 03 de janeiro de 2018, tendo sido publicada a revogação do Decreto de nomeação no Diário Oficial da União em 23 de fevereiro de 2018. Posteriormente, Helton Yomura, ministro interino à época, assumiu em caráter definitivo a cadeira de ministro do Trabalho.

deputada nomeada. De acordo com o entendimento da ministra, o princípio da moralidade possui “densidade normativa” suficiente a regular a situação posta, razão pela qual não haveria necessidade de se observar legislação infraconstitucional para operacionalizar a aplicação do referido princípio.

Diante disso, chama atenção o fato de que, muito embora se saiba que o cargo de ministro de Estado é cargo de confiança, sujeito a análise de conveniência e oportunidade do administrador público, o controle feito pelos julgadores foi fortemente influenciado pela utilização de princípio genérico e dotado de grande subjetividade, qual seja, o princípio da moralidade administrativa.

Nota-se que os casos analisados tenderam para a adoção de uma fundamentação mais voltada à utilização de conceitos jurídicos indeterminados, gerando uma situação de insegurança jurídica, na medida em que não foi possível ter previsibilidade nas decisões do Tribunal.

Destaca-se, nesse ponto, que a falta de previsibilidade se mostrou ainda mais acentuada se comparados os casos Lula e Moreira Franco, em que as demandas, embora semelhantes, tiveram resultados extremos, desde a análise formal, da legitimidade ativa dos impetrantes dos mandados de segurança, até a análise material, da suspensão do ato de nomeação em si.

5.2. A configuração do desvio de finalidade

Outra questão relevante que foi enfrentada pelo Supremo, mais especificamente nos casos Lula e Moreira Franco, foi a do desvio de finalidade do ato administrativo.

A esse respeito, um primeiro ponto que merece relevo está ligado ao fato de que em ambos os casos a questão da interferência judicial no exame do mérito administrativo não foi um ponto enfrentado, o que demonstra que o tema da interferência indevida na esfera do Poder Executivo – que, em tese, pode acarretar em violação do princípio da separação de poderes - não é uma preocupação dos ministros do STF. Em outras palavras, não há preocupação com restrições ao exercício do controle judicial na discricionariedade administrativa¹⁴⁷.

¹⁴⁷ A título de exemplo, é possível citar, ainda, outra decisão recente do STF proferida na ADI 5.874, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, em que por meio de decisão liminar prolatada no período de recesso forense pela Presidência e, posteriormente ratificada pelo ministro-relator, suspendeu-se os efeitos de diversos dispositivos do Decreto nº 9.246/2017, assinado pelo Presidente da República Michel Temer

Posto isso, já tratando do desvio de finalidade propriamente dito, é possível observar que as decisões que trataram do tema foram bastante antagônicas. Muito embora os casos Lula e Moreira Franco fossem extremamente similares, os ministros julgadores adotaram perspectivas bem distintas na definição do que, no caso concreto, pode ser interpretado como desvio de finalidade.

Nesse sentido, ao apreciar o caso Lula, entendeu o ministro Gilmar Mendes que o desvio de finalidade estaria configurado, haja vista que o objetivo primeiro da nomeação estaria ligado à concessão de foro privilegiado ao ex-presidente investigado na Operação Lava-Jato, o que acarretaria na obstrução das investigações criminais. Entendeu o ministro, em linhas gerais, que a simples indicação de pessoa criminalmente investigada configura o chamado “ilícito atípico”, não havendo sequer necessidade de se investigar a intenção, os motivos subjetivos, que teriam levado à prática do ato.

Já sob a ótica do ministro Celso de Mello, no âmbito do caso Moreira Franco, houve o entendimento de que o desvio de finalidade configura vício em elemento do ato administrativo que, sob hipótese alguma, pode ser presumido, devendo ser comprovado inequivocamente por aquele que o alega. Isso porque os atos administrativos seriam revestidos de uma presunção relativa de legalidade, veracidade e legitimidade, de modo que a mera alegação de suposições não seria suficiente para infirmar tais presunções.

Desse modo, nota-se que não há consenso quanto aos elementos que configurariam o desvio de finalidade do ato administrativo. Se por um lado há o entendimento de que o vício possui natureza objetiva, por outro se entendeu que a sua qualificação depende da análise das intenções do administrador.

5.3. Discricionariedade *versus* arbitrariedade

Um último ponto a ser enfrentado em relação ao controle judicial exercido sobre os atos administrativos diz respeito à diferenciação entre discricionariedade e arbitrariedade, sendo certo que a grande questão que permeia essa diferenciação está relacionada aos limites da atuação do chefe do Poder Executivo.

Sob esse aspecto, é possível perceber que os ministros do STF se posicionaram no sentido de afirmar que a discricionariedade administrativa não implica em arbitrariedade. Vale dizer, a atuação do chefe do Poder Executivo deve estar limitada e

e que concedia indulto natalino coletivo.

deve ser orientada pelos mandamentos explícitos e implícitos constitucionais e legais, não se admitindo que atos administrativos violem tais preceitos.

Nesse sentido, é interessante notar que, muito embora o Poder Judiciário acabe por exercer um papel de limitador da discricionariedade administrativa, fazendo controle de seus atos a fim de evitar a prática de condutas arbitrárias por parte do administrador, não é possível perceber a existência de um padrão definidor de quais condutas específicas ou quais critérios devem ser adotados para se determinar que o ato de gestão foi praticado dentro dos limites da discricionariedade administrativa ou se, no caso, houve um extrapolamento desse limite que implique na caracterização da arbitrariedade.

Em linhas gerais, o que se nota é que as manifestações acerca dessa temática são feitas a partir de conceitos jurídicos indeterminados, com afirmações no sentido de atribuir ao administrador um dever de observância dos princípios constitucionalmente estabelecidos na ordem jurídica sob pena de sua conduta ser tida como arbitrária. É o que se pode ver, por exemplo, em:

Nenhum Chefe do Poder Executivo, em qualquer de suas esferas, é dono da condução dos destinos do país; na verdade, ostenta papel de simples mandatário da vontade popular, a qual deve ser seguida em consonância com os princípios constitucionais explícitos e implícitos, entre eles a probidade e a moralidade no trato do interesse público “lato sensu”¹⁴⁸

Assim, o que se tem, portanto, é que a análise do que os ministros consideram como sendo discricionário ou arbitrário esbarra na interpretação que eles mesmos dão aos princípios constitucionais e as condutas praticadas pelo administrador por eles apreciadas.

6. Conclusão

¹⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar: MS 34.070 e MS 34.071, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 18/03/2016, p. 17.

Como o Poder Judiciário exerce seu controle sob a administração pública? Essa foi a pergunta que norteou as discussões propostas nesse artigo.

O primeiro ponto que merece destaque está relacionado à possibilidade de controle judicial da discricionariedade administrativa. Viu-se que a questão da submissão de atos administrativos discricionários ao Poder Judiciário é aceita majoritariamente sob a ótica do Estado Social Democrático de Direito, momento em que se passou a não mais aceitar a legalidade como único parâmetro legitimador da ação estatal.

Assim, a controvérsia colocada estaria ligada a possibilidade de controle dos atos administrativos políticos, que a exemplo do ato de nomeação de ministros de Estado, podem ser entendidos como aqueles que possuem finalidade política e conteúdo delimitado pelo âmbito interno do mecanismo estatal.

De acordo com SEABRA FAGUNDES e BINENBOJM não caberia controle sob atos administrativos políticos, mas a jurisprudência recente do STF nos diz o contrário.

Analizou-se, para tanto, três casos de nomeação de ministros de Estado apreciadas pelo STF: a nomeação de Lula ao cargo de chefe da Casa Civil; de Moreira Franco ao cargo de chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República e de Cristiane Brasil ao cargo de ministra do Trabalho.

O estudo dos casos nos revelou três aspectos importantes do controle judicial exercido sob a Administração Pública.

O primeiro ponto aparece ligado à utilização de princípios como parâmetro decisório. Ao limitar a atividade administrativa estatal, há uma tendência do Poder Judiciário de decidir com base em princípios gerais do direito. Nota-se que a interpretação que cada julgador dá aos princípios influencia diretamente no resultado das demandas, o que acaba por gerar incerteza quanto aos resultados que podem ser obtidos com a judicialização de casos análogos.

Já o segundo aspecto observado diz respeito à configuração do desvio de finalidade. Novamente, é possível perceber um problema de previsibilidade das decisões do STF. Veja-se que a questão do desvio de finalidade foi enfrentada em dois dos três casos estudados, sendo certo que a interpretação dada pelos ministros fora completamente distinta, levando casos semelhantes a resultados completamente diversos.

Por fim, a última questão que pode ser observada acerca do controle judicial exercido nos casos de nomeação de ministros de Estado está relacionada às noções de discricionariedade administrativa e arbitrariedade. Nesse ponto, os ministros registram

que, muito embora a discricionariedade da administração pública deva ser respeitada, há um limite para a atuação do Chefe do Poder Executivo, limite esse que esbarrar na interpretação que os próprios ministros dão aos princípios constitucionais utilizados como parâmetro do controle. Vale dizer, há o entendimento de que a inobservância aos princípios constitucionais pelo administrador público implica em extrapolação dos limites da discricionariedade, caracterizando arbitrariedade.

7. Bibliografia

FAGUNDES, M. Seabra; BINENBOJM, Gustavo (atual.). **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª edição, 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

**Implicações do controle exercido pelo Tribunal de Contas na gestão municipal:
caso Paulínia**

Rebeca de Oliveira Souza

*Graduanda da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Ex-aluna
(2017) e monitora (2018) da Escola de Formação Pública da Sociedade Brasileira de
Direito Público – sbdp.*

Resumo: A noção de que os órgãos de controle devam servir ao fomento de uma gestão pública eficiente tem ganhado cada vez mais força. Para isso, tais órgãos têm se utilizado de controles menos formais e mais atentos ao custo-benefício do gasto. Em Paulínia, município do Estado de São Paulo, destacou-se que este tipo de fiscalização é capaz de diagnosticar falhas na aplicação de recursos na rede de ensino, resguardando em alguma medida o direito à educação. Em contrapartida, o controle de resultado traz riscos ao exercício de competências do Poder Executivo a serem levados em consideração pelos governantes.

Palavras-chave: Controle da Administração Pública. Direito à educação. Discrecionalidade da Administração Pública. Gasto mínimo obrigatório. Tribunal de Contas do Estado.

Abstract: The notion that audit systems within the public sector should serve to foster good governance has gained more and more strength. To conquer such function, these organizations are using less bureaucratic forms of control and are attentive to spending efficiency. In the Brazilian municipality of Paulínia, this type of control was able to diagnose failures and inconsistencies in the application of resources in the education sector and promote the right to education. On the other hand, the control of results brings some risks to the executive power that should be taken into consideration by governments.

Keywords: Control of the public administration. Right to education. Discretionary power. Earmark resources. Supreme Audit Institution.

Sumário: 1. Introdução – 2. O papel dos órgãos de controle. 2.1. Tribunal de Contas do Estado e o gasto mínimo obrigatório – 3. Caso Paulínia. 3.1. Contextualização; 3.2. Atuação do TCE no caso – 4. Implicações do controle de resultado. 4.1. Promoção do direito à educação; 4.2. O controle pautando a gestão pública – 5. Proposições. 5.1. Alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB); 5.2. Estabelecimento de metas para Administração Pública – 6. Conclusão – 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Partindo-se da noção de que o controle sobre a Administração Pública deva ser mais um mecanismo fomentador da boa governança, é primordial que se discuta e repense se sua dinâmica tem atingido esta finalidade. Da dificuldade de se delimitar a atuação dos órgãos de controle externo é que se propõe uma reflexão acerca das implicações práticas da fiscalização¹⁴⁹ exercida por estas entidades, entendendo-a como mais um desafio que os gestores virão a enfrentar ao assumirem seus postos nas próximas eleições.

O problema neste ponto é que assim como em muitas matérias do direito administrativo, o controle é estruturado e balizado a partir de “truísmos” e crenças pouco investigadas empiricamente¹⁵⁰, incapazes de nos conduzir a uma delimitação da atividade de controle não só desejável como factível. Se em certa medida, discute-se na doutrina o modelo ideal de controle, a necessidade de reformas e possíveis caminhos, há pouco material empírico sobre a fiscalização empreendida pelos órgãos controladores.

¹⁴⁹ Neste artigo, os termos fiscalização e controle serão equiparados, conforme a seguinte conceituação: “Como fiscalização, o controle se revela tanto pelo monitoramento das atividades reguladas (de modo a manter-se permanentemente informado sobre as condições econômicas e técnicas do setor controlado), quanto na aferição das condutas dos controlados, de modo a impedir o descumprimento de regras e objetivos voltados à implementação de políticas públicas”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle na Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). **Nova organização administrativa brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 226.

¹⁵⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

Por isso, este artigo propõe debater implicações do exercício do controle externo a partir de um estudo de caso¹⁵¹: o gasto com educação no município de Paulínia e a respectiva fiscalização do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP). O caso foi escolhido pois nele o TCE-SP adotou uma perspectiva qualitativa e finalística quanto aos gastos do município com sua rede de ensino, aferindo resultados da ação estatal para além da mera conformidade com a lei.

As seções iniciais servem para a contextualização do tema em questão – o controle externo pelos tribunais de contas. No tópico três, apresenta-se a fiscalização que o TCE-SP promoveu acerca do município de Paulínia. Em seguida, aborda-se dificuldades envolvendo a delimitação da atuação dos órgãos de controle externo, como a possível captura de competências do administrador público pelo controlador e o desvirtuamento da atividade-fim da Administração. No tópico cinco, encerra-se trazendo algumas propostas para balizar o quadro atual de controle.

2. O papel dos órgãos de controle

O controle contábil e financeiro das atividades do Poder Executivo é imprescindível ao regime democrático. Isso não só para que se evite o desvio de recursos, mas para que se adeque as ações estatais às demandas e necessidades reais da população.¹⁵² Se através da utilização do dinheiro público, direitos sociais (constitucionalmente previstos) são

¹⁵¹ O estudo de caso sobre o município paulista de Paulínia foi objeto de pesquisa da monografia apresentada em 2017 pela mesma autora como requisito de conclusão do curso promovido pela Sociedade Brasileira de Direito Público (sbdp), chamado Escola de Formação Pública (EFp). A monografia recebeu o título “Tribunal de Contas do Estado e o gasto mínimo obrigatório: implicações da fiscalização qualitativa sobre o gasto com educação no Município de Paulínia”. Para acessá-la na íntegra: <https://bit.ly/2JBGhT7>.

¹⁵² “O controle da Administração não se presta apenas para evitar o desvio de bens ou recursos públicos. O controle deve envolver também a verificação de que o poder atribuído ao Estado está sendo manejado eficientemente para cumprir as finalidades que justificam e legitimam a sua atribuição ao agente público ou se o sacrifício de direitos individuais inerente à ação estatal está correspondente ao proveito efetivo auferível pela coletividade.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública. In: MODESTO, Paulo (coord.). **Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 199.

concretizados, averiguar se a aplicação de recursos públicos tem sido capaz de trazer benefícios concretos à população passa, portanto, a ser uma garantia de todo cidadão.¹⁵³ Nesse cenário – o da necessidade de controle da utilização dos recursos públicos, é que surgem as entidades fiscalizadoras superiores (ou “EFS”). Estas entidades são responsáveis pelo controle externo do Poder Executivo e auxiliam, em sua grande parte, o Poder Legislativo no exercício desta atribuição.¹⁵⁴ É que dado o caráter eminentemente democrático desse direito, o parlamento se apresenta como “poder mais apto a fiscalizar os gastos públicos”.¹⁵⁵

Ao redor do mundo, os órgãos de controle externo estão substancialmente divididos em (i) auditorias gerais e (ii) cortes de contas¹⁵⁶. No Brasil, adotamos o modelo das cortes (ou “tribunais”) de contas, que, em auxílio ao Poder Legislativo, detêm a prerrogativa de exercer o controle externo da Administração Pública.

Os parâmetros de fiscalização das EFS consistem desde a aferição de legalidade, até aspectos como economicidade, eficiência e efetividade¹⁵⁷. O glossário de termos¹⁵⁸ da

¹⁵³ Nesse sentido, ver: BEZERRA, Paulo Sérgio Alves et al. **O controle externo das contas públicas: tendências atuais**. Macapá: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

¹⁵⁴ “Em termos de vinculação institucional, as EFS podem estar ligadas a qualquer Poder (...). Note-se, contudo, que não há controladorias vinculadas ao Poder Judiciário. Também entre as cortes de contas isso não é comum. Percebe-se, pelo contrário, uma nítida predominância da vinculação ao Poder Legislativo.” ROCHA, Alexandre Amorim. **O Modelo de Controle Externo Exercido pelos Tribunais de Contas e as Proposições Legislativas sobre o Tema**. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 8.

¹⁵⁵ “Por essa razão que o parlamento, sendo a casa do povo por excelência, é o titular do controle externo. Os parlamentares, em suas diferenças, representam as mais diversas camadas da sociedade, sendo, por isso, o poder mais apto a fiscalizar os gastos públicos.” BEZERRA, Paulo Sérgio Alves et al. **O controle externo das contas públicas: tendências atuais**. Macapá: Fundação Getúlio Vargas, 2003, pp. 8-9.

¹⁵⁶ A norma internacional das entidades fiscalizadoras (ISSAI - International Standards of Supreme Audit Institutions) de número 1000, que apresenta as diretrizes gerais da auditoria financeira exercida pelas EFS, aponta três modelos de controle externo mais comuns ao redor do mundo: i) auditoria geral; ii) tribunal (ou corte) de contas e iii) conselho ou órgão colegiado. ISSAI 1000, **Introduction générale aux lignes directrices de l'INTOSAI pour l'audit financier**. p. 24. Disponível em: <https://bit.ly/2KdPWDw>. Acesso em: jun. 2018.

¹⁵⁷ SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Contratações Públicas e seu Controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

¹⁵⁸ Trata-se da norma ISSAI de número 1003. Esta norma traz um glossário dos termos utilizados na auditoria financeira exercida pelas entidades fiscalizadoras superiores ligadas a INTOSAI. Disponível

INTOSAI (Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores) traz a definição de dois tipos de auditoria a serem exercidas pelos órgãos de controle externo: a de conformidade e a de desempenho (ou “controle de otimização de resultados”). A primeira está ligada a verificar o respeito à legislação vigente, a aferir a legalidade. Já a segunda, prioriza averiguar se a atividade da entidade auditada foi empreendida de maneira econômica, eficiente e eficaz, levando-se em consideração os recursos disponíveis. E corresponde, portanto, ao que se chama neste trabalho de controle de resultado ou mesmo, o que a Constituição de 1988 atribuiu aos tribunais de contas como “fiscalização operacional”.^{159 160}

Apesar de parâmetros como eficiência e otimização de resultados serem característicos das auditorias (e não das cortes de contas)¹⁶¹, esta é uma orientação e uma tendência clara para quaisquer tipos de EFS.¹⁶²

em: <https://bit.ly/2KdPWDw>.

¹⁵⁹“A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 71, inciso IV, conferiu ao TCU, pela primeira vez, a competência de realizar fiscalizações de natureza operacional, como um dos primeiros passos visando a avaliar o desempenho da administração pública.” BEZERRA, Paulo Sérgio Alves et al. **O controle externo das contas públicas: tendências atuais**. Macapá: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 32. :

¹⁶⁰ Por força do artigo 75 da Constituição Federal, apesar dos artigos 70 e 71 se referirem expressamente ao Tribunal de Contas da União, são aplicáveis também aos Tribunais de Contas Estaduais e Municipais.

¹⁶¹ “As cortes surgiram com a preocupação do controle da legalidade da gestão financeira do setor público. Esse controle pressupõe que o **exato cumprimento da lei** é uma condição necessária para a correta aplicação dos recursos públicos, ou seja: verificar se o gestor agiu conforme a legislação, se seus atos estavam respaldados nas normas aplicáveis, foi a primeira atribuição das cortes de contas. O **controle gerencial**, por sua vez, é a principal marca das auditorias-gerais ou controladorias. Essa modalidade de controle prioriza a análise dos atos administrativos em relação tanto aos seus custos, como aos **resultados almejados e alcançados**.” (Grifo meu). ROCHA, Alexandre Amorim. **O Modelo de Controle Externo Exercido pelos Tribunais de Contas e as Proposições Legislativas sobre o Tema**. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 7.

¹⁶² “As Normas de Auditoria da INTOSAI, revisadas em 1995, ao tratarem dos princípios básicos de auditoria, estipulam que ‘o escopo pleno da auditoria governamental abrange a auditoria de regularidade e a auditoria de desempenho’, podendo, na prática, haver uma superposição entre essas duas modalidades.” BEZERRA, Paulo Sérgio Alves et al. **O controle externo das contas públicas: tendências atuais**. Trabalho de Conclusão do Curso. Macapá: Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 28. Da mesma forma, o preâmbulo da Declaração de Lima, considerada a Carta Magna da auditoria governamental, prevê que o “uso regular e **eficiente** de recursos públicos constitui um dos pré-requisitos essenciais para a gestão adequada das finanças públicas e a **efetividade** das decisões das autoridades responsáveis.”

Isso não significa que tribunais de contas possam sempre se valer de seu poder de comando quando verificarem que determinada aplicação de recursos não foi “eficiente”:

O Tribunal de Contas, mesmo sendo responsável pela preservação da legalidade dos gastos públicos, não recebeu a função de intervir diretamente na atividade administrativa sempre que, em sua análise, ocorra prática contrária à lei ou à eficiência na gestão pública.¹⁶³

No exercício da fiscalização operacional, o objeto de fiscalização do tribunal se amplia bastante (ele pode fazer um exame de todo o conjunto da atividade administrativa), mas seus comandos devem se limitar a emitir recomendações, sem qualquer vinculação da Administração Pública.¹⁶⁴

2.1. Tribunal de Contas do Estado e o gasto mínimo obrigatório

O órgão de controle externo responsável pela fiscalização dos municípios é o Tribunal de Contas do Estado (TCE). Dentre suas atribuições está a de apreciar e emitir pareceres anuais sobre a administração financeira municipal.¹⁶⁵ Estes pareceres são

(Grifo meu). Esta declaração é a principal norma internacional das entidades fiscalizadoras superiores, reunidas na INTOSAI (Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores), da qual fazem parte auditorias e cortes de contas de 193 países, incluindo o Brasil.

¹⁶³ SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 196.

¹⁶⁴ “O poder de comando do Tribunal só existe se a ilegalidade apurada for em matéria financeira, orçamentária, contábil ou patrimonial, mas não por conta de ilegalidades em outras matérias administrativas, examinadas no âmbito da ampla fiscalização operacional. (...) Da mesma forma, se o Tribunal fazendo auditoria operacional, **posiciona-se criticamente quanto a certa política** (de expansão de universidades públicas, por exemplo), sem identificar ilegalidade, apenas pode representar às autoridades, dando ciência de sua **opinião**, sem outras consequências jurídicas.” (Grifo meu). SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 182-183.

¹⁶⁵ Artigo 33, Constituição do Estado de São Paulo/1989: O controle externo, a cargo da Assembléia Legislativa, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete: (...) XIII -

posteriormente remetidos à Câmara de Vereadores, podendo ser acatados ou rejeitados¹⁶⁶ pelos membros do Poder Legislativo.

O processo de fiscalização e elaboração dos pareceres acontece da seguinte forma¹⁶⁷: a prefeitura envia informações acerca da própria gestão por meio do sistema eletrônico de auditoria (o sistema AUDESP, no caso dos municípios paulistas); os agentes de fiscalização verificam as informações colhidas *in loco* (visitam os municípios por meio de equipes de fiscalização divididas em unidades regionais) e elaboram um relatório¹⁶⁸. Este relatório e a possível contestação do Poder Executivo são encaminhados à assessoria técnico-jurídica, que dá seu parecer sobre os dados recolhidos e eventual oposição da gestão¹⁶⁹. O processo, então, passa pelo Ministério Público de Contas (MPC), sobre o qual, emite também um parecer¹⁷⁰ e é distribuído, por fim, ao gabinete do conselheiro competente para ser preparado o relatório-voto¹⁷¹. Como última etapa da

emitir parecer sobre a prestação anual de contas da administração financeira dos Municípios, exceto a dos que tiverem Tribunal próprio.

¹⁶⁶ Nesse caso, confirmando-se o parecer desfavorável do TCE pelos vereadores, os membros do Poder Legislativo podem cassar o mandato do prefeito, levando a inelegibilidade do chefe do Poder Executivo municipal, conforme art. 1º, inciso, I, alínea “g” da Lei Complementar nº 64 de 1990.

¹⁶⁷ Esta breve descrição do procedimento de fiscalização se baseou no cruzamento de informações contidas no Regimento Interno do TCE-SP e nas entrevistas realizadas com membros da prefeitura de Paulínia, conselheiro e assessor do Tribunal. Destaco, sobretudo, a entrevista com o assessor Gustavo Andrey Fernandes. A íntegra da entrevista pode ser encontrada em: SOUZA, Rebeca de Oliveira. **Tribunal de Contas do Estado e o Gasto Mínimo Obrigatório: implicações da fiscalização qualitativa sobre o gasto com educação no Município de Paulínia**. 2017. pp. 120-130.

¹⁶⁸ Art. 193, Regimento Interno TCE-SP: A prestação de contas da Administração Financeira Municipal e das Mesas das Câmaras Municipais será encaminhada à Diretoria de Fiscalização ou Unidades Regionais, para ultimar os procedimentos de fiscalização, nos termos de Ordem de Serviço específica.

¹⁶⁹ Art. 184, Regimento Interno TCE-SP: Cada um dos órgãos técnicos, referidos no artigo anterior, tão logo conclua a manifestação de sua alçada e respectiva juntada aos autos, encaminhará, em caráter de antecipação, para fins de ciência e estudos prévios, cópia, por qualquer meio eletrônico disponível, daquela peça aos órgãos que deverão pronunciar-se em prosseguimento, bem como ao Ministério Público e à Procuradoria da Fazenda do Estado, Relator, Conselheiros e Presidente, à exceção do órgão imediatamente seguinte, ao qual serão encaminhados os próprios autos.

¹⁷⁰ Art. 69, Regimento Interno TCE-SP: Compete ao Ministério Público (...) II - **ter vista** de todos os processos em que seja exercida jurisdição, antes de proferida a decisão, para requerer as medidas de interesse da justiça, da administração e do erário, e **opinar a respeito da matéria**. (Grifo meu)

¹⁷¹ Art. 194, Regimento Interno TCE-SP: Encerrados os trabalhos de fiscalização, e após manifestação do

apreciação das contas anuais, o Tribunal pode declará-las favoráveis, favoráveis com ressalvas, ou desfavoráveis.

Dentre as causas ensejadoras de um parecer desfavorável, a jurisprudência do TCE-SP estabelece que a não utilização dos 25% de recursos provenientes de impostos e demais transferências (artigo 212, *caput*, Constituição Federal)¹⁷² terá como consequência necessária a não aprovação das contas. Na emissão do Manual de Aplicação Básica no Ensino de 2012, o Tribunal se manifesta no sentido de que “o não atendimento aos mínimos da Educação tem sido o principal motivo para a negação da conta do Prefeito”¹⁷³. O cumprimento do gasto mínimo obrigatório é, inclusive, prioridade na fiscalização das contas públicas por força do artigo 73¹⁷⁴ da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB).

Nesse sentido, o Conselheiro Dimas Ramalho (TCE-SP) afirma: “(...) nós somos muitos rígidos em relação à educação. Índices constitucionais saúde e educação nós somos muito rígidos. Para nós é um pecado mortal.”¹⁷⁵ Gustavo Andrey Fernandes, assessor do TCE-SP, reforça essa noção: “não existe nenhum município no estado de São Paulo que se não gastou 25% teve suas contas aprovadas”.¹⁷⁶

Ministério Público, serão conclusos os autos ao Relator, que determinará, se for o caso, a audiência prévia dos órgãos responsáveis, fixando-lhes, por meio de publicação no Diário Oficial, o prazo de 15 (quinze) dias, para alegarem o que for de seu interesse.

¹⁷² Art. 212, *caput*, Constituição Federal/1988: A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os **Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo**, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. (Grifo meu).

¹⁷³ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Manual de Aplicação Básica no Ensino, 2012, p. 33.

¹⁷⁴ Art. 73, Lei nº 9394/1996: Os **órgãos fiscalizadores examinarão, prioritariamente**, na prestação de contas de recursos públicos, o **cumprimento do disposto no art. 212** da Constituição Federal, no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e na legislação concernente. (Grifo meu)

¹⁷⁵ Entrevista realizada com o Conselheiro do TCE-SP, Dimas Eduardo Ramalho. SOUZA, Rebeca de Oliveira. Tribunal de Contas do Estado e o Gasto Mínimo Obrigatório: implicações da fiscalização qualitativa sobre o gasto com educação no Município de Paulínia. 2017. p. 136.

¹⁷⁶ Entrevista realizada com o assessor do TCE-SP, Gustavo Andrey Fernandes. SOUZA, Rebeca de Oliveira. Tribunal de Contas do Estado e o Gasto Mínimo Obrigatório: implicações da fiscalização qualitativa sobre o gasto com educação no Município de Paulínia. 2017. p. 127.

No caso de cumprimento do artigo 212, mas atestada precariedade da rede de ensino, o Tribunal emite recomendações e aponta ressalvas apesar do parecer favorável. Trata-se aqui de uma fiscalização operacional, de uma “avaliação de performance da entidade” auditada. Em dado contexto, as manifestações do TCE não têm caráter sancionatório, o que se justifica na medida em que “referidas manifestações do Tribunal não tem caráter cogente nem sujeitam a sanção as autoridades responsáveis, no caso de desatendimento”.¹⁷⁷ Mas, levadas ao Poder Legislativo - responsável final pela apreciação das contas do Poder Executivo -, têm o condão de subsidiar a cassação do mandato do prefeito (chefe do Poder Executivo municipal).¹⁷⁸ Veremos, então, como o TCE-SP constatou o cumprimento deste artigo na apreciação das contas do município de Paulínia.

3. Caso Paulínia

3.1. Contextualização

O município brasileiro de Paulínia é um polo petroquímico localizado no interior do estado de São Paulo. Por conta da grande arrecadação de impostos, o município contabiliza uma das maiores rendas *per capita* do estado.¹⁷⁹

Nos últimos 10 anos, ele esteve entre os cinco municípios mais ricos¹⁸⁰ do estado de São Paulo, notadamente o estado mais desenvolvido da federação brasileira. Encontra-

¹⁷⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 188.

¹⁷⁸ Art. 24, § 4º, Lei Complementar nº 709/1993: O parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas só deixará de prevalecer por decisão de 2/3 (dois terços) dos membros da Câmara Municipal.

¹⁷⁹ “A Refinaria de Petróleo Paulista, maior unidade de processamento de petróleo da Petrobrás, é a principal responsável pela arrecadação de impostos de Paulínia, a 126 quilômetros de São Paulo. É graças a ela que a cidade foi elevada à primeira posição no ranking de receita tributária per capita municipal - R\$ 9.973, de acordo com levantamento do Instituto Brasileiro de Administração Municipal (Ibam). No ano passado, o total arrecadado com ICMS foi de R\$ 21,7 bilhões.” FAVÁRO, Tatiana. **Petróleo fez riqueza de Paulínia**. O Estado de S. Paulo, Paulínia, 17 nov. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/2lwQxBk>. Acesso em: jun. 2018.

¹⁸⁰ No Portal de Transparência Municipal do TCE-SP foi possível averiguar que Paulínia se manteve entre as 5 maiores rendas *per capita* do estado de São Paulo, entre 2008 e 2017. Sendo que, entre 2009 a 2013, obteve a maior de todo estado. A média de sua renda *per capita* foi de R\$ 10.600,00 entre os anos 2008-

se, portanto, em uma situação extremamente privilegiada do ponto de vista econômico, ainda mais se considerada a média de renda dos municípios brasileiros.

A escolha do estudo de caso se deu por conta de reiteradas ressalvas do TCE-SP quanto à qualidade da rede municipal de ensino apesar do elevadíssimo investimento neste setor. O Poder Executivo de Paulínia direcionava, em média, 30 a 32% de todo seu orçamento à educação nos últimos exercícios financeiros analisados¹⁸¹. Entretanto, o TCE-SP apontava, na emissão de pareceres, empecilhos ao desenvolvimento do setor educacional e insuficiência da destinação do montante.

Eram alegados pela fiscalização, entre outros problemas, a precarização das estruturas das escolas, baixo desempenho em índices educacionais, e a terceirização do ensino obrigatório a estabelecimentos privados. O questionamento da pesquisa girava em torno da contradição entre o montante destinado à educação e a precariedade da rede de ensino alegada pelo Tribunal de Contas do Estado.¹⁸²

Como um órgão de controle se comportava diante do cumprimento formal do artigo 212 da Constituição em face da inefetividade¹⁸³ da política pública empenhada pelo

2017, média que é quase quatro vezes maior que a paulista: R\$ 2.800,00. Disponível em: <http://transparencia.tce.sp.gov.br/>.

¹⁸¹ Na pesquisa (ver nota 3) foram analisados os últimos onze exercícios financeiros do município de Paulínia (2005-2015). Segundo os pareceres emitidos pelo TCE-SP, disponibilizados em seu endereço eletrônico (<https://bit.ly/2MsZuk>), foram investidos os seguintes montantes, em cumprimento à determinação constitucional do artigo 212, *caput*: 25,48% (2005); 31,46% (2006); 32,15% (2007); 32,43% (2008); 33,42% (2009); 31,42% (2010); 30,55% (2011); 31,73% (2012); 27,16% (2013); 31,46% (2014); 32,17% (2015).

¹⁸² Segundo o relatório da unidade de fiscalização em 2013, constatou-se: “baixo desempenho das escolas municipais no Índice de Desenvolvimento da Educação do Estado de São Paulo (IDESP), em inobservância ao art. 206, inc. VII, da CF/88; péssimas condições estruturais das escolas municipais, com baixos investimentos em construção, ampliação e reforma de unidades escolares; existência de 1.493 alunos em escolas e creches particulares, com mensalidades custeadas com recursos públicos, em virtude da falta de vagas na rede municipal de ensino. Todavia, não houve obras de creches e escolas de educação infantil iniciadas em 2013, em afronta ao art. 206, I e IV, da CF/88”. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Primeira Câmara. TC-002021/026/13, Rel. Dimas Eduardo Ramalho, j. 08/12/2015, p. 2.

¹⁸³ Segundo o relator do parecer acerca do exercício de 2013: “Todas essas ocorrências dão conta que as políticas públicas e os dispêndios voltados à educação, uma das áreas de maior importância, foram **ineficientes**.” (Grifo meu) TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Primeira Câmara. TC-002021/026/13, Rel. Dimas Eduardo Ramalho, j. 08/12/2015, p. 26.

município paulista? Seu controle era estritamente formal, ou não, buscava aferir resultados, atingimento de metas e promoção de direitos sociais?

3.2. Atuação do TCE no caso

Quanto à destinação formal dos recursos, entendendo-a como o cálculo estritamente matemático feito sobre o montante recebido pelo município, não há qualquer flexibilização: o não computo dos 25% tem como consequência necessária a emissão do parecer desfavorável por parte da Corte de Contas.

Contudo, quando se trata da análise qualitativa (ou material) deste gasto — ou seja, do quanto essa despesa tem sido capaz de resguardar a qualidade da educação e promover um ensino satisfatório nos municípios — a discussão é mais complexa. A constatação da má utilização do dinheiro gasto em educação ainda não é capaz, por si só, de ensejar um parecer desfavorável por parte do Tribunal paulista. Apesar de apontar ineficiência na aplicação do montante previsto no art. 212 da Constituição Federal, os pareceres desfavoráveis da Corte de Contas nos onze exercícios analisados eram acompanhados de outras falhas como ocultação de despesas, desvio de função e falhas em procedimentos licitatórios.¹⁸⁴

A tendência de se atentar para além da destinação do percentual mínimo é cada vez mais evidente.¹⁸⁵ Trata-se de uma mudança na jurisprudência do Tribunal, que se volta à qualidade da aplicação dos recursos do Ensino Básico como reflexo de uma preocupação latente com a “eficiência” da utilização dos recursos públicos.

Nos onze exercícios analisados (2005-2015), o posicionamento do TCE-SP quanto ao cumprimento do artigo 212 não se manteve o mesmo. Nos exercícios de 2005, 2006,

¹⁸⁴ Foi o que se verificou nos exercícios de 2012, 2013, 2014 e 2015, nos quais a ineficiência do setor educacional se somou a outros problemas na gestão, que levaram à rejeição das contas. Segundo entrevista realizada com Gustavo Andrey Fernandes, assessor do TCE-SP, “é muito difícil eu encontrar um caso que só por causa do IDEB [Índice de Desenvolvimento da Educação Básica] as contas do prefeito sejam reprovadas (por enquanto). Mas assim, quando você soma todos os fatores, pesa. E é **um sentido de jurisprudência claro, cada vez mais isso pesa.**” (Grifo meu) SOUZA, Rebeca de Oliveira. **Tribunal de Contas do Estado e o Gasto Mínimo Obrigatório: implicações da fiscalização qualitativa sobre o gasto com educação no Município de Paulínia.** 2017. p. 124.

¹⁸⁵ Tal constatação pôde ser averiguada através da análise dos pareceres dos exercícios de 2005 a 2015, da comparação entre os Manuais de Aplicação Básica no Ensino emitidos pelo TCE-SP ao longo dos anos, e de entrevistas com membros do referido órgão de controle e gestores municipais de Paulínia.

2008, e 2010, os pareceres trazidos pela Corte de Contas quanto à rede de ensino se restringiram a aferir a mera destinação dos 25% do orçamento para a educação. Entretanto, desde 2012, constatou-se relatórios mais detalhados, que buscavam averiguar a eficiência do serviço prestado, exercendo uma verdadeira fiscalização de resultado, ou “qualitativa”.

A mudança nos parâmetros da fiscalização empreendida pelo TCE-SP revelou posições divergentes quanto à interferência permitida aos órgãos de controle na esfera de discricionariedade do gestor municipal. Em 2012, o Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo (MPC-SP)¹⁸⁶ constatou o gasto de mais de 7 milhões de reais em eventos natalinos e carnavalescos enquanto “crianças do município precisavam recorrer ao Poder Judiciário para obtenção de vagas em creches e escolas infantis, além da queda na avaliação da qualidade do ensino, apesar da elevada receita do município, apresentando desempenho inferior ao de outros municípios com menor receita e maior população.”¹⁸⁷

Apesar dos apontamentos feitos pelo MPC-SP, o conselheiro responsável pela análise das contas de Paulínia não acatou o referido parecer do Ministério Público, defendendo que a apreciação das contas deva ser feita “sob o prisma de sua legalidade formal”, cabendo aos munícipes (e eleitores) a avaliação quanto às escolhas feitas pela administração municipal - e não a um órgão de controle externo, no caso, o TCE-SP. Afirmou o relator:

Quanto ao possível equívoco de opções da Administração, verificado pelo D. MPC, entre festividades e investimentos em creches, escolas especiais e melhorias na educação, é matéria que não conduz à rejeição das contas. As decisões dessa natureza são e serão avaliadas sob o prisma de sua legalidade formal, de sua submissão às regras de contratação

¹⁸⁶ No Tribunal de Contas, Ministério Público de Contas (MPC) exerce função de *custos legis* (guardião da lei), e emite seu parecer a respeito das contas anuais com base no relatório elaborado pela fiscalização. Cabe a este órgão ter vista de todos os processos e sempre opinar a respeito da matéria debatida, antes que os Conselheiros (responsáveis pela emissão dos pareceres) profiram a decisão final.

¹⁸⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Primeira Câmara. TC-001953/026/12, Rel. Alexandre Sarquis, j. 14/10/2014, p. 9.

e não quanto a seu conteúdo. Este será avaliado pela sociedade local, por seus representantes e, em última análise, pelo eleitor do município de Paulínia. Todavia, cabe alerta ao atual Prefeito para que, na medida da discricionariedade, busque equilíbrio entre as despesas diversas de modo a bem atender o inegável interesse público em dotar o Município de creches, atendimento a alunos com necessidades especiais e ensino de qualidade.¹⁸⁸

Vê-se na apreciação das contas de 2012, uma postura mais contida do Tribunal, entendendo não ser papel da Corte de Contas avaliar a qualidade das decisões tomadas no âmbito da discricionariedade da Administração.

Alguns membros do MPC, órgão que atua conjuntamente com o TCE na defesa do erário público e dos interesses sociais, defendem não haver pretexto de discricionariedade administrativa no caso do gasto mínimo obrigatório¹⁸⁹, ponto de vista que destoa da posição adotada pelo Tribunal paulista na apreciação das contas de 2012.

Já na análise das contas de 2013, o conselheiro-relator adotou um posicionamento diferente de seu colega em 2012. Levando em consideração o montante arrecadado pelo município, não julgou adequada a precariedade no planejamento orçamentário e na execução de políticas públicas. A questão teve pedido de reexame por parte do município, que usou justamente o argumento do cumprimento formal do artigo 212 da CF para se eximir de qualquer obrigação quanto à precária estrutura das escolas. Em linhas gerais, o prefeito alegou ter cumprido a totalidade dos “aspectos cruciais considerados por esta Corte”.¹⁹⁰

¹⁸⁸ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Primeira Câmara. TC-001953/026/12, Rel. Alexandre Sarquis, j. 14/10/2014, p. 18.

¹⁸⁹ “Diferentemente do usualmente alegado pelos gestores públicos – a pretexto de reserva do possível ou discricionariedade administrativa – as prescrições legais de obrigações de fazer em saúde e educação são muitas, criam vinculações substantivas inafastáveis para o conteúdo do gasto mínimo e reclamam eficácia imediata, nos moldes do art. 5º, §1º da CR/1988”. PINTO, Élica Graziane. **Controle do cumprimento das metas do PNE no bojo do gasto mínimo em educação**, II encontro MPSP/MEC/UNDIME-SP. Disponível em: <http://bit.ly/2HGtduM>. Acesso em: jul. 2018.

¹⁹⁰ “Avaliou [o Prefeito] que da amostra sobre 08 unidades escolares detectou-se uma série de precariedades, não só na infraestrutura, mas também de pessoal; e, que a falta de cuidado com os próprios

Em 2014, o relatório segue essa tendência e traz mais detalhes acerca da real condição das escolas. A fiscalização aponta subutilização do repasse federal de recursos à rede de ensino e baixo desempenho dos alunos das escolas municipais em avaliações educacionais. Ao proferir seu voto, o substituto de conselheiro, acata a opinião da unidade de fiscalização, reforça a necessidade de aprimorar a gestão, priorizar o ensino, e que “apesar do cumprimento formal desses índices constitucionais, a gestão do Ensino deixa muito a desejar, se analisados os resultados efetivos.”¹⁹¹

No último ano analisado (2015), o relatório da fiscalização reiterava os mesmos problemas com déficit de vaga nas creches e o atingimento parcial das notas previstas para a última avaliação nacional de ensino.

É interessante a reflexão proposta pelo embate entre as posições divergentes: o Tribunal de Contas poderia definir a legitimidade dos gastos para além da destinação prevista constitucionalmente? Tal órgão extrapolaria sua função caso adotasse uma postura mais interventiva ao questionar a adequação do gasto?

Se o cerceamento da discricionariedade do administrador público através do “congelamento” de parte do orçamento - a previsão constitucional de um gasto mínimo obrigatório - não é capaz de resguardar a adequada aplicação dos recursos, será o controle de resultado capaz disso?

4. Implicações do controle de resultado

Apesar do controle de resultado não ser uma característica inicial das cortes de contas, tem sido cada vez mais promovido por estas. Da mesma forma, afastando-se da auditoria tradicional, e se aproximando de uma auditoria de desempenho, o TCE-SP, no caso estudado, exerceu verdadeira avaliação de performance sobre a atividade do Executivo.

escolares pode ser verificada nos registros fotográficos. (...) **Mas lembrou que foram aplicados 29,22% dos impostos no ensino** e, ainda, 96,91% do FUNDEB no período, desse modo **cumprindo as metas constitucionais.**” (Grifo meu). TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal Pleno. Pedido de reexame TC-002021/026/13, Rel. Cristiana Moraes, j. 30/11/2016, pp. 4-5.

¹⁹¹ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Segunda Câmara. TC-000494/026/14, Rel. Samy Wurman, j. 27/09/2016, p. 10.

O referido órgão se atentou não somente à eficiência do gasto e à qualidade da educação, mas também ao aspecto global dos dispêndios no setor educacional, levando em conta a realidade do jurisdicionado (quesitos como sua grande arrecadação, porte médio do município, número de habitantes, entre outros).

4.1. Promoção do direito à educação

A importância da promoção de um ensino público de qualidade e a necessidade de se fazer valer o Plano Nacional de Educação tornam primordial o controle de resultado (e a fiscalização operacional) quanto ao dinheiro aplicado no setor educacional. Averiguar a destinação dos 25% apenas sob seu aspecto formal é insuficiente quanto ao fomento de uma gestão que atenda ao interesse público. Isso porque a Administração Pública exerce sua função legitimamente não somente quando utiliza seus recursos públicos nos setores previstos como também atende às demandas da população, promovendo políticas públicas satisfatórias e concretizando direitos sociais.

A atuação do Tribunal em Paulínia foi capaz de diagnosticar “inefetividades” das políticas municipais de ensino e colaborar, nesse quadro, para a promoção do direito à educação. Ao apontar insuficiência no atingimento de notas em avaliações educacionais, a precariedade reincidente das estruturas das escolas e a discrepância entre o montante investido e a qualidade do ensino, o exercício de competência do TCE-SP esteve em total consonância com a função do controle externo da Administração Pública. Ao passo que o controle de conformidade não teria sido capaz de apontar as referidas falhas e contradições no sistema de ensino.

Destaca-se também o papel do TCE-SP quanto à participação da sociedade no processo de fiscalização. Ao disponibilizar em seu endereço eletrônico os relatórios-voto acerca de cada exercício financeiro dos municípios e ao reforçar a atuação dos Conselhos de Acompanhamento e Controle Social do FUNDEB¹⁹², este órgão acaba por incentivar o controle social, importante instrumento no aprimoramento da gestão pública.

Mas se não há dúvida quanto à importância da concretização do direito à educação, nem da necessidade de se otimizar a alocação de recursos (escassos) para que isso ocorra, problematiza-se no próximo item tal atuação dos órgãos de controle sobre a gestão

¹⁹² TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Primeira Câmara. TC-002021/026/13, Rel. Dimas Eduardo Ramalho, j. 08/12/15, p. 13.

municipal. Coibir gastos infrutíferos e tutelar o direito à educação é importante, entretanto, corre-se alguns riscos.

4.2. O controle pautando a gestão pública

Como visto na seção 2, o controle de resultado (por meio da fiscalização operacional) acaba por ampliar o campo de fiscalização dos tribunais de contas, que, no entanto, ficam limitados a “dar sua opinião”, sem qualquer vinculação da Administração. Ocorre que mesmo como recomendações, as manifestações do Tribunal emitidas no contexto de fiscalização operacional são relevantes para a administração municipal.

O diretor do departamento financeiro de Paulínia, acerca de como a gestão recebia os pareceres do Tribunal de Contas, afirma: “não só é relevante como norteia o que a gente está fazendo.(...) Então toda manifestação do Tribunal de Contas para gente é de extrema importância para que a gente possa estar ajustado, porque o TCE-SP é quem dita normas e procedimentos em todas as situações administrativas que a gente tem.”¹⁹³

Aqui, corre-se o risco do controlador se fazer valer da sua visão de efetividade de uma política pública, em detrimento da discricionariedade inerente a atividade do administrador público, mais capaz (em tese) de tomar decisões adequadas à realidade de sua esfera administrativa. Em sentido parecido, os gestores passam a se preocupar mais em cumprir com as recomendações do Tribunal do que gerir a máquina administrativa de maneira a promover políticas públicas interessantes à população.¹⁹⁴ Ao definir a atividade administrativa, o órgão controlador pode inviabilizá-la por completo, perdendo, assim, sua função primordial – a de fomentar a boa governança.¹⁹⁵

¹⁹³ Entrevista realizada com o Diretor do Departamento Financeiro do município de Paulínia, Sérgio Luís da Silva. SOUZA, Rebeca de Oliveira. **Tribunal de Contas do Estado e o Gasto Mínimo Obrigatório: implicações da fiscalização qualitativa sobre o gasto com educação no Município de Paulínia**. 2017, pp. 95-96.

¹⁹⁴ “(...) é o próprio controlador que modela atividade-fim, ou seja, o específico modo de satisfação das finalidades públicas por meio de comandos concretos. (...) O espaço de inovação da administração nesse contexto [do controle por substituição] passa a ser limitadíssimo, e ela se volta apenas a responder as demandas do órgão controlador”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 27.

¹⁹⁵ “Qualquer controle que, sob o pálio de coibir o desvio ou o desperdício impede a consecução de uma ação administrativa acaba por produzir um efeito contrário àquele que justifica a existência do controle.”

O desvirtuamento de funções atinge não só a atividade administrativa como a própria função do controle. Pois se o controlador externo se tornar administrador, quem ficará encarregado do controle externo? O órgão de controle acaba por se esvaziar de suas principais prerrogativas – a imparcialidade e autonomia. Seu olhar crítico desaparece e ele passa a gerir conjuntamente com o administrador controlado.¹⁹⁶

Tal desvio da atividade-fim da Administração Pública é ainda mais acentuado em controles marcadamente formais e burocráticos. Tem que se levar em conta empecilhos práticos do gestor e características da rotina da gestão pública. Mas em muitos casos, os órgãos controladores não possuem esta maleabilidade e se voltam a aferição de aspectos extremamente formais e de difícil realização prática.¹⁹⁷

Quando o mesmo diretor de finanças foi questionado sobre eventual engessamento da máquina pública em face do controle do Tribunal de Contas, apesar de reconhecer a necessidade de fiscalização, contrapôs: “o que às vezes engessa a gente é que em algumas situações são minúcias que você tem que atender. A legislação manda atender, mas a dinâmica do serviço público (nada contrário a lei), às vezes impede você de fazer alguma coisa em muito pouco tempo.”¹⁹⁸

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública. In: MODESTO, Paulo (coord.). **Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo governo federal para reforma da organização administrativa brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 200.

¹⁹⁶ “Este, afinal, é o grande desafio de qualquer sistema de controle público externo – que, para ser externo, não pode substituir o controlado pelo controlador. Se o controlador externo virar administrador em regime de condomínio, quem fará o controle verdadeiramente externo? Um controle externo autônomo, imparcial, em posição crítica sobre o dia a dia, é algo muito importante. Ele agrega ‘outro olhar’, diferente sobre a ação administrativa”. SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 195.

¹⁹⁷ “No Direito Administrativo, muitas vezes as previsões abstratas das normas, e a interpretação que delas fazem alguns órgãos de controle, não possuem maleabilidade suficiente para dar conta de todos os casos concretos com os quais o administrador público se depara em seu dia a dia, colocando-o diante de um difícil dilema: cumprir cegamente a letra da lei e deixar perecer alguma necessidade pública premente ou a implementação eficiente da política pública a seu encargo.” PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática**. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 20.

¹⁹⁸ Em entrevista realizada com o Diretor do Departamento Financeiro do município de Paulínia, Sérgio Luís da Silva: “Olha, falar que atrapalha... nós estamos num mundo hoje que precisa ser feito. Os poderes

Mesmo se afastando do controle de conformidade, o desafio da fiscalização operacional (da utilização de parâmetros de economicidade, eficiência e efetividade) é fomentar gestão de qualidade sem minar a discricionariedade e as possibilidades de atuação do gestor.

5. Proposições

5.1. Alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)

A alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), promulgada no início de 2018, tem como tônica justamente esta preocupação com a efetividade e a interferência indevida do controle. Trata-se da tentativa não só de trazer maior previsibilidade na aplicação de normas de direito público, como também delimitar a atuação dos órgãos controladores.

Dentre outras modificações, a LINDB passou a prever que os administradores públicos poderão ser punidos caso haja comprovado “dolo” ou “erro grosseiro” e, por isso, servindo para balizar a interferência dos órgãos de controle na Administração Pública. Como consequência prática, a constatação de uma política pública educacional ineficiente (por exemplo) não seria suficiente para responsabilizar a gestão.

Da tentativa de “consolidar e melhorar” os controles existentes¹⁹⁹ decorre a preocupação com a aplicação de conceitos indeterminados na tomada de decisões com repercussões concretas sobre a atividade administrativa. Pretendeu-se abarcar a noção de responsabilidade decisória, evitando que conceitos jurídicos abstratos sejam

públicos têm que ser fiscalizados seja federal, estadual ou municipal. Isso é, nós não temos como não ter esse tipo de fiscalização e acompanhamento. O que às vezes engessa a gente é que em algumas situações são minúcias que você tem que atender. A legislação manda atender, mas a **dinâmica do serviço público** (nada contrário a lei), às vezes **impede você de fazer alguma coisa em muito pouco tempo**. Por exemplo, esse contrato emergencial que tivemos que fazer. Se fosse esperar para fazer o contrato do jeito que é para fazer, correndo prazos e tal, ele ia passar de três, quatro, cinco meses e a aula ia começar dia 13 de fevereiro. Então nós fomos obrigados. O Tribunal falava: ‘ó, essa situação não dá não, vocês têm que fazer licitação!’.” (Grifo meu). SOUZA, Rebeca de Oliveira. **Tribunal de Contas do Estado e o Gasto Mínimo Obrigatório: implicações da fiscalização qualitativa sobre o gasto com educação no Município de Paulínia**. 2017. p. 97.

¹⁹⁹ PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015.

empregados indiscriminadamente e sem preocupação com a prática da entidade auditada.²⁰⁰

Em Paulínia, o TCE-SP se preocupou com a efetividade do serviço educacional prestado e emitiu recomendações quanto à adequada aplicação de recursos pela gestão municipal. Contudo, apesar de desejável que o órgão controlador constata a eficiência da atividade administrativa, o uso de conceitos abstratos e consequente responsabilização, sem preocupação com as circunstâncias fáticas do caso concreto, além de não garantir o adequado funcionamento da máquina estatal, é capaz de engessar a gestão pública. Deve-se buscar uma Administração Pública de resultados, mas isso não deve custar a governabilidade e a discricionariedade inerente à atividade do Poder Executivo.²⁰¹

5.2. Estabelecimento de metas para Administração Pública

No caso em concreto e por força do artigo 212, parágrafo 3º,²⁰² da Constituição, seria lícito ao controlador diagnosticar a adequação do gasto empreendido pelo Poder Executivo com base no conjunto de metas, diretrizes e estratégias de política educacional estabelecidos no Plano Nacional de Educação (PNE)²⁰³.

²⁰⁰ “O PL nº 7.448/2017 pretende inserir o artigo 20 na LINDB com a finalidade de reforçar a ideia de responsabilidade decisória estatal diante da incidência de normas jurídicas indeterminadas, as quais sabidamente admitem diversas hipóteses interpretativas e, portanto, mais de uma solução. A experiência demonstra ser comum a tomada de decisões muito concretas a partir de valores jurídicos bem abstratos — tais como o interesse público, o princípio da economicidade, a moralidade administrativa, etc. O fenômeno é comum às esferas administrativa, controladora e judicial”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017**. 2018. p. 4.

²⁰¹ Um dos artigos da lei ressalta que “na aplicação das normas não se deve ter em conta apenas a frieza de suas previsões abstratas, mas adequá-las às peculiaridades de cada caso concreto.” PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática**. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 20.

²⁰² Art. 212, §3º, Constituição Federal/1988: “A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do **plano nacional de educação**”. (Grifo meu)

²⁰³ Sobre o plano, em vigência no Brasil de 2014 a 2024: “o Plano Nacional de Educação (PNE) determina **diretrizes, metas e estratégias para a política educacional** dos próximos dez anos. O primeiro grupo são metas estruturantes para a garantia do direito a educação básica com qualidade, e que

Membros do Ministério Público de Contas defendem a importância dos órgãos de controle na aderência por parte do Poder Executivo ao PNE. A procuradora de contas do MPC-SP, Élidea Graziane Pinto, acusa justamente a complexidade de ações governamentais que envolvam a consecução do direito à educação como uma das razões para que os órgãos de controle diagnostiquem falhas e exijam resultados, à luz do Plano.²⁰⁴

Em entrevista realizada com Gustavo Andrey Fernandes, assessor do TCE-SP, e estudioso sobre finanças e implementação de direitos sociais, aponta-se ineficaz a taxação de gastos voltados à manutenção e desenvolvimento do ensino, como ocorre na instituição do gasto mínimo obrigatório²⁰⁵. Na perspectiva do assessor, estabelecer metas a serem perseguidas pela gestão é mais proveitoso do que prever de antemão os gastos adequados à manutenção do ensino em determinada localidade²⁰⁶. A título de

assim promovam a garantia do acesso, à universalização do ensino obrigatório, e à ampliação das oportunidades educacionais. Um segundo grupo de metas diz respeito especificamente à redução das desigualdades e à valorização da diversidade, caminhos imprescindíveis para a equidade. O terceiro bloco de metas trata da valorização dos profissionais da educação, considerada estratégica para que as metas anteriores sejam atingidas, e o quarto grupo de metas refere-se ao ensino superior.” (Grifo meu). Disponível em: <http://pne.mec.gov.br/>. Acesso em: jun. 2018.

²⁰⁴ “O momento e o contexto nos impõem, pois, uma relevante cota de responsabilidade pelo atual estado de coisas na política pública de educação. Isso porque o **nível de aderência dos governos ao aludido Plano Nacional também diz respeito aos órgãos de controle**. Em nossa seara, por exemplo, tal teste de aderência se materializa na efetividade e qualidade (ou não) dos gastos públicos em educação realizados para cumpri-lo. Na teoria, planejar, executar e controlar são atividades dinâmicas que se interimplicam ao longo do ciclo da ação governamental, razão pela qual elas deveriam se retroalimentar em um **processo pedagógico de diagnóstico de falhas, avaliação de resultados**, aprendizagem e correção de rumos.” (Grifo meu). PINTO, Élidea; PASCOAL, Valdecir. Gasto mínimo em educação deve ser planejado e cumprido à luz do PNE, *Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2IIYl35> . Acesso em: jun. 2018.

²⁰⁵ A lei brasileira nº 9.394/1996, conhecida como Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), estabelece taxativamente os tipos de gastos considerados de manutenção e desenvolvimento do ensino nos seus artigos 70 e 71.

²⁰⁶ Em entrevista realizada com o assessor do TCE-SP, Gustavo Andrey Fernandes: “É como se tivesse uma forma, uma forma de produção. É como se você conhecesse a fábrica. A fábrica da educação é e é assim que tem que ser. Então eu tenho duas coisas: uma coisa é a vinculação a gasto, outra coisa é a não discricionariedade do gasto. No sentido de que o agente público comanda gastos dentro de uma categoria super bem delimitada, segundo os artigos 70 e 71 da LDB [Lei de Diretrizes e Bases da Educação]. Outra

exemplo, alguns dos relatórios-voto acerca da administração financeira de Paulínia averiguaram o atingimento de metas do IDEB (Índice de Desenvolvimento da Educação Básica)²⁰⁷.

Afastando-se da perspectiva do controlador externo, os programas de metas²⁰⁸, implementados pelo Poder Executivo municipal em atuação conjunta com o Poder Legislativo, aparecem como uma boa ferramenta para o exercício do controle social e efetividade da atividade administrativa. Tal iniciativa consiste na elaboração de prioridades de governo e previsão de meios para verificação dos resultados semestralmente.

Atualmente, cerca de 50 municípios brasileiros têm adotado a iniciativa na expectativa de engajar efetivamente a sociedade na formulação de políticas públicas e no

questão é a não discricionariedade e a vinculação a gasto! O que é interessante... a gente criou pela LDB e os Tribunais de Contas, nisso eles são bem rigorosos...a gastar 25%. Não existe nenhum Município no Estado de São Paulo que se não gastou 25% teve suas contas aprovadas. Não gastou, dançou e que, além disso, gaste conforme a legislação. Então, na verdade, o prefeito... ele acaba sendo um robô em que ele tem que gastar daquela forma, tá? O que é interessante disso, veja que não tem vinculação resultado. **Outra forma alternativa de se pensar é olha você está livre para gastar, mas você tem que me entregar um resultado.**” (Grifo meu). SOUZA, Rebeca de Oliveira. **Tribunal de Contas do Estado e o Gasto Mínimo Obrigatório: implicações da fiscalização qualitativa sobre o gasto com educação no Município de Paulínia.** 2017. p. 127.

²⁰⁷ Como no exercício de 2012, em que: “(...) além da queda na avaliação da qualidade do ensino, apesar da elevada receita do município”, apresentou “desempenho inferior ao de outros municípios com menor receita e maior população.” TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Primeira Câmara. TC-001953/026/12, Rel. Alexandre Sarquis, j. 14/10/2014, p. 9. E de 2013, no qual, “ao contrário da crescente e volumosa arrecadação, surpreendentemente a Municipalidade vem regredindo nas notas obtidas por esses alunos. Consultando as notas do IDEB, por intermédio da internet no Portal IDEB, verifica-se que no exercício de 2009, a nota alcançada foi de 4,8. Em 2011 a nota abaixou para 4,4 e em 2013, a nota obtida foi de 4,1, não atingindo, desta feita, meta estabelecida pelo IDEB.” TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Primeira Câmara. TC-002021/026/13, Rel. Dimas Eduardo Ramalho, j. 08/12/2015, p. 26.

²⁰⁸ “A figura do Programa de Metas não cria mecanismos de controle internos ou externos. (...) dele apenas decorrem deveres procedimentais voltados à gestão mais transparente da administração municipal, aumentando, com isso, a prestação de contas à população.” SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Motta; ROSILHO, André Janjácomo. **Programa de Metas: uma solução municipal de transparência administrativa.** Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 63, p. 39-54, set./out. 2010.

acompanhamento do poder público local.²⁰⁹ No município de São Paulo, o monitoramento de ações da Administração Pública volta-se aos “aspectos que traduzem a melhoria da qualidade de vida da população, como, por exemplo, diminuir a taxa de mortalidade infantil ou aumentar a nota do IDEB.”²¹⁰ Quanto à promoção do direito à educação, o programa de metas (2017-2020) prevê, dentre outros objetivos, o atingimento de IDEB de 6,5 nos anos iniciais do Ensino Fundamental e expansão das matrículas em creches da rede municipal de ensino.

6. Conclusão

A discussão proposta pretendeu trazer à tona questões relevantes sobre o exercício do controle por parte dos tribunais de contas. Viu-se que é necessário que o controle sirva como mais um aparato para fomentar a boa gestão dos recursos, ainda mais quando estão em jogo direitos sociais tão cruciais como o direito à educação. E que sob essa perspectiva, o controle de resultado (através da fiscalização operacional) aparece como meio mais apto de averiguar a efetividade deste investimento, entendendo-a como a capacidade da utilização destes recursos trazerem benefícios concretos à população.

A fiscalização operacional e o caráter não vinculativo das recomendações fomentam o controle por cooperação, à medida que o órgão controlador diagnostique falhas na gestão e esta possa incorporar melhorias e aperfeiçoar sua atuação.²¹¹ Neste tipo de auditoria, o Tribunal emite recomendações que, apesar de não vincularem a Administração Pública, repercutem na agenda da gestão, e no modo como os

²⁰⁹ “O Plano de Metas para a Cidade de São Paulo já foi seguido até hoje por 51 cidades brasileiras, entre elas Rio de Janeiro e Belo Horizonte, a segunda e terceira maiores cidades do país que já aprovaram uma emenda para obrigar os prefeitos a apresentarem um programa de metas quantitativas e qualitativas para cada área da administração municipal.” Disponível em: <http://www.nossasaopaulo.org.br/programa-de-metas>. Acesso em: jul. 2018.

²¹⁰ Programa de Metas (2017-2020) da Prefeitura de São Paulo, p. 3. Disponível em: <https://bit.ly/2utlngs>. Acesso em: ago. 2018.

²¹¹ “A observação de disfunções deveria promover a interação entre gestores e controladores, para que os primeiros fossem alertados e auxiliados na identificação e, quando possível, superação das causas, bem como estimulados a introduzir correções e aperfeiçoamentos voltados para a obtenção dos melhores resultados”. ROCHA, Alexandre Amorim. **O Modelo de Controle Externo Exercido pelos Tribunais de Contas e as Proposições Legislativas sobre o Tema**. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 17.

administradores gerem a máquina pública. O controle, portanto, acaba por se tornar mais um elemento a ser levado em consideração na elaboração e execução de políticas públicas por parte do Poder Executivo.

O controle de resultado em Paulínia, promovido pelo TCE-SP, foi capaz de diagnosticar falhas na rede de ensino mesmo com o grande montante investido. Olhar para o retorno do investimento feito no setor educacional foi fundamental para se averiguar se a destinação de todo aquele dinheiro atendia concretamente à população do município. Apesar de positiva a atuação do TCE ao avaliar a performance da atividade administrativa para além da conformidade ao texto legal, reforça-se que o controle de resultado (ou a fiscalização operacional) pode colocar em xeque a discricionariedade do administrador público. Ao imprimir sua concepção do que seja uma boa alocação de recursos, o controlador pode abarcar impropriamente competências, substituindo o administrador e interferindo no seu campo de atuação.

Inserida nesse debate, a alteração da LINDB surge como uma tentativa de racionalizar o controle, que deve sim pautar sua atuação com base na eficiência, mas sem sobrecarregar e inviabilizar a gestão. Por último, e como alternativa à intervenção prejudicial das entidades fiscalizadoras, surge a possibilidade de instituição de metas, seja através do Plano Nacional de Educação (uma maneira de averiguar mais concretamente os dispêndios da Administração neste setor) ou do Programa de Metas implementado em alguns municípios, que aproxima a gestão da população destinatária das políticas públicas.

Implementar um controle sobre a Administração Pública que não extrapole suas competências e promova a boa governança permanece um desafio. O debate se torna ainda mais delicado por se tratar da tutela do direito à educação, essencial ao desenvolvimento social. Espera-se que à luz do caso de Paulínia possa-se trazer elementos para a discussão sobre os limites e as competências dos órgãos de controle externo, visando estruturá-los de maneira a não só permitir o adequado gerenciamento da máquina estatal como promover a concretização de direitos sociais.

7. Bibliografia

BEZERRA, Paulo Sérgio Alves; COSTA, Agnaldo da Luz; GAIA, Raimundo Nonato Demétrio e LEITE, Luiz Celso. **O controle externo das contas públicas: tendências atuais**. Macapá: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (Coord.). **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 21-38.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle na Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). **Nova organização administrativa brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 195-226.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015.

PINTO, Élide; PASCOAL, Valdecir. **Gasto mínimo em educação deve ser planejado e cumprido à luz do PNE**, Consultor Jurídico, 25 jun. 2015.

ROCHA, Alexandre Amorim. O Modelo de Controle Externo Exercido pelos Tribunais de Contas e as Proposições Legislativas sobre o Tema. Brasília: Senado Federal, 2002.

SOUZA, Rebeca de Oliveira. Tribunal de Contas do Estado e o Gasto Mínimo Obrigatório: implicações da fiscalização qualitativa sobre o gasto com educação no Município de Paulínia. 2017.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em busca de uma administração pública de resultados. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (Coord.). **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 39-61.

SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Contratações Públicas e seu Controle**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 177-220.

SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Motta; ROSILHO, André Janjácomo. **Programa de Metas: uma solução municipal de transparência administrativa**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 63, p. 39-54, set./out. 2010.

**A REGULAÇÃO DO LOBBY, ELEIÇÕES E MODELOS DE REPRESENTAÇÃO E
PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO BRASIL: PONTOS DE PARTIDA PARA UM DEBATE
NECESSÁRIO**

Pedro Renó Gama

*Discente do curso de Direito da USP. Ex-aluno e atual tutor da Escola de Formação
Pública da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp (2016). Pesquisador
temático do Núcleo de Justiça e Constituição (NJC) da FGV Direito SP.*

Resumo: O presente artigo procura analisar como a discussão da regulação do lobby pode e deve ser inserida nas preocupações da agenda de estudos sobre eleições e modelos de representação e participação democrática no Brasil, bem como propor alguns pontos de partida para que este problema seja analisado. Para isto, o artigo se debruçou sobre a produção doutrinária da matéria, bem como a forma que esta vem sendo tratada internacionalmente, criando alguns parâmetros analíticos para a construção de uma regulação ideal do lobby. Por fim, o artigo analisou como esta prática é tratada no direito brasileiro, buscando compreender as normas já existentes, e os projetos de lei em tramitação, apontando eventuais falhas, lacunas e sugestões para o aperfeiçoamento de sua regulação no país.

Palavras-chaves: Lobby, regulação, eleições, democracia, representação e participação popular.

Abstract: This essay has the purpose of analysing how the discussion about lobby regulation can and must be present in the agenda of the studies about elections, representation models and public participation in Brazil. With that, some leading points of this subject were put in place to begin this analysis. For that, this essay took in place the theoretical production of the matter, so as the way that this subject has been discussed internationally. Furthermore, with this information, were established some parameters for the construction of an ideal lobby regulation. At the end, the focus of the analysis turned to the brazilian law and the lobby practice in this country, trying to understand the already existent regulations and bill projects. Also, were made observations about these laws and pointed the gaps and fails of them. Moreover, were

made suggestions and possible changes in this matter with the purpose of improvement in the subject of lobby regulation in Brazil.

Keywords: Lobby, regulation, elections, democracy, representation and public participation.

SUMÁRIO: Introdução – Parte I: Os vetores democráticos do lobby; 1. O conceito de lobby; 2. Os vetores que devem guiar a regulação do lobby – Parte II: A regulação do lobby no Brasil; 1. O lobby no direito brasileiro; 2. A necessidade de aprimorar a regulação do lobby no Brasil – Conclusão – Referências bibliográficas.

1. Introdução

A aproximação dos momentos eleitorais é sempre vista como uma importante possibilidade de amadurecimento institucional-democrático do país, colocando em ênfase na mídia e na academia uma série de questões relacionadas à democracia: o regime jurídico dos partidos políticos, o financiamento e outras regras de campanha, a estrutura do sistema proporcional e majoritário brasileiro, os requisitos para elegibilidade, dentre outros temas que se relacionam diretamente com o direito eleitoral e, mais especificamente, com o exercício do direito ao voto.

Por outro lado, a Ciência Política já reconheceu que as relações de eleição e representação que estruturam os regimes democráticos modernos são questões complexas que ultrapassam o momento do voto. Neste sentido, Bernard Manin, por exemplo, reconhece que uma das características básicas do modelo democrático representativo moderno é a ausência de mandatos imperativos ou de um sistema de permanente revogabilidade dos representantes, que conservam certa independência para atuar de forma distinta das preferências de seus eleitores²¹². Desse modo, a relação de representação iniciada no voto não se limita a este momento, devendo as discussões eleitorais, portanto, se preocuparem, também com os fatores que influem no desenrolar dos mandatos.

Esta centralidade quase que exclusiva que se dá ao exercício do sufrágio pode ser prejudicial ao próprio amadurecimento do regime democrático brasileiro, visto excluir outras importantes questões que, embora ligadas diretamente às ideias de participação popular e democracia representativa, acabam sendo marginalizadas das agendas de debate, por ultrapassarem a temática do voto.

²¹² MANIN, Bernard, *As Metamorfoses do Governo Representativo*, Revista Brasileira de Ciências Sociais, n° 29, 1995, pp. 5-34.

Este artigo se propõe, assim, a resgatar uma destas questões que, embora completamente relacionada ao funcionamento do próprio sistema participativo e representativo, segue ainda negligenciada pelos pesquisadores brasileiros: a regulação do lobby.

O termo “lobby” acabou assumindo no Brasil uma carga pejorativa associada a patrimonialismo, corrupção e tráfico de influência²¹³, muito em virtude de sua falta de estudo pela academia brasileira. Lobby, entretanto, pode ser definido como um instrumento de participação nas decisões do Poder Público, em que um grupo organizado ou seu representante (o lobista) atua, lícitamente, junto ao agente público, através de comunicação escrita ou oral, para tentar influenciar alguma deliberação sua²¹⁴, não se confundindo, portanto, com atos lesivos à Administração Pública²¹⁵.

O estudo do tema e a discussão sobre sua regulação²¹⁶, nesse sentido, se pautam pela necessidade de institucionalização de um importante mecanismo de influência, controle e direcionamento do exercício dos mandatos dos representantes eleitos, bem como de qualquer decisão a ser tomada pelo Poder Público. Trata-se, portanto, de tema que possui as mesmas preocupações colocadas pelas questões tradicionais de direito eleitoral: como garantir a participação da sociedade nas deliberações do Poder Público através de um sistema político representativo, transparente e equitativo?

Este trabalho pretende, portanto, inserir a discussão do lobby e da necessidade de sua regulação como parte deste grande debate acerca do sistema representativo brasileiro, bem como das formas de participação nas decisões do Poder Público que extrapolam diretamente o momento do voto, embora com este se relacionem.

²¹³ Em rápida consulta ao noticiário, é fácil perceber como o termo vem diretamente associado à corrupção. Nesse sentido, por exemplo, vide: O GLOBO, **MPF pede condenação de lobista por lavagem de dinheiro**, 16/08/2017, disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/mpf-pede-condenacao-de-lobistajorge-luz-por-corrupcao-lavagem-21709614>, acesso em 05/10/2017.

²¹⁴ A discussão sobre a exata definição do conceito de lobby e lobista será feita na parte I deste trabalho.

²¹⁵ Tais atos inclusive já possuem tipificação própria na legislação brasileira. Vide “legislação de responsabilização”, na parte II deste trabalho.

²¹⁶ Os termos “regulação” e “regulamentação”, embora haja ampla discussão doutrinária sobre a questão, assumirão significados distintos e específicos neste trabalho. Quando for empregado o termo “regulação”, o trabalho estará se referindo ao processo de criação de parâmetros, princípios, incentivos e controles da atuação dos agentes. Já “regulamentação” assumirá a significação mais estrita de dispositivos normativos (envolvendo leis, decretos, resoluções, dentre outros) que intentam regular algum fenômeno ou agente.

Dentro deste debate, a proposta é identificar quais vetores essenciais devem guiar uma regulação ideal do lobby, tomando como base a discussão doutrinária existente sobre o tema, bem como modelos jurídicos já desenvolvidos internacionalmente. Para isto, foram estudados documentos produzidos pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)²¹⁷ e pela Transparência Internacional²¹⁸, bem como foi brevemente observada a regulamentação de alguns países sobre o tema (Austrália, Canadá, Alemanha, França, México, Chile, Reino Unido e EUA²¹⁹).

Em seguida, a pesquisa procurou compreender como estes vetores estão ou não regulados no direito brasileiro, identificando eventuais falhas a serem corrigidas ou complementadas, bem como iniciativas já existentes no Congresso Nacional para o aprimoramento desta regulação.

2. O conceito de lobby

A definição de lobby e, conseqüentemente, de lobista é ponto de controvérsias na doutrina política e jurídica, restando debates sobre quais seriam as características essenciais desta prática, e de como o conceito deveria ser descrito em uma eventual

²¹⁷ OCDE, **Lobbying: influencing decision making with transparency and integrity**, 2012, disponível em <http://www.oecd.org/cleangovbiz/toolkit/50101671.pdf>, acesso em 05/10/2017; e OCDE, **Transparency and integrity in lobbying**, 2013, disponível em <http://www.oecd.org/corruption/ethics/Lobbying-Brochure.pdf>, acesso em 05/10/2017.

Foram também analisadas as informações sobre lobby dispostas no site da OCDE, disponível em: <http://www.oecd.org/gov/ethics/lobbying.htm>, acesso em 02/10/2017.

²¹⁸ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, **International standards for lobbying regulation: towards greater transparency integrity and participation**, 2015, disponível em <http://lobbyingtransparency.net/lobbyingtransparency.pdf>, acesso em 05/10/2017; e TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, **Lobbying in Europe: Hidden Influence, Privileged Access**, 2015, disponível em http://transparencyinternational.eu.s3-website-eu-west-1.amazonaws.com/wp-content/uploads/2015/04/Lobbying_web.pdf, acesso em 05/10/2017.

²¹⁹ A amostra dos países a serem estudados se baseou na lista disponibilizada pela OCDE, contendo 14 países que já regulamentaram o tema. Destes, foram excluídos 6 países (Austria, Hungria, Israel, Holanda, Polônia e Eslovênia), tendo em vista o fato de não ter sido encontrada a regulamentação disponível em língua portuguesa, inglesa, espanhola ou francesa, dificultando a acessibilidade da pesquisa aos textos legislativos. Para conferir a lista, vide: <http://www.oecd.org/gov/ethics/lobbying.htm>. Acesso em 02/10/2017.

regulamentação²²⁰. Contudo, é possível observar certa tendência de uniformização no entendimento do conceito à medida que sua discussão vem tomando maior espaço internacionalmente.

Nesse sentido, as definições de lobby encontradas, embora sofram variações²²¹, têm elencado de maneira semelhante algumas características centrais e comuns desta atividade, quer seja: (i) uma prática de grupos de interesses ou de seus representantes; (ii) que de forma lícita e ética; (iii) intentam influenciar alguma deliberação do Poder Público; (iv) e que, para tal, se utilizam de contato e comunicação direta com o Poder Público, seja presencialmente, seja por forma escrita ou eletrônica.

Um primeiro apontamento interessante que é possível fazer, neste sentido, é de que tal definição precisará enfrentar o que se entende por Poder Público. O que deve ser considerado um agente público para fins de regulação do lobby? Para os objetivos da temática que este trabalho se propõe a analisar, o debate sobre lobby estará restrito às decisões do Poder Público tomadas pelos detentores de mandatos ou agentes a eles diretamente relacionados (um Ministro de Estado indicado pelo Presidente da República, por exemplo), sendo esta a delimitação tomada para a noção de “agente público” utilizada. Tal recorte, por sua vez, não indica que este tratamento restritivo seja o mais adequado para uma regulação no Brasil²²², mas aponta apenas os limites sobre os quais este artigo irá trabalhar.

Outro apontamento importante sobre as características elencadas na definição de lobby é que se trata de uma prática que deve ocorrer necessariamente dentro dos limites da legalidade, a fim de instrumentalizar uma demanda que se queira ver defendida perante o Poder Público. Ademais, a atividade de lobby é instrumento de participação de todos os setores da sociedade, não se resumindo a apenas grupos econômicos que se

²²⁰ Para mais sobre a discussão do conceito, *vide*: FARHAT, Said. 2007. **Lobby: o que é, como se faz**. São Paulo: Peirópolis.

²²¹ Acerca dessas variações é possível questionar, por exemplo, se qualquer encontro entre um particular e o agente público para a discussão de um projeto seria considerado lobby. A análise das regulamentações existentes sobre o tema demonstra que o conceito assume uma variação entre definições mais amplas e restritas. Nos EUA, por exemplo, a regulação é ampla e trata tanto de contatos quanto atividades de suporte do lobby. Já no Chile, o termo lobby envolve apenas aqueles que atuam de forma remunerada junto ao Poder Público, sendo as demais atuações conceituadas como gestão de interesses e recebendo exigências um pouco distintas pela regulamentação.

²²² É possível discutir, por exemplo, se a regulação do lobby deve atingir também o Poder Judiciário.

organizam para defender seus interesses²²³, mas se estendendo também a grupos profissionais, como sindicatos e corporações de trabalho, bem como outros grupos ligados à defesa de interesses não necessariamente econômicos, como ativistas políticos e movimentos sociais das mais diversas causas²²⁴.

3. Os vetores que devem guiar a regulação do lobby

A regulação do lobby tem importância central para que este instrumento possa ser inserido na *gramática democrática* do ordenamento jurídico de um Estado, isto é, torná-lo um instituto que faça parte da constituição de um regime democrático, compatibilizando o seu uso com alguns vetores essenciais que garantam a promoção de uma participação ampla, transparente e lícita da sociedade nas decisões do Poder Público.

Tal regulação, portanto, perpassa necessariamente pelo apontamento destes vetores que sustentam o propósito democrático do instrumento. Trata-se de vetores que aparecem nas regulamentações já existentes em outros países, e que balizam as sugestões de regulação apresentadas pela OCDE e pela Transparência Internacional, podendo ser classificados da seguinte forma²²⁵:

1º Vektor: Transparência e Accountability

Um dos mecanismos centrais da regulação do lobby é a necessidade de que a sua prática seja registrada junto ao Poder Público e tornada pública. De maneira geral, exige-se que

²²³ OCDE, **Lobbying: influencing decision making with transparency and integrity**, 2012, disponível em: <http://www.oecd.org/cleangovbiz/toolkit/50101671.pdf>, acesso em 05/10/2017, p. 7.

²²⁴ A análise das regulamentações exemplifica esta ideia. Embora haja também variações na abrangência de quais setores estão englobados na regulação do lobby, as legislações estudadas têm disposto expressamente que a regulação atinge não apenas os grupos econômicos. Legislações como a dos EUA e do Canadá inclusive estabelecem categorias regulatórias distintas para os lobistas, a depender de quais grupos representam, e da forma com que se dá este vínculo de representação. Ainda nesse sentido, *vide*: CHARI, Rad; HOGAN, John; MURPHY, Gary. **Regulation lobbying: a global comparison**. Manchester University Press. New York, 2010, p. 5.

²²⁵ Logicamente, estes vetores categorizados estão diretamente interligados, e até mesmo chegam a se sobrepor em algumas situações. Esta classificação, contudo, se apresenta como um instrumento metodológico a demonstrar quais valores devem guiar uma regulação ideal de lobby, a fim de que se possa identificar como o direito brasileiro tem lidado com esta questão, e como este debate pode avançar juridicamente no país.

o lobista seja registrado perante o Poder Público a partir da apresentação de uma série de informações, bem como que todo contato configurado como lobby que tenha com agentes públicos seja também registrado. Estes registros e informações devem ser disponibilizados publicamente, permitindo o seu livre e fácil acesso pela sociedade²²⁶.

O vetor da transparência assume, nesse sentido, a ideia de que, se há interesses sendo defendidos perante os mandatários do Poder Público, é fundamental que a sociedade possa ter acesso à ocorrência destas defesas, a fim de que seja mapeado que grupos estão se reunindo com agentes públicos, que interesses representam, bem como quais projetos e propostas estão sendo discutidos.

Há, ainda, um importante aspecto de *accountability* na promoção da transparência no lobby, em especial na possibilidade de controle pela sociedade da ocorrência destas práticas. Este controle se refere tanto na percepção de se evitar que eventuais meios ilícitos sejam utilizados para influenciar o processo decisório do Poder Público, quanto na percepção de quais interesses estão sendo escutados, analisados e considerados nas decisões dos agentes públicos que foram eleitos e indicados pelos representantes²²⁷.

Trata-se, portanto, de um controle permanente da relação de representação.

Por outro lado, é necessário apontar a necessidade de que este registro e apresentação de informações não se torne uma atividade excessivamente custosa ao lobista, sob risco dela se tornar um verdadeiro empecilho para que grupos com logística e aparato burocrático menos desenvolvidos tenham acesso ao Poder Público, tornando tal prática restrita a grupos maiores e com mais recursos financeiros e administrativos.

2º Vetor: Integridade

A atividade de lobby exige também a adoção de uma série de padrões legais e morais que guiem a relação entre o agente público e o lobista, a fim de garantir que esta ocorra dentro da legalidade e da probidade. A integridade assume o papel de balizar uma cultura política democrática e republicana na relação entre a sociedade e o Poder

²²⁶ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, **International standards for lobbying regulation: towards greater transparency integrity and participation**, 2015, disponível em <http://lobbyingtransparency.net/lobbyingtransparency.pdf>, acesso em 05/102/107, p. 6.

²²⁷ Este último aspecto toma relevo quando se trata de representantes eleitos, tendo em vista ser democraticamente essencial que se acompanhe a trajetória política na atuação destes representantes. *Vide*: CHARI, Rad; HOGAN, John; MURPHY, Gary, op. Cit., nt. 21, *supra*, p. 6.

Público, coibindo práticas imorais e ilícitas, bem como evitando situações de conflitos de interesse na decisão do agente público.

O vetor da integridade se concretiza, na maioria dos casos analisados, na promulgação de um código de condutas, que traz exigências que balizem as atuações dos agentes públicos e dos lobistas, como a política de recebimento de presentes e brindes, a configuração de conflito de interesse, a confidencialidade de algumas informações que não podem ser repassadas ao particular, ou mesmo uma política relacionada a contatos com familiares ou negócios particulares do agente público²²⁸.

3º Vetor: Acessibilidade

A regulação do lobby necessita, ainda, garantir que todos os distintos setores da sociedade possam participar do processo decisório, reunindo-se e defendendo seus interesses junto aos agentes públicos de forma complementar ao mero momento do voto. A universalidade do acesso deve, assim, ser um princípio balizador do credenciamento para exercício de lobby, evitando que este se torne um mecanismo de distorção do regime democrático, a partir do momento em que apenas grandes interesses econômicos passem a coordenar a postura dos representantes eleitos e os agentes a eles ligados²²⁹.

Trata-se, assim, de construir mecanismos de regulação que possibilitem a defesa de interesses independentemente do poder econômico, político ou organizacional que um grupo de interesses possua. Nesse sentido, a impossibilidade de que o agente público recuse, por exemplo, a realização de reunião com um grupo de interesses em algumas situações, ou mesmo a criação de incentivos para que grupos menos organizados tenham acesso aos agentes públicos, ou ainda, a garantia equitativa de acesso tanto para

²²⁸ Nesse sentido, *vide*, por exemplo, a ampla regulamentação alemã e britânica sobre integridade dos agentes públicos e lobistas. Respectivamente, **Code of Conduct for Members of the German Bundestag Compiled documentation - Rules of Procedure of the German Bundestag of 2 July 1990;** e **Transparency of Lobbying, Non-Party Campaigning and Trade Union Administration Act of 2014.**

²²⁹ “Mesmo sob a ótica dos interesses privados normalmente em conflito, o lobby tem privilegiado excessivamente apenas um dos setores envolvidos, que, não por coincidência, é normalmente aquele que é economicamente mais forte, muitas vezes sem que os outros setores tenham qualquer canal ou oportunidade de participação no processo legislativo”. – FRAZÃO, Ana. **Precisamos falar sobre lobby.** Portal Jota, 26 de julho de 2017, disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-mercado/precisamos-falar-sobre-lobby-26072017>, acesso em 10/10/2017.

grupos econômicos quanto para os não-econômicos são mecanismos interessantes que podem ser utilizados para a regulação do lobby, a fim de garantir que sua instrumentalização ocorra no aprimoramento de uma democracia representativa e participativa²³⁰.

4º Vetor: Eficiência decisória

A regulação do lobby deve levar em conta que a participação de setores da sociedade no processo decisório tende a munir o agente público de informações e análises que podem resultar em uma decisão mais eficiente e democrática. Assim, uma boa regulação do lobby permite que as decisões públicas sejam mais legítimas, por ter sido provida não apenas por mandatários eleitos ou por estes indicados, mas a partir da conjunção de interesses da sociedade debatidos durante todo o processo decisório.

Além disso, tal participação mais próxima permite que interesses e argumentos distintos sejam confrontados além do momento eleitoral, estimulando os particulares a fornecer estudos e análises mais completas sobre o tema debatido, e que muitas vezes passam despercebidos ou fragilizados nas disputas eleitorais.

Este vetor se materializa, por exemplo, em mecanismos que exijam dos particulares a apresentação de informações completas e corretas sobre seus projetos, de forma que a qualidade argumentativa dos interesses também seja regulada²³¹. A divulgação dos temas que estão sendo debatido com lobistas, bem como a abertura para que outros setores da sociedade também participem deste debate – em diálogo com os vetores da transparência e acessibilidade – são também formas interessantes de se promover uma eficiência decisória através da regulação do lobby.

5º Vetor: Adequação

A regulação do lobby necessita ser compreendida como parte de todo um modelo de organização e funcionamento da estrutura política de uma comunidade. Tal regulação não pode ser construída sob um modelo único e padronizado para todos os países, mas deve ser, a partir de alguns vetores gerais, analisado como parte de um sistema político que é particular a cada Estado. Haverá, assim, diversos modelos possíveis de regulação do lobby, devendo cada qual se adaptar a realidade política e institucional de seu país,

²³⁰ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, op. Cit, not. 23, *supra*, p. 10.

²³¹ Nesse sentido, *vide* a regulamentação francesa: Code de conduite applicable aux représentants d'intérêts, 2009, article 9º.

tomando ainda em consideração a existência de outras normas que também incidem sobre esta prática e a balizam.

Ademais, uma regulação ideal do lobby deve apresentar mecanismos para sua revisão, a fim de que sejam avaliados seus acertos e falhas, e deve ser compreendida como um processo dinâmico de adaptação do modelo jurídico à estrutura política do Estado²³².

4. O lobby no direito brasileiro

O lobby não possui uma regulamentação própria no Brasil, com um modelo legislativo traçando as diretrizes da atividade, tais como nos países que foram analisados nesta pesquisa. Não há, assim, uma lei definindo o que é lobby, o que é lobista, e quais são os deveres e direitos envolvidos nesta atividade.

Contudo, é possível identificar no direito brasileiro alguns mecanismos de materialização dos vetores descritos no item anterior deste trabalho, e que podem ser utilizados como bases normativas para um modelo de regulação do lobby. Estes mecanismos se encontram esparsos na legislação brasileira, podendo, para efeitos didáticos, ser classificados em quatro categorias distintas:

a) Legislação de responsabilização: Trata-se de legislação que tipifica condutas praticadas contra a administração pública. A chamada Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) tipifica os atos de improbidade, cujo sujeito ativo é necessariamente um agente público, a esse se equiparando o particular que “induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta” (art. 3º). Já a chamada Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13) dispõe sobre a responsabilidade civil e penal de pessoas jurídicas, tipificando atos lesivos contra a administração pública, independentemente da responsabilização individual dos infratores (art. 3º, §1º)²³³. Há ainda outros tipos e responsabilizações dispersas em outras legislações, como os tipos penais de crimes contra a Administração Pública, previstos pelo Código Penal (artigos. 312 a 337), ou os crimes previstos na Lei Geral de Licitações (artigos. 89 a 99 da Lei 8.666/1993), por exemplo.

²³² OCDE, op. Cit., nt. 20, *supra*, p. 15.

²³³ Interessante destacar que ambas as leis surgiram em momentos de alto clamor popular e midiático contra a corrupção, tendo em vista o contexto de escândalos pelo qual o país passava.

b) Legislação de *compliance* e conduta ética: Trata-se da legislação que prevê regras de conduta para agentes públicos e entes privados em suas relações, de forma a enquadrá-las numa ética de transparência e probidade. Esta legislação encontra-se dispersa nos códigos de ética que regulamentam os diversos órgãos da administração pública direta e indireta, dispondo, por exemplo, sobre a divulgação de informação à particular, o recebimento de brindes e hospitalidade²³⁴.

Ademais, válido ressaltar outros dois avanços importantes ocorridos mais recentemente. O primeiro deles com a chamada Lei do Conflito de Interesses (Lei 12.813/2013), que dispõe sobre as situações em que há conflito entre interesses privados do agente público e o cargo ou emprego que ocupa no âmbito do Poder Executivo federal. Em segundo lugar, novamente a Lei Anticorrupção, que, além de tipificar a responsabilidade de pessoas jurídicas por atos contra a administração pública, também instituiu mecanismos de colaboração das empresas privadas no combate à corrupção, como o incentivo para promoção de programas de *compliance* (art. 7º, VIII)²³⁵, e a possibilidade de celebração de acordo de leniência (art. 16).

c) Legislação de transparência: Trata-se de legislação que prevê a obrigação do Poder Público de disponibilizar a toda a sociedade informações públicas que detenha, a fim de promover a transparência e o dever de publicidade da Administração Pública. No Brasil, a questão é principalmente regulamentada pela chamada Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), que impõe o dever da administração pública direta e indireta de disponibilizar informações públicas aos cidadãos, que passam a poder apresentar pedido de acesso a informações sem a necessidade de justificar o motivo (art. 10).

d) Legislação de financiamento: Trata-se de legislação que regulamenta a possibilidade de pessoas físicas ou jurídicas financiarem partidos políticos e seus candidatos em período eleitoral. A legislação autorizava a doação para campanhas eleitorais por

²³⁴ A promulgação destes códigos teve como grande marco inicial o Decreto Federal 4.081/02, que instituiu o Código de Conduta Ética dos Agentes Públicos em exercício na Presidência e Vice-Presidência da República, e acabou servindo como modelo para os demais órgãos públicos editarem seus próprios códigos.

²³⁵ Válido ressaltar que a Controladoria-Geral da União, com base nesta nova legislação, tem editado uma série de documentos contendo recomendações de políticas de integridade a serem seguidas pelas empresas. CGU, **Coleção Programa de Integridade**, Brasília, 2015-2017, disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/colecao-programa-de-integridade>, acesso em 04/10/2017.

peças físicas, limitada a dez por cento dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior às eleições (Art. 23, § 1º, I, Lei 9.504/97); e por peças jurídicas, limitada por dois por centos do faturamento bruto obtido nesta mesma data (Art. 81, § 1º, Lei 9.504/97). No caso de doação de recursos próprios dos candidatos, esta ficava limitada de acordo com o estabelecido pelo partido, na forma da lei (Art. 23, § 1º, II, Lei 9.504/97). O Supremo Tribunal Federal, contudo, na Ação Direta de Constitucionalidade 4.650²³⁶, julgada em 2015, declarou inconstitucionais os dispositivos que possibilitavam a doação feita por peças jurídicas, sob a justificativa de que estas não são cidadãos, sendo o exercício por elas de direitos políticos diretamente ligados à soberania popular e à representatividade, como é o financiamento de campanha, uma distorção completa do sistema democrático²³⁷.

5. A necessidade de aprimorar a regulação do lobby no Brasil

É possível observar que o direito brasileiro, embora ainda não possua uma legislação própria sobre lobby, já avançou na regulamentação de alguns aspectos relacionados a esta atividade. Esta regulamentação reflete a materialização de parte dos vetores que devem balizar uma política de institucionalização do lobby.

Assim, o vetor da *Integridade*, por exemplo, já possui uma regulamentação relativamente avançada, embora dispersa em distintas legislações e disposições que trazem parâmetros de moralidade para a atuação dos agentes públicos. O vetor da *Transparência* também apresenta algum tipo de regulamentação, em especial com a Lei de Acesso à Informação, que criou mecanismos de consolidação do direito de acesso às informações públicas pela sociedade.

Contudo, em comparação com a regulamentação específica de lobby apresentada pelos países estudados neste trabalho, bem como levando em conta todos os aspectos que envolvem os vetores classificados no item anterior, fica nítido que o direito brasileiro ainda não se moldou de forma a regular o lobby de maneira satisfatória.

²³⁶ ADI 4.650, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento concluído em 17/09/2015.

²³⁷ Não é o escopo deste trabalho analisar como o Poder Judiciário tem atuado na questão da regulação do lobby, mas esta tem sido uma importante perspectiva de estudo para se compreender como as instituições brasileiras tem lidado com o tema. Nesse sentido, a ADI 4.650/DF fornece alguns interessantes elementos sobre como o STF pensa a defesa de interesses perante o Poder Público.

A inexistência de uma legislação que conceitue a atividade de lobby²³⁸ e a atuação do lobista, que trate do registro destes atores, que regulamente a divulgação de informações relativas à suas atuações para influenciar o Poder Público e que, desta forma, institucionalize oficialmente esta prática, apresenta-se como um grande empecilho para que todos estes vetores democráticos sejam materializados na realidade política brasileira.

Nesse sentido, foi identificada a existência de alguns Projetos de Leis, de Emenda à Constituição e de Resolução²³⁹ que tramitaram ou tramitam no Congresso Nacional, buscando justamente criar uma legislação específica para a institucionalização do lobby. Em pesquisa realizada no ano de 2017 aos sites da Câmara dos Deputados e Senado Federal²⁴⁰, foi identificada, por exemplo, a existência de uma Proposta de Emenda à Constituição²⁴¹ e cinco Projetos de Lei²⁴² ainda em tramitação sobre o tema, bem como outros três Projetos de Lei²⁴³ e doze Projetos de Resolução²⁴⁴ já arquivados. Esta diversidade de tentativas demonstra, assim, que a discussão tem avançado no país, bem como enfatiza a possibilidade de que a matéria seja tratada de diversas formas e por diversos instrumentos legislativos distintos, cada qual com um propósito próprio²⁴⁵.

²³⁸ No Brasil, é comum a utilização de sinônimos para o termo “lobby”, tais como “relações governamentais” ou “relações institucionais”.

²³⁹ A existência de distintas vias para se regular e regulamentar o lobby demonstra como este é um tema que pode ser tratado por distintas perspectivas. Uma regulamentação via Resolução, por exemplo, atingiria apenas à organização interna do Poder Legislativo, enquanto uma emenda constitucional poderia ter uma força normativa muito mais ampla.

²⁴⁰ A pesquisa foi realizada nos mecanismos de *Pesquisa Avançada* de *Projetos de Leis e outras Proposições* dos sites <http://www2.camara.leg.br/> e <http://www12.senado.leg.br/hpsenado>, no dia 05/10/2017. Os termos de busca utilizados foram “lobby”, “grupo de pressão”, “grupo de interesse”, e “relação governamental”.

²⁴¹ PEC nº 47/2016.

²⁴² PL nº 6.132/90, PL nº 6.928/2002, que foi apensado ao PL nº 7005/2013, e o PL nº 1.202/2007, que tramita junto com o PL nº 1.961/2015.

²⁴³ PL nº 619/1995, PL nº 1.713/2003 e PL nº 5.470/2005.

²⁴⁴ PRC nº 337/1985, PRC nº 2/1995, PRC nº 23/1995, PRS nº 72/1995, PRC nº 83/1996, PRC nº 121/1997, PRC nº 63/2000, PRC nº 87/2000, PRC nº 203/2001, PRC nº 103/2007, PRC nº 158/2009 e PRC nº 14/2011.

²⁴⁵ Neste sentido, por exemplo, a utilização da Resolução apenas vincula a Casa Legislativa que a edita. A utilização do instrumento de emenda à constituição, por sua vez, pode dar um tratamento mais amplo e rígido à matéria.

Dentre estas propostas, a que se encontra em fase de tramitação mais avançada é o PL nº 1.202/2007, de autoria do Deputado Federal Carlos Zaratinni (PT), que já começou a ser discutido no Plenário²⁴⁶. O projeto recebeu um parecer favorável junto com a apresentação de um substituto pela Deputada Federal Cristiane Brasil (PTB) na Comissão de Constitucionalidade e Justiça (CCJ) em dezembro de 2016, e em dezembro de 2017 foi aprovado requerimento para incidência de regime de urgência na sua apreciação²⁴⁷. Em abril de 2018, o texto substituto começou a ser discutido e recebeu sua primeira emenda, que teve parecer positivo na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Cristiane Brasil, assim, apresentou novo texto ao plenário, incorporando a emenda proposta.

Com suas recentes movimentações no Congresso Nacional, a regulação do lobby no Brasil voltou a receber destaque na mídia²⁴⁸, impulsionando novamente sua discussão pelos juristas²⁴⁹. A necessidade de regulação aparenta, neste sentido, já ter sido superada entre a academia e os representantes brasileiros²⁵⁰, restando a discussão de como esta regulação deve se dar. Também neste sentido, o Ministério do Trabalho, em fevereiro de

²⁴⁶ O acompanhamento da tramitação deste PL, para fins deste artigo, foi realizada até o dia 30 de maio de 2018.

²⁴⁷ Por outro lado, O PL nº 6.132/90 não apresenta movimentação desde 2003, e teve parecer pela inconstitucionalidade e injuridicidade na CCJ; e os PLs nº 6.928/2002 e 7005/2013 aguardam parecer na CCJ desde 2014. Já a PEC nº 47/2016, apesar de ter recebido algum destaque pela mídia quando proposto pelo Senador Romero Jucá – principalmente em virtude do contexto de escândalos de corrupção que vieram à tona com a Operação Lava-Jato –, ainda sequer foi relatado na CCJ. Este acompanhamento foi realizado até o dia 30 de maio de 2018.

²⁴⁸ ESTADÃO, **Regulamentação do lobby no país volta à discussão**, 08/10/2017, disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,regulamentacao-do-lobby-no-pais-volta-a-discussao,70002032711>, acesso em 10/10/2017; e FOLHA DE SÃO PAULO, **Câmara pode votar lei que regulamenta o lobby nos próximos dias**, 04/04/2018, disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/03/camara-pode-votar-lei-que-regulamenta-o-lobby-nos-proximos-dias.shtml>, acesso em 30/05/2018.

²⁴⁹ Vide, por exemplo, além das manifestações apresentadas na notícia supracitada, a entrevista da Professora Ana Frazão. JOTA, **Lobby sem limite mina a ideia de democracia, diz Ana Frazão**; 05/10/2017, disponível em: <https://jota.info/colunas/as-claras/lobby-sem-limite-mina-ideia-de-democracia-diz-ana-frazao-05102017>, acesso em 10/10/2017.

²⁵⁰ Para uma perspectiva empírica sobre esta afirmação, vide: CUNHA, Lucas; SANTOS, Manoel Leonardo. **Percepções sobre a regulamentação do lobby no Brasil: convergências e divergências**. Brasília: IPEA, Texto para Discussão 2141, 2015.

2018 incluiu a atividade de lobista na lista da Classificação Brasileira de Ocupações, reconhecendo a categoria como profissional de relações institucionais e governamentais²⁵¹.

O texto inicial do PL nº 1.202/2007, além de trazer diversas definições importantes para a regulamentação realizada (tais como lobby, grupo de interesses, lobista, e órgão público decisor), prevê a necessidade de cadastramento das pessoas físicas ou jurídicas que exercessem “atividades tendentes a influenciar a tomada de decisão administrativa ou legislativa”, sendo a Controladoria Geral da União o órgão responsável pelo cadastramento no Poder Executivo. Estes grupos poderiam atuar na defesa de seus interesses mediante um representante, que seria responsável por todas as informações prestadas e contatos realizados, ressalvada ainda a proibição de que este tenha, “nos doze meses anteriores ao requerimento, exercido cargo público efetivo ou em comissão em cujo exercício tenham participado, direta ou indiretamente, da produção da proposição legislativa objeto de sua intervenção profissional”. Esta previsão, além de promover a transparência e integridade, auxilia no provimento da eficiência decisória, visto que coage o representante a prestar informações completas e verídicas, sob o risco de ser responsabilizado.

Ademais, o projeto inicial prevê ainda mecanismos de garantir acessibilidade a todos os grupos de interesse, exigindo que “haja propiciado igual oportunidade à parte contrária ao interesse atendido ou prejudicado pela matéria em exame”. Há, ainda, previsão de mecanismos de controle, como a exigência de prestação de determinadas informações relacionadas a gastos e remunerações perante o Tribunal de Contas da União, ou aos Presidentes das Casas do Poder Legislativo, pelo Ministro de Estado do Controle e Transparência quando convocados. Tais informações deverão ser publicadas através de relatórios a serem elaborados pelo Tribunal de Contas.

O substitutivo do PL nº 1.202/07 trouxe, contudo, algumas alterações como tentativa do Congresso Nacional de conciliar os diversos interesses envolvidos na regulação do tema. Primeiramente, alterou a lógica da regulação, inicialmente voltada para a Administração Pública Federal, para a disposição de normas gerais sobre “regulamentação e a fiscalização da atividade de ‘lobistas’, sem interferência na atuação

²⁵¹ CONJUR, **Ministério do Trabalho reconhece lobby como profissão**, 20/02/2018, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/ministerio-trabalho-reconhece-lobby-profissao>, acesso em 30/05/2018.

dos Poderes constituídos, modificação ou supressão de competências de órgãos estatais”²⁵². Visa-se, assim, estabelecer diretrizes a serem implementadas por todos os três Poderes, trazendo uma ampla abrangência a fim de regular não apenas o contato com agentes públicos nos termos adotados por este artigo.

O substitutivo também traça as definições importantes para a regulamentação do tema, substituindo, contudo, o termo “lobby” pelas expressões “relações governamentais” e “representação de interesses”. A nova redação ainda destaca quais situações não são consideradas representação de interesse, apresentando uma definição expressamente mais restrita e bem determinada que a redação original. Ademais, fica mais bem definido o que vem a consistir a atividade do agente de relações governamentais, que poderá requerer o seu cadastramento perante os órgãos responsáveis. Tal cadastramento, contudo, deixa de ser obrigatório, sob a justificativa de que afastaria cidadãos não profissionalizados da participação do processo decisório. Porém, para a defesa de interesse, é necessário que seja declarado qual grupo de pressão ou interesse está sendo representado, bem como, em caso de agendamento de reunião, que seja formalizada a solicitação por escrito.

Outra modificação importante trazida pelo substitutivo é a retirada da proibição de que o agente de relação governamental tenha exercido cargo público, nos termos da redação inicial. A proibição se limita agora àqueles que tenham sido chefes do Poder Executivo nos últimos quatro anos, ou que tenham sido condenados por ato de corrupção, tráfico de influência, concussão, advocacia administrativa ou improbidade administrativa, enquanto durarem os efeitos da condenação. Todavia, o substituto observa que deve ser

²⁵² DIÁRIO da Câmara dos Deputados, Anexo LXXI, terça-feira, 13 de dezembro de 2016, Brasília, p. 95, disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020161213002200000.PDF#page=94>, acesso em 13/10/2017, p. 95.

A redação original do PL foi apontada como inconstitucional formal pelo parecer, justamente por estabelecer regras pertinentes à organização e funcionamento da Administração Pública, sendo esta a justificativa da necessidade de regulação através apenas de normas gerais a virem ser regulamentadas pelos demais órgãos dos três Poderes.

observado, para estes fins, o disposto na Lei de Conflito de Interesses (Lei nº 12.813/13).

A análise dos dois textos revela, assim, a divergência existente sobre a necessidade de uma regulação mais ou menos incisiva. A redação substitutiva, nesse sentido, traz algumas alterações que tornam a regulação mais permissiva, retirando exigências relacionadas à participação de outros setores na discussão, à prestação de contas e informações mais detalhadas, ao cadastramento, e ao período de afastamento da atividade daqueles que exerceram alguns cargos públicos (a chamada quarentena).

A referida emenda que foi incorporado ao texto, por sua vez, apenas exclui as doações em campanhas eleitorais do disposto no artigo 11 do PL, que afirma ser ato de improbidade, nos termos da Lei de Improbidade Administrativa, a percepção de valor econômico por tomador de decisão pública com intuito de influenciá-la.

6. Conclusão

O presente artigo pretendeu demonstrar que colocar a discussão da regulação do lobby na agenda de estudos das eleições e dos modelos de representação e participação democrática é um importante passo no amadurecimento institucional-democrático brasileiro. Trata-se de debate urgente, embora ainda marginalizado no direito brasileiro, que amplia os horizontes sobre o funcionamento do seu sistema político, bem como sobre os instrumentos de participação popular na condução e controle das decisões tomadas pelo Poder Público.

Tais questões já vêm sendo discutidas em âmbito internacional, e alguns países já apresentaram alguns modelos interessantes de regulamentação da matéria. Observadas estas discussões e regulamentações, foi possível identificar alguns vetores essenciais que devem guiar a regulação do lobby, a fim de que este venha a ser efetivamente utilizado como instrumento de um controle mais transparente e participativo do exercício dos mandatos representativos, e também da atuação de outros agentes que tomam decisões em nome do Poder Público.

Neste sentido, o artigo desenvolveu cinco categorias centrais de análise, nomeadas vetores de uma regulação ideal do lobby: Transparência, Integridade, Acessibilidade, Eficiência Decisória e Adequação. Tais categorias buscam contemplar os elementos essenciais que devem conduzir a regulação do lobby, a fim de torná-lo um instrumento

de fortalecimento do ideal democrático nas relações de representação e nas tomadas de decisão do Poder Público.

O artigo ainda observou que o direito brasileiro, por sua vez, não contém uma regulamentação própria sobre o tema, embora possua normas esparsas que dispõem sobre aspectos importantes para uma relação entre particulares e agentes públicos mais transparente, íntegra e dentro da legalidade. Tais normas foram classificadas em quatro grupos distintos de legislação: (i) legislação de responsabilização, (ii) legislação de *compliance* e conduta ética, (iii) legislação de transparência, e (iv) legislação de financiamento.

Por outro lado, dada a insuficiência destas disposições esparsas, o debate sobre a regulação do lobby voltou recentemente a ser pautado no Congresso Nacional, em especial com as recentes movimentações do PL 1.202/07, que teve um substitutivo aprovado pela CCJ e aguarda deliberação em plenário. O texto substitutivo, por sua vez, trouxe algumas mudanças significativas ao texto inicial, traçando, de modo geral, regras menos rígidas para a atuação dos lobistas, retirando, por exemplo, a obrigatoriedade de registro, a prestação de contas e informações mais detalhadas, e algumas restrições para o exercício da atividade.

O artigo não pretende, contudo, concluir pela adequação ou não do texto em discussão no Congresso Nacional. Em sentido distinto, a presente pesquisa se propôs a lançar o desafio de que a temática seja mais discutida nos ambientes jurídicos, a fim de qualificar o debate que está sendo realizado no Congresso, e ampliá-lo aos mais distintos setores da sociedade.

7. Referências bibliográficas

CGU, **Coleção Programa de Integridade**, Brasília, 2015-2017, disponível em:

<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/colecao-programa-de-integridade>, acesso em 04/10/2017.

CHARI, Rad; HOGAN, John; MURPHY, Gary. **Regulation lobbyng: a global comparison**. Manchester University Press. New York, 2010.

CONJUR, **Ministério do Trabalho reconhece lobby como profissão**, 20/02/2018, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/ministerio-trabalho-reconhece-lobby-profissao>, acesso em 30/05/2018.

CUNHA, Lucas; SANTOS, Manoel Leonardo. **Percepções sobre a regulamentação do lobby no Brasil: convergências e divergências**. Brasília: IPEA, Texto para Discussão 2141, 2015.

DIÁRIO da Câmara dos Deputados, Anexo LXXI, terça-feira, 13 de dezembro de 2016, Brasília, p. 95, disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020161213002200000.PDF#page=94>, acesso em 13/10/2017.

ESTADÃO, **Regulamentação do lobby no país volta à discussão**, 08/10/2017, disponível em <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,regulamentacao-do-lobby-no-pais-volta-a-discussao,70002032711>, acesso em 10/10/2017.

FARHAT, Said. 2007. **Lobby: o que é, como se faz**. São Paulo: Peirópolis.

FOLHA DE SÃO PAULO, **Câmara pode votar lei que regulamenta o lobby nos próximos dias**, 04/04/2018, disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/03/camara-pode-votar-lei-que-regulamenta-o-lobby-nos-proximos-dias.shtml>, acesso em 30/05/2018.

FRAZÃO, Ana. **Precisamos falar sobre lobby**. Portal Jota, 26 de julho de 2017, disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-emercado/precisamos-falar-sobre-lobby-26072017>, acesso em 10/10/2017.

JOTA, **Lobby sem limite mina a ideia de democracia, diz Ana Frazão**; 05/10/2017, disponível em: <https://jota.info/colunas/as-claras/lobby-sem-limite-mina-ideia-de-democracia-diz-ana-frazao-05102017>, acesso em 10/10/2017.

MANIN, Bernard, **As Metamorfoses do Governo Representativo**, Revista Brasileira de Ciências Sociais, nº 29, 1995, pp. 5-34.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Série Pensando o Direito: Grupos de interesse/lobby, Brasília, 2009.

O GLOBO, **MPF pede condenação de lobista por lavagem de dinheiro**, 16/08/2017, disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/mpf-pede-condenacao-de-lobista-jorge-luz-por-corrupcao-lavagem-21709614>>. Acesso em 05/10/2017.

OCDE, **Lobbying: influencing decision making with transparency and integrity**, 2012, disponível em <http://www.oecd.org/cleangovbiz/toolkit/50101671.pdf>, acesso em 05/10/2017.

OCDE, **Transparency and integrity in lobbyng**, 2013, disponível em

<http://www.oecd.org/corruption/ethics/Lobbying-Brochure.pdf>, acesso em 05/10/2017.

SANTOS, Luiz Alberto. Regulamentação das atividades de lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas públicas – Análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Brasília, 2007.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, **Lobbying in Europe: Hidden Influence, Privileged Access**, 2015, disponível em http://transparencyinternational.eu.s3-website-eu-west-1.amazonaws.com/wp-content/uploads/2015/04/Lobbying_web.pdf, acesso em 05/10/2017.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, **International standards for lobbying regulation: towards greater transparency integrity and participation**, 2015, disponível em <http://lobbyingtransparency.net/lobbyingtransparency.pdf>, acesso em 05/10/2017.

